

## **Geraldo Prado**

Mestre e Doutor em Direito. Pós-doutor em História das Ideias e Cultura Jurídicas pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Processual Penal da UFRJ. Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

### PARECER

#### I - A CONSULTA

Os cultos advogados Fernando Augusto Fernandes, Nilson Paiva e André Hespanhol honram-me com nova consulta sobre questão atinente ao processo criminal instaurado em face Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira, em curso no juízo da 100ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes.

**1.1.** As questões de fato pertinentes à investigação e as de direito, relacionadas à garantia do acesso a fontes de prova, foram abordadas nos limites dos estudos jurídicos nos pareceres anteriores.

**1.2.** A nova consulta fundamenta-se na alegação de que os fatos e elementos probatórios que ensejaram medidas cautelares e o oferecimento de denúncia contra Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira, na 100ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes, foram investigados no âmbito da 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes e não no da na 100ª Zona Eleitoral.

**1.3.** Asseveram os consulentes que no procedimento de origem, em tramitação na 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes, foi proferida decisão

cautelar ordenando a busca e apreensão de objetos de interesse da investigação (17 de agosto de 2016). Ademais, durante a execução da medida o Vereador Ozeias Azeredo Martins foi preso em flagrante.

**1.4.** Este material, que é composto pelo conjunto de arquivos digitais e vários elementos probatórios em suporte físico, serviu de base para o pronunciamento do Ministério Público Eleitoral, ainda na investigação criminal, no sentido de requerer prisões temporárias e outra medida de busca e apreensão, além de promover acusação contra Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira na 100ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes.

**1.5.** Ocorre que, sem embargo de se tratar de procedimento cautelar com competência fixada - 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes – e reforçada pela citada prisão em flagrante, cujo objeto está circunscrito ao da acusação formulada, os requerimentos de medida cautelar foram dirigidos e depois a inicial foi oferecida por órgão do Ministério Público Eleitoral sem atribuição e os requerimentos foram decididos e a denúncia recebida pelo culto juiz da 100ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes sem que o da 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes declinasse a competência para aquele.

Segue a decisão de recebimento da denúncia:

“Recebo a denúncia, eis que se encontram presentes os requisitos formais do art. 41 do CPP, elencados também no artigo 357, §2º do Código Eleitoral. Constam da inicial a exposição dos fatos criminosos com suas circunstâncias, a devida qualificação do acusado, bem como a classificação jurídico penal dispositiva e o rol de testemunhas, além de farta documentação, incluindo material elucidativo amealhado durante a medida sigilosa judicial de interceptação telefônica.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Inquérito policial federal nº 236/2016. Tribunal Regional Eleitoral. Juízo da 100ª Zona Eleitoral. Decisão. Juiz: Glauceir Silva de Oliveira. Data: 11 de novembro de 2016. Fls. 223.

**1.6.** Ademais, afirmam os consulentes, o acesso aos elementos informativos colhidos na cautelar ordenada pelo juiz da 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes não obedeceu a qualquer decisão de compartilhamento, com cautelares deferidas e denúncia oferecida e recebida fundada nesta diligência, que, portanto, à luz das regras do Código de Processo Penal, não foi objeto de deliberação pelo juiz natural da causa. Releva notar, acrescentam, que não houve declínio de competência do juízo da 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes – houve para o da 76ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes - ou instauração e solução de eventual conflito positivo de competência.<sup>2</sup>

O exercício da ação penal, portanto, resultou de compartilhamento informal de material probatório oriundo de busca e apreensão ordenada em juízo eleitoral distinto do da acusação e processo, atendendo o Delegado Federal à solicitação oral do membro do Ministério Público Eleitoral que oficia na 100ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes.

**1.7.** São duas as indagações dos consulentes: a primeira resulta da convicção de que ao fundar requerimentos de prisão processual e de busca e apreensão e a própria denúncia em fatos e elementos informativos objeto de investigação e processo cautelar, em outro juízo, sem declínio de competência, foi violada a garantia constitucional do juiz natural; a segunda estriba-se no fato de o Ministério Público Eleitoral ter empregado na denúncia elementos hipoteticamente obtidos em arquivos digitais, sem decisão de compartilhamento.

**1.8.** A consulta pode ser sintetizada nos seguintes termos:

---

<sup>2</sup>Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).

Art. 113. As questões atinentes à competência resolver-se-ão não só pela exceção própria, como também pelo conflito positivo ou negativo de jurisdição.

Art. 114. Haverá conflito de jurisdição:

I - quando duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes, ou incompetentes, para conhecer do mesmo fato criminoso;

II - quando entre elas surgir controvérsia sobre unidade de juízo, junção ou separação de processos.

(i) à luz dos elementos apresentados foi violada a garantia do juiz natural? Que consequências jurídicas adviriam nesta hipótese?

(ii) o fato de o Ministério Público Eleitoral ter empregado em requerimentos de prisão processual, de busca e apreensão e na denúncia elementos hipoteticamente extraídos de arquivos digitais, sem decisão de compartilhamento proferida pelo juiz da 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes, é causa de nulidade?

**1.9.** Foram apresentados documentos físicos e digitais correspondentes ao processo.

II - JUIZ NATURAL, COMPETÊNCIA CRIMINAL E COMPARTILHAMENTO DE PROVAS.

II A - Da COMPETÊNCIA

1. O processo histórico de definição da competência jurisdicional como requisito de validade do processo penal confunde-se com a instituição do moderno estado territorial nacional no continente europeu, evento histórico de que somos herdeiros por força de nossa tradição jurídica.

2. Com efeito, o poder de arbitrar responsabilidade penal foi objeto de disputa na fase final do feudalismo até definir-se, monopolisticamente, nas mãos do Estado. O trânsito do poder feudal de castigar para o poder estatal de apurar e punir

infrações penais, como expressão da soberania, operou-se no sentido da prevalência do caráter autoritário do exercício do magistério punitivo.<sup>3</sup>

3. Salienta Luigi Ferrajoli que no momento em que os velhos juízes delegados requisitam o poder formal dos juízes ordinários ou delegantes inicia-se a dinâmica social que levará à configuração do juiz moderno.<sup>4</sup>

4. O fato é que se o juiz moderno é o produto da concentração de poderes em mãos do Estado e do ajustamento e distribuição de poderes entre juízes locais e juízes delegados, será com a conformação efetiva do Poder Judiciário, sua burocratização e hierarquização, que a competência jurisdicional transitará de um fundamento exclusivamente autoritário para um de tipo funcional, organizando-se e distribuindo-se entre os juízes do Estado, em caráter de exclusividade, a atividade de resolução das controvérsias em substituição à autocomposição e à resolução de natureza privada.

5. A combinação entre poder e função de julgar, entre o exercício em caráter de monopólio estatal da coerção e a operacionalização das atividades decorrentes disso, ao longo do tempo, enfrentou as mesmas dificuldades por que passaram as sociedades ocidentais nos últimos séculos: em momentos mais autoritários, os governantes não se sentiram inibidos em *criar* juízos com a especial finalidade de condenar seus adversários políticos, tampouco escolher, entre os juízes de carreira, aqueles mais dispostos a atender ao mesmo fim, transferindo-se para estes as causas de interesse do poder.

6. Compreende-se, pois, que depois da Segunda Guerra Mundial, com a derrota dos regimes fascistas e a evolução da ideia de que os poderes devem ser objeto de controle democrático, haja se consolidado o fundamento de que o juiz de uma

---

<sup>3</sup> MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal. II parte general. Sujetos procesales. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. p. 438-439.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 9ª edición. Madrid: Trotta, 2009. p. 589.

causa, especialmente a criminal, deve ser definido com anterioridade ao caso que irá julgar, prevenindo-se distorções no exercício do poder jurisdicional.

7. Em realidade e apesar da distinção que se faz em teoria entre juiz natural e juiz imparcial, a ideia nuclear das transformações que nos trouxeram ao atual estágio constitucional e convencional – não apenas no Brasil – é a de que a jurisdição é poder do Estado, mas o seu exercício escrupuloso demanda que os titulares deste poder atuem objetiva e subjetivamente de modo imparcial como garantia para as partes e interessados de que terão um julgamento justo.

8. Por isso, os ordenamentos jurídicos que em regra inspiram o brasileiro adotam o regime constitucional do juiz natural, assegurando às partes que a pessoa concretamente encarregada do exercício do poder de julgar será imparcial.

9. Mais uma vez vale a lição de Luigi Ferrajoli:

*5. El juez natural y la prohibición de jueces extraordinarios. Preconstitución e inderogabilidad de las competencias.*

(...)

La garantía del ‘juez natural’ indica esta normalidad, del régimen de competencias, preconstituida por la ley al juicio, entendiendo por competencia ‘la medida de la jurisdicción’ de que cada juez es titular. Significa, precisamente, tres cosas distintas aunque relacionadas entre sí: la necesidad de que el juez sea preconstituido por la ley y no constituido *pos factum*; la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; la prohibición de jueces extraordinarios y especiales.”<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 9ª edición. Madrid: Trotta, 2009. p. 590.

10. Também da Itália vem a lição de Mario Chiavario sobre a força contemporânea da definição objetiva do órgão jurisdicional com responsabilidade para conhecer e decidir a causa:

**16. I fondamentali presidi normativi del ‘giudice giusto’.** – È agevole intuire che la ‘capacità’ all’esercizio delle funzioni giurisdizionali, seppur indispensabile, non è sufficiente a dare, alla collettività e ai diretti interessati alla risoluzione di un ‘caso’ giudiziario, la fiducia che il soggetto che ne è investito eserciti davvero al meglio quelle funzioni.

(...)

17.1. – La Carta fondamentale della Repubblica abbina dunque ‘naturalità’ e ‘precostituzione’ come attributi necessari del giudice.

(...)

17.2. – Nell’art. 25 c. 1 Cost. – del quale è evidente il legame con il principio di ‘stretta legalità’ delle norme penali, di cui al c. 2 dello stesso art. 25 Cost. – sembra comunque lecito individuare almeno due dimensioni di garanzia, e cioè: *a)* una **riserva di legge**; *b)* un **divieto di retroattività** di norme.<sup>6</sup>

11. Em Portugal, igualmente, a ordem jurídica é rigorosa quanto a assegurar o exercício do poder jurisdicional a um juiz investido de jurisdição, definido com anterioridade ao fato que deverá conhecer e decidir. Neste sentido, por todos, registre-se a lição de Germano Marques da Silva:

---

<sup>6</sup> CHIAVARIO, Mario. Diritto processuale penale: profilo istituzionale. Quinta edizione. Torino: UTET Giuridica, 2013. p. 105-106.

“I. O nº 9 do art. 32º da Constituição dispõe que *nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior*, é o denominado *princípio do juiz natural ou legal*.

Este princípio tem por finalidade evitar a designação arbitrária de um juiz ou tribunal para resolver um caso determinado. As normas, tanto orgânicas como processuais, têm de conter regras que permitam determinar o tribunal que há-de intervir em cada caso em atenção a critérios objectivos; não é, pois, admissível que a norma autorize a determinação discricionária do tribunal ou tribunais que hão-de intervir no processo.”<sup>7</sup>

12. No Brasil não é diferente. A anestesia provocada pelo preceito dispositivo do artigo 567 do Código de Processo Penal, reverenciando o antigo processo penal italiano de natureza inquisitória, cedeu hierárquica e materialmente à disposição da Constituição da República que estabeleceu a competência criminal como critério de validade dos atos do processo, sejam decisórios (como o provimento de uma medida cautelar) ou não.<sup>8</sup>

13. Gustavo Badaró adverte para a preocupação de se garantir às partes o conhecimento prévio do juiz da causa, assegurando-se a imparcialidade, entre outras formas, pela vedação de atribuir aos sujeitos parciais – acusador e acusado – o poder de eleger o juiz do processo. Afirma o Professor da USP:

“Com isto estar-se-á assegurando a imparcialidade do julgador, ou melhor, nas palavras de Romboli, haverá certeza de que não se

---

<sup>7</sup> SILVA, Germano Marques da. Direito processual penal português: noções gerais, sujeitos processuais. Volume I. Lisboa: Universidade Católica, 2013. p. 60.

<sup>8</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

tratará de um juiz escolhido especificamente para aquele processo e, portanto, um juiz que não seja, seguramente, parcial. Em última análise, a garantia do juiz natural assegura a objetividade ou a não manipulação na individualização do juiz.”<sup>9</sup>

14. Este também é o pensamento de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, para quem “[o] princípio do juiz natural, ou juiz legal, ou ainda do juiz competente, se extrai da necessária e prévia existência de juiz competente e da proibição de criação de tribunais de exceção.”<sup>10</sup> Grandinetti alerta para o fato de que a determinação prévia, pela lei, do juiz competente “[é] consequência lógica de dois outros princípios constitucionais que se interligam: o da isonomia e o do devido processo legal.”<sup>11</sup>

15. Neste contexto, o estudo do princípio do juiz natural está destinado a abandonar a simplicidade de apoiar-se com exclusividade na teoria do órgão para acrescentar os elementos característicos da imparcialidade, porque é sobre este princípio maior que a competência previamente definida em lei repousa seus fundamentos.

16. A atenção ao ordenamento jurídico brasileiro não pode levar a outra conclusão, quer em virtude do dispositivo constitucional referido – artigo 5º, inciso LIII -, quer em razão do mandamento convencional que, em linhas gerais, está alinhado à disposição da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a revelar uma tendência em âmbito dos mais variados Estados.

17. Com efeito, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8, I, dispõe:

---

<sup>9</sup> BADARÓ, Gustavo. A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato. Disponível em [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boletim\\_2006/122.07.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boletim_2006/122.07.PDF). Data de acesso: 20 de fevereiro de 2017.

<sup>10</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Castanho de. Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 146.

<sup>11</sup> *Idem.*

“Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, **por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para determinarem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (grifo nosso).

18. E o Pacto de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14, §1º, remata:

“Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. **Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial**, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil...” (grifo nosso).

19. A clareza dos dispositivos não deixa margem à dúvida: a validade dos atos processuais, quer se trate dos de natureza cautelar, quer os do processo condenatório ou ainda os praticados na fase da execução penal, condiciona-se à competência do órgão jurisdicional, conforme parâmetros definidos em lei.

20. Mais uma vez é o Professor de Direito Processual Penal da USP que advertirá que “[a] determinação legal da competência implica a existência de critérios normativos objetivos, que não permitam escolhas discricionárias de quem quer que seja, e que apontem, ao final do processo de concretização da competência, para um único juiz competente.”<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> BADARÓ, Gustavo. A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato. Disponível em [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boletim\\_2006/122.07.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boletim_2006/122.07.PDF). Data de acesso: 20 de fevereiro de 2017.

21. A questão, portanto, está em saber se no caso concreto a competência do juízo eleitoral em matéria criminal estava determinada.

22. Uma observação preliminar: malgrado a defesa controverta sobre a competência do juízo da 100ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes, este admite a própria competência sem enfrentar de modo firme o argumento da prevenção.

23. O fato é que a base empírica dos requerimentos cautelares de prisão e busca e apreensão e a denúncia oferecida contra Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira tem como ponto de partida uma decisão jurisdicional por meio da qual o juiz da 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes deu provimento a uma anterior medida cautelar de busca e apreensão. De notar que entre os documentos apreendidos havia arquivos digitais, que estão protegidos por sigilo constitucional na medida em que integram a constelação das comunicações, neste caso em sua modalidade digital, sem prejuízo de que a emissão da ordem de busca e apreensão em si mesma corresponda a uma limitação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio e, pois, está sujeita à reserva constitucional de jurisdição.<sup>13</sup>

24. Sem descurar de que o objeto das investigações em tese era o mesmo, a realidade, reconhecida expressamente pelo Ministério Público Eleitoral nas cautelares posteriores e na denúncia, ao apoiar-se nestes documentos, é que a decisão cautelar fixou a competência do juízo da 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes, sendo este, inequivocamente, um critério objetivo, reconhecido pelo Código de Processo Penal (CPP), no citado artigo 83, para determinar a competência jurisdicional no caso concreto.

---

<sup>13</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

25. Ao se deparar com os requerimentos de prisão temporária e nova busca e apreensão, caberia ao juiz da 100ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes, na hipótese de entender que era competente, instaurar conflito positivo de competência, na forma prevista nos artigos 113 e 114 do Código de Processo Penal, abstendo-se de decidir as citadas postulações. Ele está no mesmo grau de jurisdição em que se encontram os juízes das 75ª e 76ª Zonas Eleitorais de Campos dos Goytacazes e sua jurisdição, portanto, não se impõe aos demais. Naquele momento – e ainda agora – há dois juízes competentes para a mesma causa, caracterizando uma indevida “acumulação funcional de competências” relevante para comprometer, no presente caso, a validade jurídica das medidas cautelares, do processo condenatório e a imparcialidade do juiz.<sup>14</sup>

26. Releva notar que desse cúmulo indevido de competências emergiu grave e concreto risco à liberdade ambulatorial de Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira, convertendo a questão de competência em tema e fundamento para o exercício do *habeas corpus*.<sup>15</sup>

27. Posteriormente, cabe renovar a ênfase, o juiz da 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes irá declinar da competência para o juízo da 76ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes. Este, pelo que consta dos autos, não se pronunciou sobre o declínio até a presente data.

28. De toda maneira, há um juízo competente estabelecido e isso não pode ser ignorado. Ademais, cumpre frisar, o material probatório apreendido também não pode, pura e simplesmente, *transitar* de um procedimento a outro, sem prévia deliberação do

---

<sup>14</sup> Expressão significativa que se extrai do Convênio Europeu de Direitos Humanos e fundamenta as decisões dos tribunais europeus acerca do assunto. Ver: Augustín-Jesús Pérez-Cruz Martín e outros. Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Navarra, Civitas, 2010, p. 57.

<sup>15</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

juiz da cautelar. A comunhão de elementos probatórios entre processos é denominada compartilhamento de provas. Nas hipóteses em que se faz necessário este compartilhamento, a parte interessada nos elementos probatórios requer o compartilhamento por via jurisdicional e o juiz da cautelar, que tem o material a sua disposição como teria o preso em flagrante, decide sobre a legalidade do pleito. Trata-se de condicionante jurídica da validade do emprego dos mencionados elementos de prova.

29. Todos os dados examinados neste estudo apontam para algo absolutamente inusitado. O material que a rigor deveria estar sob a guarda do juízo da 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes, ainda que à disposição da autoridade policial para fins de investigação criminal, foi cedido pelo Delegado Federal, em 21 de setembro de 2016, ao Ministério Público Eleitoral da 100ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes, depois de uma “requisição verbal”.

30. Outras medidas cautelares foram deflagradas, agora no âmbito da 100ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes, tomando os dados colhidos na execução da referida busca e apreensão como sua base empírica.

31. Ora, é como se a busca e apreensão anterior fosse uma providência cautelar... preparatória para o processo que seria instaurado na 100ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes! Isso estaria a requisitar uma transferência de competência da 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes para o juízo da 100ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes, sob pena de violar o artigo 83 do CPP e o artigo 5º, inciso LIII, da Constituição da República.

32. Releva notar que o Ministério Público Eleitoral não tem poderes jurisdicionais e, portanto, não pode impor sua *opinio delicti* fundada em resultado de uma medida cautelar à competência de um órgão jurisdicional perante o qual não oficia (75ª Zona Eleitoral), qualquer que seja ele. O Ministério Público Eleitoral não é juiz. Ele é parte. Seria o mesmo que algum investigado dirigir-se diretamente à

autoridade policial e solicitar oralmente que o Delegado Federal coloque à disposição desse particular elementos probatórios que estão sob reserva constitucional, obtidos na execução de busca e apreensão determinada judicialmente. O interessado extrapolaria poderes tanto quanto o Ministério Público Eleitoral, que não exerce jurisdição de forma alguma.

33. Tampouco, evidentemente, a autoridade policial dispõe de poderes para transferir competência jurisdicional. E ambos não têm poderes para desidratar a investigação criminal eleitoral em curso, empregando elementos informativos em compartilhamento não autorizado pelo juiz que deferiu a medida, no caso o da 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes.

34. A questão controvertida acerca do compartilhamento ilegal será observada adiante. Note-se, todavia, que ela é residual, porque o que de fato ocorreu é que o Ministério Público Eleitoral transferiu ele próprio o caso penal para a esfera da 100ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes, investindo de maneira indevida sobre a competência de outro juízo.

35. Em julgamento sobre a validade jurídica de investigação criminal em que houve afronta ao princípio do juiz natural no âmbito de procedimento cautelar em matéria eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu:

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2010. INVESTIGAÇÃO CRIME ELEITORAL. CANDIDATA NÃO SUJEITA AO FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. BUSCA E APREENSÃO. AFRONTA PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. NULIDADE INSANÁVEL. PROSSEGUIMENTO INVESTIGAÇÕES PERANTE JUÍZO INCOMPETENTE. INAPLICABILIDADE TEORIA DO JUÍZO APARENTE. FORO PRIVILEGIADO POSTERIOR. CONVALIDAÇÃO DOS ATOS. IMPOSSIBILIDADE. A atribuição para o acompanhamento de investigação de crimes

eleitorais, quando o candidato não goza de foro por prerrogativa de função, é do juízo de primeiro grau da zona eleitoral em que foi praticado o crime, por força de lei (arts. 35, II, dc 356 do Código Eleitoral). Igualmente, é desse juiz a competência para deferir as medidas com reserva de jurisdição (como busca e apreensão, interceptação telefônica, quebras de sigilos, etc.) durante as investigações dos crimes eleitorais. Quando as representações, policial e ministerial, já possuem como objeto a provável prática de crime eleitoral é possível aferir, de plano, a incompetência do Tribunal Regional Eleitoral para apreciar e deferir tais medidas. Inaplicável, *in casu*, a teoria do juízo aparente. A incompetência do juízo na fase inquisitorial acarreta nulidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. O fato de, supervenientemente, a investigada ter sido eleita deputada estadual, deslocando, a partir daí, a competência para o TRE/ES, não tem o condão, no contexto dos autos, de convalidar os atos praticados por juízo incompetente durante o inquérito, se a incompetência era verificável de plano. As provas que fundamentaram a denúncia (documentos, depoimentos testemunhais) somente foram obtidas em decorrência da busca e apreensão realizada no comitê eleitoral da candidata denunciada, razão pela qual desconsideradas essas provas, nada mais resta para embasar a ação penal. Recurso especial provido para trancar a ação penal. Habeas corpus prejudicado.<sup>16</sup>

36. Não há outra solução à luz do artigo 5º, inciso LIII, da Constituição da República. A denúncia oferecida e os demais atos praticados perante juiz incompetente (juízo incompetente), inclusive os anteriores a ela, são inválidos por

---

<sup>16</sup> REspe nº 30-53.2013,6.08.0000/ES e HC nº 623.07.2013.6.00.000/ES (julgamento em conjunto). Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Data do julgamento: 25 de junho de 2015.

afrontarem critério objetivo, definido em lei, para fixação da competência jurisdicional e por não resultarem da solução legal para o cúmulo indevido de competências: o da prevenção, estabelecido no artigo 83 do CPP, e o do conflito positivo de competência.

37. Assim, concluo a primeira parte do estudo e respondo ao primeiro quesito, afirmando que à luz dos elementos apresentados foi violada a garantia do juiz natural, no caso o juízo da 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes, ao menos até o pronunciamento do juiz da 76ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes. Em consequência são nulos os atos praticados neste processo, incluindo as providências cautelares e a denúncia, no âmbito da 100ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes. Observo que o grave e inegável risco à liberdade de locomoção de Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira, por causa da violação das regras de fixação da competência, legitima o exercício do *habeas corpus*.

## II - B DO COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS EM MEDIDA CAUTELAR

38. Por força da Constituição da República e das leis que promovem sua redução de complexidade no âmbito do processo penal (ex. Lei nº 12.850/13), visando interditar o acesso ilícito a provas, está assente o caráter excepcional do afastamento dos sigilos definidos *a priori* pela Carta Maior (das comunicações, financeiro, bancário e fiscal).

39. Nestes termos, o sigilo é oponível aos particulares e às autoridades em geral e a possibilidade de emprego, em outra investigação, de elementos informativos obtidos por essa via de forma legítima está condicionada à prévia e fundamentada decisão judicial que autoriza a ampliação do âmbito normativo das pessoas autorizadas a conhecerem este tipo de informação.

40. Dito de outro modo: no lugar da vetusta interpretação e aplicação de regras da conhecida e ultrapassada “prova emprestada”, que em verdade converte em prova documental os mais variados elementos probatórios,<sup>17</sup> independentemente de sua natureza e das características de cada elemento, inviabilizando na prática o contraditório judicial consagrado no artigo 155 do Código de Processo Penal,<sup>18</sup> o uso comum de informações protegidas por sigilo submete-se ao prévio controle do juiz competente, que por meio de decisão fundamentada avalia se no caso proposto de compartilhamento estão presentes os requisitos do deferimento das medidas cautelares, na hipótese o juiz da 76ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes para o qual o da 75ª Zona Eleitoral declinou a competência.<sup>19</sup>

41. Dessa maneira, o *compartilhamento* equivale à decisão de deferimento da providência cautelar e assume seu lugar no âmbito da nova investigação, com a adoção da mesma estrutura da decisão primitiva: análise da existência de elementos empíricos capazes de justificar a conclusão provisória acerca dos indícios de autoria e existência da infração penal, que também sejam aptos a demonstrar a imperiosa necessidade do afastamento do(s) sigilo(s), a proporcionalidade da medida e seu caráter retrospectivo, tal seja, de pesquisa de *atos passados*.

42. No ponto, ainda que sob o influxo da tradicional classificação processual civil da prova emprestada e referindo-se a cautelares com outro propósito, o jurista

---

<sup>17</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 117.

<sup>18</sup> “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.” A nova redação é fruto da Reforma de 2008 e objetivou adequar à disciplina probatória do Código aos preceitos constitucionais.

<sup>19</sup> “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

Aury Lopes Jr. sublinha o dado sensível da desidratação jurídica do contraditório na transferência de elementos probatórios sigilosos de um procedimento a outro:

“Por prova emprestada entende-se aquela obtida a partir de outra, originariamente produzida em processo diverso.

(...)

A autorização judicial para quebra do sigilo bancário ou fiscal limita-se ao processo em questão, não os transformando em ‘públicos’ para serem utilizados em outro processo criminal. Feita essa ressalva, como regra, não há problema em utilizar documentos juntados em um processo para fazer prova em outro, até porque não há qualquer prejuízo para acusação ou defesa (em havendo, o tratamento deve ser diverso).”<sup>20</sup>

43. Trata-se, portanto, de uma questão simultaneamente de controle da legalidade, isto é, de saber se informações sensíveis das pessoas, obtidas por meio do afastamento de sigilo constitucional, poderão ser objeto de acesso por outras pessoas, em procedimento investigatório diverso, e de prática do contraditório.

44. Neste caso, não raras vezes o que pode ser “contrariado” no antigo regime da prova emprestada é somente a forma, adequada ou não, que, por exemplo, “o documento” em que se converteu o arquivo digital precedente tomou no novo procedimento, mas não o contexto da produção do próprio arquivo (avaliação da prova), a segurança a propósito dos meios técnicos empregados para a preservação da integridade de softwares e hardwares (fiabilidade probatória) e a própria correção da decisão que deferiu a medida (legalidade da prova em sentido estrito).

---

<sup>20</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 597-598. A observação do Professor da PUC de Porto Alegre é igualmente válida para os elementos probatórios que resultam de arquivos digitais a que a investigação tem acesso por meio da medida cautelar de busca e apreensão.

45. A solicitação verbal do Ministério Público Eleitoral não tem, por óbvio, a natureza de decisão judicial fundamentada, tampouco obedece aos requisitos imprescindíveis à validade de uma decisão do gênero. Mais informal seria impossível.

46. A reserva jurisdicional de função atribuída ao Poder Judiciário para limitar a inviolabilidade do domicílio e ordenar uma busca e apreensão, particularmente em caso de apreensão de arquivos digitais, mas mesmo que se tratasse exclusivamente de documentos em suporte físico, cobra a emissão de decisão interlocutória sujeita ao dever de motivação das interlocutórias. A propósito do tema a Comissão Interamericana de Direitos Humanos destacou, no Informe nº 86, de 2009:

“... as decisões que estabeleçam limitações a esses direitos devem estar fundadas de maneira que permita o controle por parte da defesa e infringem, assim mesmo, a garantia do juiz imparcial ao ditar decisão sem motivos atendíveis, o que evidencia um prejuízo, em consequência, ao princípio da presunção de inocência.”<sup>21</sup>

47. Não se trata de uma expressão ou modulação inferior do dever geral de motivação das sentenças. No âmbito da chamada economia das decisões, aqueles pronunciamentos emitidos excepcionalmente deslocados da estrutura genético-constitucional do processo penal no estado de direito, porque desprovidos do contraditório e produzidos em um ambiente de rarefeita publicidade, reclamam fundamentação reforçada.

48. Nas palavras de Mouraz Lopes:

“A imposição constitucional do princípio da generalidade e da completude da fundamentação das decisões, configura uma quase derrogação do imperativo da concisão da fundamentação quando estão em causa decisões que restrinjam direitos fundamentais proferidas nas fases interlocutórias do processo, nomeadamente

---

<sup>21</sup> Tradução livre. PRADO, Geraldo e outros. Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas. Comentários à Lei nº 12.403/11. Organização: Ministro Og Fernandes. São Paulo: RT, 2011, p. 188.

onde é verificável uma eliminação ou restrição da regra da publicidade.”<sup>22</sup>

49. O regime jurídico da motivação das decisões cautelares que restringem direitos fundamentais é pouco estudado na doutrina brasileira. Isso, todavia, não influencia o contexto mais amplo, mencionado, de definição desse estatuto jurídico pela irradiação da normatividade constitucional e convencional, oriunda neste caso do Pacto de São José da Costa Rica.

50. Assim, o enredo funcional típico das citadas cautelares convoca, ao lado da referida dupla dimensão da fundamentação (motivos de fato e motivos de direito), a adoção de elementos específicos, próprios desta espécie de decisão.

51. A justificação racional de uma decisão que decreta a busca e apreensão exige, inicialmente, atenção “ao conteúdo específico que justifica a restrição”, sublinha Mouraz Lopes<sup>23</sup>. Somente depois disso, incidirão as demais exigências da motivação racional.

52. A cobertura que a justificação racional deve dar ao decidido importa, pois, apontar concretamente os fatos indiciários que autorizaram o juiz a optar pela intervenção nos direitos fundamentais da pessoa alvo, no lugar de apelar a outros recursos de coleta de informações.

53. Neste cenário, a ponderação pelo juiz é inevitável até porque a ausência de contraditório prévio, o caráter *inaudita altera pars* da providência e as consequências graves da medida no constrangimento do direito à intimidade alheia fazem do juiz o único zelador dos direitos fundamentais.

54. Mais do que em outras fases processuais, tendencialmente equilibradas pela participação da defesa, o árbitro que o juiz deve ser ao decidir os requerimentos

---

<sup>22</sup> LOPES, José Antonio Mouraz. A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005, p. 19.

<sup>23</sup> LOPES, José António Mouraz. A fundamentação da sentença no sistema português: legitimar, diferenciar, simplificar... p. 292.

de compartilhamento o transforma ainda em tutor constitucional do caráter excepcional da medida cautelar.

55. Esta é a razão de ordem constitucional pela qual o Ministério Público Eleitoral (MPE) não tem poderes para ordenar oralmente que a autoridade policial coloque a disposição do MPE elementos obtidos em busca e apreensão, especialmente os que derivam de arquivos digitais.

56. Como não houve decisão judicial de declínio de competência e de compartilhamento de provas obtidas por força de medida cautelar de busca e apreensão, o emprego destes elementos probatórios em um processo instaurado não na 76ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes, mas na 100ª Zona Eleitoral, é inválido.

### III - CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Ao longo do parecer foram deduzidos argumentos pelos quais afirma-se que, no contexto em que o processo criminal eleitoral a que responde Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira foi instaurado perante juiz incompetente (juízo incompetente).

Assim, em atenção à indagação dos Consulentes apresento resposta aos quesitos:

1. À luz dos elementos apresentados foi violada a garantia do juiz natural? Que consequências jurídicas adviriam nesta hipótese?

Como sublinhado no item nº 34, à luz dos elementos apresentados foi violada a garantia do juiz natural, no caso o juízo da 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes, ao menos até o pronunciamento do juiz da 76ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes. Em consequência são nulos os atos praticados neste processo, incluindo as providências cautelares e a denúncia, no âmbito da 100ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes. Observo que o grave e inegável risco à liberdade

de locomoção de Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira, por causa da violação das regras de fixação da competência, legitima o exercício do *habeas corpus*.

2. O fato de o Ministério Público Eleitoral ter empregado em requerimentos de prisão processual, de busca e apreensão e na denúncia elementos hipoteticamente extraídos de arquivos digitais, sem decisão de compartilhamento proferida pelo juiz da 75ª Zona Eleitoral de Campos dos Goytacazes, é causa de nulidade?

Sim. Mesmo os documentos em suporte físico – à semelhança dos digitais – resultaram de medida de busca e apreensão que no direito brasileiro está sujeita à denominada reserva constitucional de jurisdição. Como não foi proferida decisão de compartilhamento de provas, mas estes elementos foram *compartilhados* por “determinação verbal” do MPE à autoridade policial, o seu emprego é causa de nulidade.

São estas, pois, as considerações que me cabiam.

Ressalvado melhor entendimento, é o parecer.

Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2017.

**Geraldo Prado**