



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS N° 552733 - RS (2019/0378080-4)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
ADVOGADOS : MARIA DE LOURDES LOPES - SP077513
VALESKA TEIXEIRA ZANIN MARTINS - SP153720
CRISTIANO ZANIN MARTINS - SP172730
LYZIE DE SOUSA ANDRADE PERFI - SP368980
GUILHERME QUEIROZ GONCALVES - DF037961
GABRIEL APARECIDO MOREIRA DA SILVA - SP359876
ELIAKIN TATSUO YOKOSAWA PIRES DOS SANTOS -
SP386266
LUCAS DOTTO BORGES - SP386685
LÍGIA GRÁCIO VELOSO - DF052381
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO **HABEAS CORPUS**. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. ARTS. 34, XX, E 202 DO RISTJ. NÃO OCORRÊNCIA. INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO REGIMENTAL. RCL 33.543/PR. PERÍCIA TÉCNICA. SISTEMAS MYWEBDAY E DROUSYS. REABERTURA DE PRAZO PARA ALEGAÇÕES FINAIS. INCIDENTE DE ILICITUDE DA PROVA. PROCESSAMENTO INDEFERIDO LIMINARMENTE. ART. 5º, LVI, DA CF. ART. 157, **CAPUT** E § 3º, DO CPP. INSTRUÇÃO PROCESSUAL ENCERRADA. EXAME DA TESE DE ILICITUDE DA PROVA NA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. ATO PROCESSUAL IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE. ART. 157, § 5º, DO CPP. EFICÁCIA SUSPensa. INAPLICABILIDADE. TESE DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DA CORTE DE ORIGEM POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AGRAVO REGIMENTAL QUE REITEROU À LETRA OS ARGUMENTOS DA INICIAL DA IMPETRAÇÃO. DESNECESSIDADE DE NOVOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de manter-se a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

II - Os artigos 34, inciso XX, e 202, ambos do RISTJ, atribuem ao Relator a

competência para *"decidir o habeas corpus quando for inadmissível, prejudicado ou quando a decisão impugnada se conformar com tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência dominante acerca do tema ou as confrontar"* (grifou-se).

III - A interposição do agravo regimental torna superada a alegação de afronta aos princípios do juiz natural e da colegialidade e torna prejudicados eventuais vícios relacionados ao julgamento monocrático, tendo em vista que, com o agravo, devolve-se ao órgão colegiado competente a apreciação do mérito da ação, do recurso ou do incidente.

IV - A decisão agravada, a despeito de haver reconhecido que o **habeas corpus** fora impetrado em substituição ao recurso ordinário, efetivamente examinou o mérito da impetração a fim de verificar a existência de algum constrangimento ilegal ou teratologia nas decisões das instâncias precedentes. Dessa maneira, o fato de o **mandamus** ser indevido não resultou em nenhum prejuízo ao agravante.

V - Nos autos da Reclamação Constitucional 33.543/PR, o Min. Edson Fachin concedeu ao recorrente, no âmbito da Ação Penal n. 5063130-17.2017.404.7000/PR, o direito de acessar os autos dos sistemas informáticos da empresa Odebrecht (MyWebDay e Drousys), nos mesmos limites franqueados na Ação Penal n. 5021365-32.2017.404.7000/PR, e de realizar nova perícia técnica sobre eles, bem como ordenou a reabertura de prazo para oferecimento de alegações finais em ordem sucessiva quanto aos acusados colaboradores e não colaboradores. Com base nessa autorização e no novo laudo pericial elaborado, o recorrente ajuizou o Incidente de Falsidade Criminal n. 5057394-13.2019.4.04.7000/PR, cujo processamento foi indeferido liminarmente pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR.

VI - O art. 5º, LVI, da CF e o art. 157, **caput** e § 3º, do CPP, interpretados em conjunto, dispõem serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, as quais deverão ser desentranhadas do processo após decisão judicial definitiva. Cuida-se da regra que cria o direito de exclusão ou desentranhamento das provas ilícitas (**exclusionary rule**), estabelecida com a finalidade precípua de tutelar os direitos e garantias fundamentais do cidadão submetido ao processo criminal.

VII - O art. 157, § 3º, do CPP determina ser facultado às partes do processo acompanhar o incidente de inutilização, destruição ou supressão da prova declarada ilícita por decisão preclusa. Ao contrário do que o agravante sugere, a correta interpretação do dispositivo não é a de que a declaração de ilicitude da prova deva ocorrer necessariamente mediante incidente processual, mas, sim, de que, uma vez declarada ilícita a prova por decisão de que já não caiba recurso, haverá um incidente de desentranhamento, que materializa o direito de exclusão reconhecida em prévia decisão judicial preclusa, o qual pode ser acompanhado pelas partes interessadas.

VIII - Pudessem a ilicitude da prova ser declarada exclusivamente em sede de incidente processual, a presença das partes não seria mera faculdade, mas dever,

visto que sobre o interessado na exclusão da prova - ou sobre o Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica - recairia o ônus de promover o incidente. Nesse caso, a relação jurídica processual criada com a instauração do incidente deveria ser devidamente integrada pela parte contrária, por observância do contraditório e do caráter dialético do processo. Desse modo, jamais haveria simples faculdade.

IX - A ilicitude da prova deve ser examinada o mais rapidamente possível, especialmente a fim de que, em caso de ilegalidade, evite-se a contaminação de novas provas (art. 157, § 1º, do CPP) e se suprima a violação dos direitos e garantias do investigado ou acusado. **In casu**, ao momento em que se elaborou a nova perícia técnica, a instrução processual da Ação Penal n. 5063130-17.2016.4.04.7000/PR já se encerrara, as alegações finais haviam sido apresentadas por acusação e defesa e os autos estavam conclusos ao magistrado para prolação de sentença. A tese de ilicitude da prova, amparada no novo laudo pericial, deverá ser apreciada na sentença porque este é o ato processual imediatamente subsequente à apresentação das alegações finais, de modo que não há prejuízo ao recorrente.

X - A eficácia do § 5º do art. 157 do CPP, acrescentado pela Lei n. 13.964/19, está suspensa, por prazo indeterminado, por força de decisão liminar proferida pelo e. Min. Luiz Fux nos autos das ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, com fundamento em possível inconstitucionalidade material do dispositivo por violação aos princípios da legalidade, do juiz natural e da razoabilidade. Assim sendo, a referida norma não se aplica na resolução da controvérsia.

XI - Com relação à tese de nulidade do acórdão recorrido por negativa de prestação jurisdicional, assente-se que o relator do agravo interno pode reiterar os fundamentos da decisão recorrida quando entender que não foram deduzidos novos argumentos aptos a modificá-la, visto que a simples interposição do agravo regimental não obriga à reformulação da decisão agravada quando não apresentados argumentos aptos a desconstituí-la, como na presente hipótese, em que o agravo regimental interposto na origem reiterou praticamente **ipsis litteris**, os fundamentos da inicial da impetração.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 01 de setembro de 2020.

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS N° 552733 - RS (2019/0378080-4)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
ADVOGADOS : MARIA DE LOURDES LOPES - SP077513
VALESKA TEIXEIRA ZANIN MARTINS - SP153720
CRISTIANO ZANIN MARTINS - SP172730
LYZIE DE SOUSA ANDRADE PERFI - SP368980
GUILHERME QUEIROZ GONCALVES - DF037961
GABRIEL APARECIDO MOREIRA DA SILVA - SP359876
ELIAKIN TATSUO YOKOSAWA PIRES DOS SANTOS -
SP386266
LUCAS DOTTO BORGES - SP386685
LÍGIA GRÁCIO VELOSO - DF052381
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO **HABEAS CORPUS**. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. ARTS. 34, XX, E 202 DO RISTJ. NÃO OCORRÊNCIA. INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO REGIMENTAL. RCL 33.543/PR. PERÍCIA TÉCNICA. SISTEMAS MYWEBDAY E DROUSYS. REABERTURA DE PRAZO PARA ALEGAÇÕES FINAIS. INCIDENTE DE ILICITUDE DA PROVA. PROCESSAMENTO INDEFERIDO LIMINARMENTE. ART. 5º, LVI, DA CF. ART. 157, **CAPUT** E § 3º, DO CPP. INSTRUÇÃO PROCESSUAL ENCERRADA. EXAME DA TESE DE ILICITUDE DA PROVA NA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. ATO PROCESSUAL IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE. ART. 157, § 5º, DO CPP. EFICÁCIA SUSPensa. INAPLICABILIDADE. TESE DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DA CORTE DE ORIGEM POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AGRAVO REGIMENTAL QUE REITEROU À LETRA OS ARGUMENTOS DA INICIAL

DA IMPETRAÇÃO. DESNECESSIDADE DE NOVOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de manter-se a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

II - Os artigos 34, inciso XX, e 202, ambos do RISTJ, atribuem ao Relator a competência para "*decidir o habeas corpus quando for inadmissível, prejudicado ou quando a decisão impugnada se conformar com tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência dominante acerca do tema ou as confrontar*" (grifou-se).

III - A interposição do agravo regimental torna superada a alegação de afronta aos princípios do juiz natural e da colegialidade e torna prejudicados eventuais vícios relacionados ao julgamento monocrático, tendo em vista que, com o agravo, devolve-se ao órgão colegiado competente a apreciação do mérito da ação, do recurso ou do incidente.

IV - A decisão agravada, a despeito de haver reconhecido que o **habeas corpus** fora impetrado em substituição ao recurso ordinário, efetivamente examinou o mérito da impetração a fim de verificar a existência de algum constrangimento ilegal ou teratologia nas decisões das instâncias precedentes. Dessa maneira, o fato de o **mandamus** ser indevido não resultou em nenhum prejuízo ao agravante.

V - Nos autos da Reclamação Constitucional 33.543/PR, o Min. Edson Fachin concedeu ao recorrente, no âmbito da Ação Penal n. 5063130-17.2017.404.7000/PR, o direito de acessar os autos dos sistemas informáticos da empresa Odebrecht (MyWebDay e Drousys), nos mesmos limites franqueados na Ação Penal n. 5021365-32.2017.404.7000/PR, e de realizar nova perícia técnica sobre eles, bem como ordenou a reabertura de prazo para oferecimento de alegações finais em ordem sucessiva quanto aos acusados colaboradores e não colaboradores. Com base nessa autorização e no novo laudo pericial elaborado, o recorrente ajuizou o Incidente de Falsidade Criminal n. 5057394-13.2019.4.04.7000/PR, cujo processamento foi indeferido liminarmente pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR.

VI - O art. 5º, LVI, da CF e o art. 157, **caput** e § 3º, do CPP, interpretados em conjunto, dispõem serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, as quais deverão ser desentranhadas do processo após decisão judicial definitiva. Cuida-se da regra que cria o direito de exclusão ou desentranhamento das provas ilícitas (**exclusionary rule**), estabelecida com a finalidade precípua de tutelar os direitos e garantias fundamentais do cidadão submetido ao processo criminal.

VII - O art. 157, § 3º, do CPP determina ser facultado às partes do processo acompanhar o incidente de inutilização, destruição ou supressão da prova declarada ilícita por decisão preclusa. Ao contrário do que o agravante sugere, a correta interpretação do dispositivo não é a de que a declaração de ilicitude da prova deva ocorrer necessariamente mediante incidente processual, mas, sim, de que, uma vez declarada ilícita a prova por decisão de que já não caiba recurso, haverá um incidente de desentranhamento, que materializa o direito de exclusão reconhecida em prévia decisão judicial preclusa, o qual pode ser acompanhado pelas partes interessadas.

VIII - Pudesse a ilicitude da prova ser declarada exclusivamente em sede de incidente processual, a presença das partes não seria mera faculdade, mas dever, visto que sobre o interessado na exclusão da prova - ou sobre o Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica - recairia o ônus de promover o incidente. Nesse caso, a relação jurídica processual criada com a instauração do incidente deveria ser devidamente integrada pela parte contrária, por observância do contraditório e do caráter dialético do processo. Desse modo, jamais haveria simples faculdade.

IX - A ilicitude da prova deve ser examinada o mais rapidamente possível, especialmente a fim de que, em caso de ilegalidade, evite-se a contaminação de novas provas (art. 157, § 1º, do CPP) e se suprima a violação dos direitos e garantias do investigado ou acusado. **In casu**, ao momento em que se elaborou a nova perícia técnica, a instrução processual da Ação Penal n. 5063130-17.2016.4.04.7000/PR já se encerrara, as alegações finais haviam sido apresentadas por acusação e defesa e os autos estavam conclusos ao magistrado para prolação de sentença. A tese de ilicitude da prova, amparada no novo laudo pericial, deverá ser apreciada na sentença porque este é o ato processual imediatamente subsequente à apresentação das alegações

finais, de modo que não há prejuízo ao recorrente.

X - A eficácia do § 5º do art. 157 do CPP, acrescentado pela Lei n. 13.964/19, está suspensa, por prazo indeterminado, por força de decisão liminar proferida pelo e. Min. Luiz Fux nos autos das ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, com fundamento em possível inconstitucionalidade material do dispositivo por violação aos princípios da legalidade, do juiz natural e da razoabilidade. Assim sendo, a referida norma não se aplica na resolução da controvérsia.

XI - Com relação à tese de nulidade do acórdão recorrido por negativa de prestação jurisdicional, assente-se que o relator do agravo interno pode reiterar os fundamentos da decisão recorrida quando entender que não foram deduzidos novos argumentos aptos a modificá-la, visto que a simples interposição do agravo regimental não obriga à reformulação da decisão agravada quando não apresentados argumentos aptos a desconstituí-la, como na presente hipótese, em que o agravo regimental interposto na origem reiterou praticamente **ipsis litteris**, os fundamentos da inicial da impetração.

Agravo regimental desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida por esta Relatoria, a qual não conheceu do **habeas corpus** impetrado em favor de **LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA**, com fundamento na ausência de constrangimento ilegal no acórdão impugnado.

Ressai das alegações aventadas pelo agravante a pretensão de que seja efetivado o juízo de retratação, insistindo nas teses já defendidas no **mandamus**.

Argumenta, inicialmente, que a decisão monocrática recorrida teria examinado o mérito da impetração em desconformidade com a previsão do artigo 202 do RISTJ, pois não teria evidenciado haver jurisprudência consolidada desta Corte Superior ou do c. Supremo Tribunal Federal sobre a necessidade ou não de o exame de ilicitude da prova ocorrer mediante incidente processual.

Afirma que a ilegalidade flagrante das decisões proferidas pelas instâncias precedentes, a tramitação morosa que o recurso ordinário apresenta - quando comparado com o **habeas corpus** - e o risco de perecimento do direito tornaram, em seu conjunto, legítimo o manejo da impetração em substituição ao recurso próprio.

Assevera que o exame da tese de ilicitude da prova na decisão que apreciou o **Parecer Técnico Pericial Divergente** apresentado na **Ação Penal n. 5063130-17.2016.4.04.7000/PR** em 2/4/2018 não tornou a matéria preclusa, visto que essa primeira perícia teria sido elaborada com indevidas limitações impostas pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, conforme o e. Min. **Edson Fachin** haveria reconhecido na **Reclamação n. 33.543/PR** ao consentir com a realização de nova perícia técnica.

Sustenta que somente na segunda perícia efetuada pôde o assistente técnico da defesa *"apontar elementos mais profundos sobre a quebra da cadeia de custódia da prova e a inobservância das regras de cooperação internacional entre Brasil e a Suíça"* (fl. 900) e *"verificar que não havia como confirmar os hashes (identidade de mídia) das supostas cópias vindas da Suíça"* (fl. 901), situações que constituíram o fundamento do pedido de declaração de ilicitude da prova.

Defende, portanto, que a inadmissão do novo incidente significou subtrair, na via oblíqua, a eficácia da decisão concedida pelo c. STF na Reclamação n. 33.543/PR, pois, reflete, *"para quê teria sido determinada a realização de nova perícia se a Defesa não pode utilizá-la como base para o incidente de ilicitude da prova?"* (fl. 901).

Assinala não se cogitar de preclusão com relação à ilicitude da prova, consideradas as disposições do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e do art. 157, **caput**, do Código de Processo Penal.

Propõe que a necessidade de o exame de ilicitude da prova suscitada no curso da instrução criminal ser feito em momento anterior à sentença decorre de interpretação lógica do sistema processual penal em vigor e das prescrições do art. 157, § 5º, do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/19, que veda ao juiz que conhecer do conteúdo de prova declarada inadmissível proferir sentença ou acordão; e dos arts. 145 e seguintes do CPP, que disciplinam o incidente de declaração de falsidade documental.

Noutro giro, controvertendo o fundamento da ausência de interesse jurídico para o incidente suscitado, refere que o art. 157 do CPP dispõe expressamente que o desentranhamento de provas ilícitas e derivadas ocorre mediante incidente, de modo que não existiria disposição legal que determinasse que a ilicitude da prova deva ser analisada apenas na sentença.

Argumenta, com referência ao art. 93, inciso IX, da CF e ao art. 489 do Código de Processo Civil, que a e. Corte Federal negou a prestação jurisdicional, porquanto teria deixado de fornecer fundamentação idônea para o desprovimento do

agravo regimental ao limitar-se a repetir os termos da decisão que indeferira liminarmente a impetração, ao passo que também teria aduzido motivação estranha ao objeto do **writ**.

Ao final, requer a concessão da ordem para: **a)** cassar a decisão do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR que indeferiu liminarmente o pedido de instauração do Incidente de Ilicitude da Prova n. 5057394-13.2019.4.04.7000/PR, com a anulação de todos os atos processuais subsequentes; e **b)** determinar o regular processamento do referido incidente. Subsidiariamente, pugna pela anulação do julgamento do AgRg no HC n. 5046085-43.2019.4.04.0000, realizado pela 8ª Turma do e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

O Ministério Público Federal, às fls. 934-968, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Por manter a decisão ora agravada, trago o feito ao Colegiado.

É o relatório.

VOTO

O presente Agravo Regimental não merece provimento.

O recorrente sustenta a necessidade de reforma do **decisum** guerreado com base nos seguintes argumentos, em síntese:

a) violação ao princípio de colegialidade, a qual teria apreciado o mérito da impetração sem demonstrar haver jurisprudência consolidada desta Corte Superior ou do c. Supremo Tribunal Federal sobre a matéria;

b) cabimento do **habeas corpus** em substituição ao recurso ordinário, em virtude do constrangimento ilegal das decisões das instâncias ordinárias e do risco iminente de o recorrente ver-se submetido a constrangimento ilegal irreparável;

c) adequação e necessidade do incidente de ilicitude da prova para garantir o devido processo legal e para conferir eficácia à decisão proferida pelo e. Min. **Edson Fachin** nos autos da Reclamação n. 33.543/PR;

d) negativa de prestação jurisdicional pelo e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Pois bem. O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de manter-se a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Nesse compasso, não obstante o teor das razões suscitadas no presente recurso, não vislumbro elementos hábeis a alterar a decisão de fls. 860-877. Ao contrário, os argumentos externados por esta Relatoria merecem ser ratificados pelo Colegiado, senão vejamos.

Com relação ao argumento de que a decisão monocrática foi proferida em violação ao princípio da colegialidade, consigne-se que os artigos 34, inciso XX, e 202, ambos do RISTJ, atribuem ao Relator a competência para *"decidir o habeas corpus quando for inadmissível, prejudicado ou quando a decisão impugnada se conformar com tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência dominante acerca do tema ou as confrontar"* (grifou-se).

Logo, a decisão monocrática do Relator que aprecia o mérito do **habeas corpus** não vulnera o princípio da colegialidade, sobretudo porque a competência originária do órgão colegiado sempre permanece resguardada em virtude da possibilidade de interpor-se o recurso de agravo regimental, como ocorreu na espécie.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte é firme ao estabelecer que a interposição do agravo regimental torna superada a alegação de afronta aos princípios do juiz natural e da colegialidade e torna prejudicados eventuais vícios relacionados ao julgamento monocrático, tendo em vista que, com o agravo, devolve-se ao órgão colegiado competente a apreciação do mérito da ação, do recurso ou do incidente.

Acerca do tema, cito os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO JUIZ NATURAL E DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RISTJ. ART. 34, XVIII, "B", E XX. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA PENA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MATÉRIA DECIDIDA PELO STF. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

I - O RISTJ, em seu art. 34, XVIII, 'b', dispõe que o Relator pode proferir decisão monocrática para 'negar provimento ao recurso

ou pedido que for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema;'

II - Continua o RISTJ, no mesmo art. 34, XX, a estabelecer que o Relator pode, monocraticamente, 'decidir o habeas corpus quando for inadmissível, prejudicado ou quando a decisão impugnada se conformar com tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência dominante acerca do tema ou as confrontar;'

III - É firme a jurisprudência deste STJ no sentido de que, com a interposição de agravo regimental, torna-se superada a alegação de afronta aos princípios do juiz natural e da colegialidade, tendo em vista a devolução da matéria recursal ao órgão julgador competente.

IV - O julgamento monocrático pelo Relator não implica cerceamento de defesa, por eventual supressão do direito de o patrono realizar sustentação oral.

V - O cumprimento provisório da pena, é matéria decidida pelo col. STF, em julgamento submetido à sistemática da repercussão geral, na qual reafirmou a jurisprudência já assentada, para concluir que 'a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal' (ARE n. 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25/11/16).

Agravo regimental não provido" (AgRg no RHC n. 75.296/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 18/10/2017, grifei).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. APREENSÃO DE UMA MUNIÇÃO. ART. 16 DA LEI 10.826/2003. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A possibilidade de interposição de agravo regimental, com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, torna superada eventual nulidade da decisão monocrática por suposta ofensa ao princípio da colegialidade.

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o crime de posse ou porte irregular de munição de

uso permitido, independentemente da quantidade, e ainda que desacompanhada da respectiva arma de fogo, é delito de perigo abstrato, sendo punido antes mesmo que represente qualquer lesão ou perigo concreto de lesão, não havendo que se falar em atipicidade material da conduta (AgRg no RHC n. 86.862/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 20/2/2018, DJe 28/2/2018).

2. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, analisando as circunstâncias do caso concreto, reconheceu ser possível aplicar o princípio da insignificância na hipótese de apreensão de quantidade pequena de munição de uso permitido desacompanhada de arma de fogo, tendo concluído pela total inexistência de perigo à incolumidade pública (RHC n. 143.449/MS, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 9/10/2017; HC n. 154390, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 7/5/2018).

3. Ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior passaram a reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada por agente, pela incidência do princípio da insignificância, diante da ausência de afetação do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

4. No presente caso, foi apreendido 1 cartucho, calibre 357, desacompanhado de dispositivo que possibilitasse o disparo do referido projétil. Assim, reconhecida a inocorrência de ofensa à incolumidade pública, deve ser afastada a tipicidade material do fato, conquanto seja a conduta formalmente típica.

5. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1859281/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 24/8/2020, grifou-se).

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE NÃO EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE PROCESSUAL. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. DETERMINAÇÃO DE DESENTRANHAMENTO DE PROVA ILÍCITA MOTIVADA. ABSOLVIÇÃO DO RÉU. IMPROPRIEDADE NA VIA DO WRIT. CONDENAÇÃO BASEADA NA PALAVRA DA VÍTIMA E EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS PRODUZIDOS NOS AUTOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não há se falar em ofensa ao princípio da colegialidade, pois é conferido ao relator decidir monocraticamente o habeas corpus quando for ele inadmissível, prejudicado ou quando a decisão impugnada se conformar com tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Superior Tribunal

de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (art. 932 do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal; e arts. 34, XX, e 210 do RISTJ).

2. O julgamento monocrático pelo relator não implica cerceamento ao direito de defesa, por eventual supressão do direito de o patrono da parte realizar sustentação oral.

[...]

7. Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 327.638/PA, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 21/9/2017, grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE E CERCEAMENTO DE DEFESA. DECISÃO CALCADA EM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. PENA-BASE. REGIME PRISIONAL. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. MINORANTE TRÁFICO PRIVILEGIADO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. JUSTIFICAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência consolidada da Corte estabeleceu-se no sentido de que não viola o princípio da colegialidade, a decisão monocrática do relator calcada em jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a previsão regimental e a possibilidade de submissão do julgado ao exame do órgão colegiado, mediante a interposição de agravo regimental. Precedentes.

2. Nos termos da jurisprudência da Corte, a elevada quantidade e diversidade de entorpecente apreendido - 7kg de maconha e 500g de cocaína - justificam o incremento da pena-base e a fixação de regime mais gravoso. Precedentes.

3. Inaplicável o disposto no art. 33, §4º, Lei de Drogas, quando constatada a dedicação à atividade criminosa e ligação com grupo criminoso. Na espécie, as instâncias ordinárias valoraram além da quantidade de drogas, outros elementos dos autos, notadamente o fato de que o apelante contratou terceira pessoa, pela quantia de R\$1.000,00 (mil reais), para o transporte de considerável quantidade de droga (7kg de maconha e 500g de cocaína) e juntos vieram de carro do Estado de São Paulo para Ponta Porã buscar o entorpecente e retornar ao Estado de origem, já com a droga, foi determinado que o corréu João Márcio retornasse com o entorpecente de ônibus, enquanto o apelante retornaria com o seu veículo.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 570.109/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 13/8/2020, grifou-se).

Adiante, tenha-se que o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e

a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do **habeas corpus**, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do **mandamus**, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão, ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

No ponto vale colacionar os seguintes julgados:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PECULATO (ART. 312, § 1º, CP). INSTRUÇÃO DEFICIENTE. INVIABILIDADE DE EXAME DAS ALEGAÇÕES. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE LIAME SUBJETIVO E DE DOLO DIRETO. EXAME APROFUNDADO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NO WRIT. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento do writ, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Doutrina e jurisprudência entendem que o habeas corpus, por constituir ação mandamental cuja principal característica é a sumariedade, não possui fase instrutória, vale dizer, a inicial deve vir acompanhada de prova pré-constituída que possibilite o exame e a verificação da apontada flagrante ilegalidade.

[...]

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 372.272/PR, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 24/10/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. LEGALIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. QUALIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE E PETRECHOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO

CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 409.938/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 16/10/2017).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. MODO SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 412.593/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 17/10/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. DEDICAÇÃO DA RÉ À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL – CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

[...]

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 415.669/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 17/10/2017).

Portanto, não se está vedando a utilização do remédio constitucional, mas, unicamente, vinculando a extensão do âmbito de cognição à regularidade da via eleita, atrelando-se, diretamente, à presença ou não de coação ilegal.

Assim, como destacou o recorrente, a decisão agravada, a despeito de haver reconhecido que o **habeas corpus** fora impetrado em substituição ao recurso ordinário, efetivamente examinou o mérito da impetração a fim de verificar a existência de algum constrangimento ilegal ou teratologia nas decisões das instâncias precedentes. Dessa maneira, o fato de o **mandamus** ser indevido não resultou em nenhum prejuízo ao agravante.

Superados esses pontos, verifica-se que a Defesa ajuizou no c. Supremo Tribunal Federal a **Reclamação Constitucional n. 33.543/PR**, em que inicialmente requereu, com base na Súmula Vinculante n. 14/STF, o **acesso irrestrito aos autos da Ação Penal n. 5020175-34.2017.4.04.7000/PR**, em que estão acostados o Acordo de Leniência firmado entre a Odebrecht e o Ministério Público Federal, homologado pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, e as cópias dos sistemas MyWebDay e Drousys, utilizados por aquela empresa.

Fundamentou-se o requerimento na necessidade de preservar o princípio da paridade de armas (**par condicio**) e de verificar a idoneidade e autenticidade das informações fornecidas pela Odebrecht.

O e. Min. Edson Fachin, em decisão unipessoal proferida em 17/6/2019, julgou parcialmente procedente a reclamação nos seguintes termos, **in verbis**:

"4. Diante do exposto, nos termos do parágrafo único do art. 161 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, julgo parcialmente procedente o pedido para o fim de conceder ao reclamante acesso restrito aos elementos de prova já documentados nos autos de origem (5020175-34.2017.4.04.7000/PR) e que lhe digam

respeito, ressalvadas eventuais diligências em curso ou em deliberação.

*Enfatizo que a presente decisão: i) não repercute diretamente na restrição à publicidade dos elementos incorporados aos autos de origem, de modo que também incumbe à defesa o zelo pela observância do sigilo judicialmente imposto pela autoridade reclamada; ii) não inibe que o Juízo reclamado, se for o caso, motivada e concretamente, mantenha oponente à defesa o sigilo de elementos específicos que, por exemplo, digam respeito a **garantias de exercícios profissionais**, eis que essas eventuais circunstâncias não estão inseridas na controvérsia ora solucionada e, portanto, não foram objeto de pronunciamento; iii) **não acarreta suspensão da ação penal de origem**."* (DJe n. 135, divulgado em 19/6/2019).

Posteriormente, considerando novos pedidos do reclamante e a existência de relevante controvérsia a respeito de eventual limitação que teria sido imposta ao acesso da defesa aos elementos de informação em comento, o Min. Edson Fachin determinou monocraticamente que, na Ação Penal n. 5063130-17.2017.404.7000/PR - caso dos presentes autos -, fosse franqueado à Defesa o acesso aos sistemas vinculados à empresa Odebrecht nos exatos moldes verificados Ação Penal n. 5021365-32.2017.404.7000/PR.

Ordenou-se, ademais, abertura de prazo para realização de perícia técnica e a reabertura de prazo para apresentação ou complementação das alegações finais, a serem apresentadas em ordem sucessiva quanto aos réus colaboradores e não colaboradores.

Por oportuno, colaciono o dispositivo da decisão, **in verbis**:

*"2. Nesse contexto, diante da específica manifestação defensiva e, especialmente, para **prevenir** irregularidades processuais, **determino que, na Ação Penal n. 5063130-17.2017.404.7000/PR, seja facultado à defesa acesso aos sistemas vinculados à empresa Odebrecht, nos exatos moldes do verificado na Ação Penal n. 5021365-32.2017.404.7000/PR, ordenando, ainda, a confecção de ata com a descrição minuciosa dos trabalhos levados a efeito. Desde logo, estabeleço o prazo impreritável de 15 (quinze) dias para cumprimento da diligência pelo assistente técnico defensivo.***

*3. Como consequência necessária da renovação de oportunidade de manifestação, **ordeno** ainda, após o implemento desta determinação, **a reabertura de prazo para apresentação ou complementação das alegações finais das partes**, no prazo de 5 (cinco) dias previsto no § 3º, do art. 403 do Código de Processo Penal, as quais deverão ser colhidas, **de forma sucessiva**, inclusive em relação aos réus colaboradores, nos termos do recentemente decidido, por maioria, pela Segunda Turma desta Suprema Corte no HC 157.627/PR, em julgamento em que integrei corrente minoritária. Restei vencido, nada obstante não convencido da tese majoritária.*

Ressalto que no citado HC 157.627/PR, embora o colegiado tenha concedido a ordem em razão das especificidades daquela impetração, consta da ação penal de origem expresso pleito defensivo similar (matéria debatida no HC 163.943/PR, de minha relatoria), a sinalizar, sob a óptica concreta da imputação veiculada na Ação Penal n. 5063130- 17.2017.404.7000/PR, a ausência de preclusão do tema.

Enfatizo, ademais, que não se trata de constatação de mácula à marcha processual. Nada obstante, considerando o atual andamento do feito, em que ainda não se proferiu sentença, essa providência revela-se conveniente para o fim de, a um só tempo, adotar prospectivamente a compreensão atual da Corte acerca da matéria, prevenindo eventuais irregularidades processuais, até que sobrevenha pronunciamento do Plenário.

*4. À luz das providências aqui determinadas, em especial de renovação de atos processuais, **julgo prejudicado o agravo regimental interposto pela defesa nesta Reclamação**, por meio do qual se postulava, a fim de assegurar manifestação defensiva prévia à sentença, a suspensão da ação penal. Portanto, **retire-se de pauta referida irresignação**." (DJe 189, divulgado em 29/8/2019).*

Com fulcro nessas duas decisões, o assistente técnico da defesa realizou nova perícia sobre o conteúdo extraído dos sistemas da empresa Odebrecht, cujo parecer está acostado aos autos da Ação Penal n. 5063130-17.2017.404.7000/PR (Evento 2.002).

Em seguida, a Defesa ajuizou o Incidente de Falsidade Criminal n. 5057394-13.2019.4.04.7000/PR, cujo processamento foi indeferido pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, em 30/10/2019, sob o argumento de preclusão da matéria e ausência de interesse jurídico. Transcrevam-se os termos do **decisum** (fls. 176-181):

*"Trata-se de **incidente de ilicitude de prova**, ajuizado pela Defesa do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.*

A discussão cinge-se ao reconhecimento da nulidade da prova extraída dos sistemas de contabilidade da Odebrecht, utilizada na ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000.

*Em síntese, alegou que haveria **quebra da cadeia de custódia da prova**, tendo havido **vícios nos procedimentos de cooperação internacional para a transmissão da prova**. Baseia as suas conclusões, especialmente, no **parecer apresentado em 21/10/2019 pelo assistente técnico da Defesa nos autos da ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000 (evento 2002).***

Decido.

A discussão acerca da quebra da cadeia de custódia dos sistemas de contabilidade da Odebrecht não é novidade.

*Veja-se, nesse sentido, que **no primeiro parecer apresentado pelo assistente técnico da Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva, na ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000, em 02/04/2018 (evento 1626), já havia o questionamento acerca da quebra de cadeia de custódia da prova:***

[...]

Na época em que elaborado tal parecer, não houve distribuição de incidente de falsidade ou de ilicitude.

Destarte, a questão está preclusa.

Não ignora este Julgador a decisão proferida em 10/09/2019 pelo Eminentíssimo Ministro Edson Fachin, na Rcl 33.543-AgR, facultando a elaboração de novos pareceres

técnicos pelas Defesas cadastradas na ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000.

Ocorre que o novo parecer, elaborado em 21/10/2019, repete a conclusão relativa à quebra de cadeia de custódia dos sistemas da Odebrecht, já conhecida há mais de ano e meio pelos defensores do ex-Presidente.

A confirmar que não há novidade no alegado pela Defesa, transcreve-se trecho do novo parecer técnico (ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000, evento 2002, anexo2, fl. 5):

'O presente trabalho tem por objetivo ratificar e complementar o Parecer Técnico Pericial Divergente em relação as considerações contidas no Laudo de Perícia Criminal Federal nº 0335/2018 - SETEC/SR/PF/PR, datado de 02 de Abril de 2018. O trabalho foi realizado após decisão proferida pelo Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, na Reclamação nº 33.543/PR'.

Não há demonstração de que o novo acesso ao objeto de perícia permitiu a obtenção de informações antes não disponíveis a respeito da cadeia de custódia da prova.

A falsidade deve ser alegada na primeira oportunidade possível, quando disponíveis à Defesa as informações necessárias a instruí-lo.

Assim, o incidente, se é que cabia, deveria ter sido ajuizado quando da obtenção da informação de possíveis vícios na transmissão dos sistemas da Odebrecht, o que teria ocorrido, no máximo, até 02/04/2018, data da juntada do primeiro parecer técnico da Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva aos autos da ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000.

A Defesa do ex-Presidente, por outro lado, permaneceu inerte por longo período, mesmo lhe sendo acessível o substrato necessário a fundamentar o alegado no presente incidente.

A confecção de um de novo parecer, em 10/09/2019, explorando tese já conhecida há tempos pela Defesa, não reabre a possibilidade de discussão da chamada ilicitude na via do incidente.

Não há, ademais, direito de guardar o questionamento para o momento defensivamente mais oportuno.

O processo é uma marcha para frente e não para trás, não cabendo o retorno a fases já superadas.

Destarte, pela intempestividade, o presente incidente deve ser indeferido

Além da preclusão, não vislumbro interesse jurídico a respaldar a instauração do presente incidente.

A quebra de cadeia de custódia dos sistemas de contabilidade da Odebrecht é, como visto, questão a ser examinada na ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000.

A sua autenticidade e integridade, com as suas nuances próprias, vg. a possibilidade de alimentação do banco de dados, serão analisadas na sentença da mencionada ação penal, como já consignado na decisão de 02/05/2018, por meio da qual foi rejeitado o incidente de falsidade 5037409-29.2017.4.04.7000 (evento 147 daquele processo):

[...]

Não há, portanto, necessidade de travar nestes autos discussão que será objeto da sentença da aludida ação penal.

Ainda, as alegações de violação ao procedimento de cooperação jurídica

internacional entre Brasil e Suíça (fls. 12-18 da petição de evento 1, inic1) são impróprias ao incidente, pois não tem relevância à constatação da eventual falsidade material dos sistemas da Odebrecht.

Igualmente impróprias são as alegações que se fundam em mensagens supostamente obtidas por hackeamento de autoridades (fls. 43-48 da petição de evento 1, inic1).

Por decisão de 17/09/2019, na ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000 (evento 1955), indeferi pedido de compartilhamento de provas, com a finalidade de obtenção de tais mensagens, formulado pela Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva.

O decidido teve por base a decisão proferida em 03/09/2019 pelo Desembargador Federal João Pedro Gebran, na Apelação 5021365-32.2017.4.04.7000.

Supervenientemente, a questão foi apreciada pela Oitava Turma do E. TRF4, por agravo regimental, que foi rejeitado à unanimidade, j. 25/09/2019. Trancreve-se a ementa:

[...]

Com efeito, o mesmo aplica-se aqui para se concluir pela imprestabilidade dos fundamentos decorrentes de tais mensagens.

Ante o exposto, pela preclusão e pela falta de interesse, indefiro o presente incidente." (fls. 176-181, grifou-se).

Por seu turno, a e. Corte Federal assim apreciou a controvérsia, in verbis (fls. 426-428):

"Não vejo, nas razões do agravo regimental, aptidão para modificar a compreensão que registrei quando do indeferimento liminar da ordem de habeas corpus. Na ocasião, fazendo referência aos termos da decisão de primeiro grau, anotei:

'2.1. As discussões a respeito do sistema de contabilidade paralelo do grupo Odebrecht remontam à instrução, cabendo lembrar que a ação penal de origem está em fase final, tendo em vista determinação de reabertura da fase de apresentação de alegações finais.

Como se nota dos autos de origem, já no evento 1626 a defesa apresentou manifestação de perito independente acusando o que, ao seu sentir, representaria a quebra de cadeia de custódia dos sistemas periciados. Traz, agora, nova manifestação técnica sobre o mesmo tema, sem que à época oportuna tenha requerido qualquer providência do juízo.

A existência de nova documentação juntada pela defesa não significa a possibilidade de reabertura de controvérsia superada pela preclusão. Se é novo o parecer, o tema é bastante antigo e os meios processuais de impugnação sempre estiveram disponíveis a todas as partes do processo.

Não se desconhece a decisão proferida nos autos da RCL/STF nº 33.543, concedendo acesso aos sistemas vinculados à Odebrecht, contudo, tenho que as determinações do juízo de primeiro grau atenderam satisfatoriamente a ordem da Corte Constitucional. Segundo consignado na decisão do e. Relator, foi assegurado a defesa acesso a material para elaboração de manifestação técnica a respeito do Laudo 335/2018, o que foi observado no curso da ação, inclusive com prazo adequado para

tanto.

Nesse sentido, aliás, o pedido final da defesa na RCL/STF nº 33.543 (consulta pública processual):

'(iv.2) conceder à Defesa do Reclamante acesso irrestrito aos autos de nº 5020175-34.2017.4.04.7000/PR, em que tramita o Acordo de Leniência firmado entre a Odebrecht S.A. e o Ministério Público Federal, devendo a Ação Penal ser suspensa até que seja viabilizado o acesso a todos os referidos documentos, ocasião em que deverá ser concedido prazo razoável para análise pela Defesa, possibilitando-se, assim, que esta possa exercer sua indispensável função processual.'

2.2. De resto, não é razoável que a apresentação de novo parecer técnico questionando a fidedignidade da prova periciada - o que já havia sido feito em abril de 2018 -, tenha aptidão para reabrir novo incidente de falsidade.

Embora a prova técnica seja importante no processo penal, não é ela, sozinha, capaz de levar à condenação ou absolvição do réu. Isso porque as conclusões a respeito do resultado pericial e o confronto com as alegações defensivas competem ao magistrado, de maneira que correta a decisão no que diz que 'a sua autenticidade e integridade, com as suas nuances próprias, vg. a possibilidade de alimentação do banco de dados, serão analisadas na sentença da mencionada ação penal, como já consignado na decisão de 02/05/2018, por meio da qual foi rejeitado o incidente de falsidade 5037409-29.2017.4.04.7000'.

Nessa linha, reaberto o prazo para apresentação de nova manifestação técnica - como deferido pelo Supremo Tribunal Federal - não se há falar em flagrante ilegalidade pela negativa de seguimento ao incidente de falsidade criminal sobre tema acobertado pela preclusão.

Em suma, 'a marcha processual avança rumo à conclusão da prestação jurisdicional, sendo inconciliável com o processo penal moderno a prática de atos processuais que reprimem fases já superadas. Em foco, afigura-se presente a preclusão lógica, uma vez que o acusado manifestou-se pela desnecessidade da produção de prova e, agora, requer o reavivamento do incidente de falsidade documental, alegando a necessidade de se realizar diligências para provar a suposta falsidade' (HC - HABEAS CORPUS - 200558 2011.00.57944-6, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 09/04/2019).

3. Adicionalmente, cabe ponderar que a normativa de fato veda a utilização da prova ilícita no processo penal.

Na hipótese, o art. 157 do Código de Processo Penal diz que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

Não se excepciona a pedra fundamental do direito probatório, que lança efeitos sobre todos os ramos do direito, não só penal.

Exemplo disso são as quebras de sigilo telefônico ou telemático obtidos sem autorização judicial. Como assenta a jurisprudência, "a ausência de autorização judicial para excepcionar o sigilo das comunicações macula indelevelmente a diligência policial das interceptações em causa, ao ponto de não se dever - por causa dessa mácula - sequer lhes analisar os conteúdos, pois obtidos de forma claramente ilícita" (EDHC - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS - 130429 2009.00.39689-2, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 17/05/2010).

Não é esse o caso dos autos, em que os questionamentos da defesa poderão ser objeto de aferição no momento da prolação da sentença.

Portanto, ausente flagrante ilegalidade na decisão de primeiro grau, não se mostra possível de tutela a pretensão da defesa pela via excepcional do habeas corpus.'

3. Ora, a decisão proferida na Reclamação nº 33.543 pelo STF não determinou a realização de perícia técnica pelo juízo, mas somente a apresentação de prova técnica pela defesa.

De resto, o documento juntado pela defesa que, à semelhança Parecer Técnico Pericial Divergente, acostados aos autos da ação penal nº 5063130-17.2016.4.04.7000/PR em 02/04/2018, não autoriza a reabertura da discussão, sem prejuízo que o magistrado pondere as considerações defensivas no momento apropriado.

No tocante ao pedido de compartilhamento das mensagens divulgadas no Portal The Intercept e apreendidas no curso da Operação Spoo?ng, a decisão do juízo de primeiro grau segue na linha do quanto já decidido pela 8ª Turma na Apelação Criminal nº 5021365-32.2017.4.04.7000.

Nessa perspectiva, não vejo ?agrante ilegalidade na decisão de primeiro grau, pelo que não se admite o processamento do incidente de falsidade, devendo ser mantida, portanto, a decisão que indeferiu liminarmente a ordem de habeas corpus.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental." (fls. 426-428, grifou-se).

Pois bem. O art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal dispõe serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Por outro lado, conferindo tratamento mais concreto à matéria, o art. 157, **caput** e § 3º, do Código de Processo Penal prevê que:

"Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente."

Cuida-se da regra que cria o direito de exclusão ou desentranhamento das provas ilícitas (**exclusionary rule**), estabelecida com a finalidade precípua de tutelar os direitos e garantias fundamentais do cidadão submetido ao processo criminal.

O art. 157, § 3º, do CPP determina ser facultado às partes do processo acompanhar o incidente de inutilização, destruição ou supressão da prova declarada ilícita por decisão preclusa.

Ao contrário do que o recorrente sugere, a correta interpretação do dispositivo não é a de que a declaração de ilicitude da prova deva ocorrer mediante incidente

processual, mas, sim, de que, uma vez declarada ilícita a prova por decisão de que já não caiba recurso, haverá um incidente de desentranhamento, que materializa o direito de exclusão reconhecida em prévia decisão judicial preclusa, o qual pode ser acompanhado pelas partes interessadas.

Pudesse a ilicitude da prova ser declarada exclusivamente em sede de incidente processual, a presença das partes não seria mera faculdade, mas dever, visto que sobre o interessado na exclusão da prova - ou sobre o Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica - recairia o ônus de promover o incidente. Nesse caso, a relação jurídica processual criada com a instauração do incidente deveria ser devidamente integrada pela parte contrária, por observância do contraditório e do caráter dialético do processo. Desse modo, jamais haveria simples faculdade.

Nesse sentido, a doutrina nacional, refletindo a respeito do momento processual em que se deve examinar a ilicitude da prova, argumenta que o art. 157, § 3º, do CPP não traz nenhuma previsão expressa sobre a matéria. Confira-se:

"Da leitura desse parágrafo, percebe-se, inicialmente, que deve haver uma decisão determinando o desentranhamento da prova declarada inadmissível. Ademais, uma vez preclusa tal decisão, a prova declarada inadmissível será inutilizada, sendo facultado às partes acompanhar o incidente.

O § 3º do art. 157 nada dispõe acerca do momento processual em que o magistrado deverá analisar a ilicitude da prova. A nosso ver, porém, é possível concluir que a apreciação da ilicitude da prova deve ocorrer o quanto antes possível, sobretudo de modo a se evitar que referida prova venha a contaminar outras. Logicamente, se eventual prova ilícita tiver sido produzida no bojo do inquérito policial, já se pode requerer seu desentranhamento.

Se, no entanto, a despeito da ilicitude da prova, houver o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público e ulterior recebimento da peça acusatória, pensamos que o reconhecimento da ilicitude da prova deve ocorrer imediatamente após a apresentação da resposta à acusação pela defesa. Assim, deverá o magistrado se pronunciar quanto à ilicitude de eventual prova constante dos autos no momento previsto no art. 399 do CPP.

Obviamente, caso a prova tenha sido apresentada em audiência, deve o magistrado se pronunciar quanto à sua ilicitude de imediato, afastando sua valoração de eventual sentença condenatória." (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 7ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 661).

"Nos termos do art. 157, caput, CPP, as provas obtidas ilicitamente deverão ser desentranhadas dos autos, esclarecendo o § 3º do aludido dispositivo legal que a decisão de desentranhamento estará sujeita à preclusão. No entanto, nada se diz acerca do momento processual que tal ocorrerá.

A nosso juízo, deve o juiz apreciar a ilicitude da prova e o seu consequente

desentranhamento dos autos antes da audiência de instrução criminal, ou seja, após a apresentação de defesa escrita, desde que, é claro, a prova tenha sido juntada em momento anterior. Tratando-se de prova apresentada em audiência, deve o juiz, de imediato, apreciar a questão." (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 20ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 348).

De fato, não há norma que obrigue ao exame de ilicitude da prova exclusivamente na sentença, porém também não há norma que o proíba. A recomendação é a de que se avalie a licitude da prova o mais rapidamente possível, especialmente a fim de que, em caso de ilicitude, evite-se a contaminação de novas provas (art. 157, § 1º, do CPP) e se suprima a violação dos direitos e garantias do investigado ou acusado.

In casu, ao momento em que o Supremo Tribunal Federal, nos autos da RCL n. 33.543/PR, deferiu à Defesa do recorrente o direito de aceder aos autos 5020175-34.2017.4.04.7000/PR - em destaque, ao acordo de leniência celebrado pela Odebrecht com o MPF e aos sistemas MyWebDay e Drousys -, a instrução processual da Ação Penal n. 5063130-17.2016.4.04.7000/PR já se encerrara, as alegações finais haviam sido apresentadas por acusação e defesa e os autos estavam conclusos ao magistrado para prolação de sentença.

Por esse motivo, inclusive, o Min. Edson Fachin determinou a concessão de prazo de 15 (quinze) dias para que o assistente técnico da defesa realizasse nova perícia sobre os elementos probatórios. Determinou, igualmente, fosse reaberto o prazo para apresentação ou complementação de alegações finais, com prazo sucessivo para réus colaboradores e não colaboradores, justamente com o fim de permitir que a Defesa do agravante pudesse, eventualmente, incluir nas razões de suas manifestações finais novas informações, dados, documentos etc. obtidos por meio da perícia realizada.

A tese de ilicitude da prova, amparada no novo laudo pericial, deverá ser apreciada na sentença porque este é o ato processual imediatamente subsequente à apresentação das alegações finais, e não há nenhuma prejuízo nisso.

Naturalmente, fosse outra a etapa processual, seria desarrazoado aguardar até a sentença para avaliar a licitude da prova. Não sem razão que o Juízo de 1º Grau já examinou a arguição de ilicitude da prova por quebra da cadeia de custódia em incidente processual anterior deflagrado no curso da instrução, sem que tenha aguardado o término da instrução processual.

Ademais, cumpre notar que a eficácia do § 5º acrescentado ao art. 157 do CPP

pela Lei n. 13.964/19 ("*§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão*") está suspensa, por prazo indeterminado, por força de decisão liminar proferida pelo e. Min. **Luiz Fux** nos autos das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, com fundamento em possível inconstitucionalidade material do dispositivo por violação aos princípios da legalidade, do juiz natural e da razoabilidade.

Considerando que não fosse esse o caso, entretanto, não se verifica que o exame da tese de ilicitude de prova em momento posterior à apresentação das alegações finais represente alguma incompatibilidade lógico-sistemática com o ordenamento jurídico-processual, pois, caso se concluísse pela procedência da tese de ilicitude suscitada pelo recorrente, o magistrado simplesmente deixaria de examinar o mérito da ação penal, i. e., da hipótese acusatória, e remeteria o processo ao juízo competente segundo as regras abstratas, objetivas e impessoais de fixação da competência jurisdicional, sem proferir, efetivamente, sentença absolutória ou condenatória.

Também importa esclarecer que, diferentemente do que ordinariamente ocorre no procedimento de falsidade documental - cujas regras podem aplicar-se analogamente ao procedimento de ilicitude da prova -, no presente caso a aventada prova da alegação já foi elaborada por efeito da autorização franqueada pelo e. Min. **Edson Fachin** na **Reclamação n. 33.543/PR** para realização de novo laudo pericial sobre os elementos probatórios fornecidos pela Odebrecht (cópias dos sistemas **MyWebDay** e **Drousys**) e dos que teriam sido encaminhados pela autoridade suíça para instrução da Ação Penal n. 5063130-17.2016.4.04.7000/PR. Por esse motivo, a não instauração de incidente processual em autos apartados também não viola o direito de prova do recorrente.

À luz dessas considerações, não vislumbro o aventado risco de suprimir na via oblíqua a eficácia da decisão que o Min. Edson Fachin proferiu na RCL n. 33.543/PR, porquanto o resultado da perícia técnica, que foi o objeto do **decisum**, será apreciado na sentença, como já consignou o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR.

Por conseguinte, não se verifica nenhuma ilegalidade no indeferimento do incidente promovido pela Defesa.

Noutro giro, constata-se que a Defesa, na petição inicial do incidente (fls. 43-48, Evento 1 do Incidente de Falsidade n. 5046085-43.2019.4.04.0000/PR), referiu-se direta e expressamente ao conteúdo das mensagens divulgadas pelo The Intercept, ao passo que o Juízo da 13ª Varal Federal de Curitiba/PR, ao apreciá-lo, desincumbindo-se

do dever de fundamentação, apresentou os fundamentos com base nos quais concluía não se admitir o seu compartilhamento ou a sua consideração para apreciar o incidente (fls. 367-368).

Conquanto a matéria não tenha sido veiculada na inicial do **writ** impetrado na origem, não se revela de todo estranha à controvérsia a referência feita no acórdão impugnado, porquanto a **quaestio** integrou os motivos da decisão que a impetração originária impugnava. Logo, não se pode concluir, apenas por isso, que a remissão feita tenha sido simplesmente copiada de outra decisão de caso conexo, como cogita a Defesa.

Ademais, pode o relator reiterar os fundamentos da decisão recorrida quando entender que não foram deduzidos novos argumentos aptos a modificá-la, visto que a simples interposição do agravo regimental, de **per si**, não obriga à reformulação da decisão agravada.

Na presente hipótese, em consulta aos autos do Habeas Corpus n. 5046085-43.2019.4.04.0000/PR na e. Corte Federal, nota-se que o agravo regimental interposto pela Defesa (Evento 11) reitera, praticamente **ipsis litteris**, os fundamentos da inicial da impetração (Evento 1). Nessas circunstâncias, na ausência de novos argumentos, não se revela inidônea a motivação que se limita a considerar hígidos os fundamentos da decisão agravada.

Assim sendo, em que pese a ponderada argumentação do agravante, não identifico razões para modificar as conclusões firmadas na decisão agravada.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2019/0378080-4

**AgRg no
HC 552.733 / RS
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 50460854320194040000 50573941320194047000 50631301720164047000

EM MESA

JULGADO: 01/09/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTROS
ADVOGADOS : MARIA DE LOURDES LOPES - SP077513
VALESKA TEIXEIRA ZANIN MARTINS - SP153720
CRISTIANO ZANIN MARTINS - SP172730
LYZIE DE SOUSA ANDRADE PERFI - SP368980
GUILHERME QUEIROZ GONCALVES - DF037961
GABRIEL APARECIDO MOREIRA DA SILVA - SP359876
ELIAKIN TATSUO YOKOSAWA PIRES DOS SANTOS - SP386266
LUCAS DOTTO BORGES - SP386685
LÍGIA GRÁCIO VELOSO - DF052381
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE : LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
CORRÉU : BRANISLAV KONTIC
CORRÉU : MARCELO BAHIA ODEBRECHT
CORRÉU : PAULO RICARDO BAQUEIRO DE MELO
CORRÉU : GLAUCOS DA COSTAMARQUES
CORRÉU : DERMEVAL DE SOUZA GUSMAO FILHO
CORRÉU : ROBERTO TEIXEIRA
CORRÉU : ANTÔNIO PALOCCI FILHO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
ADVOGADOS : MARIA DE LOURDES LOPES - SP077513
VALESKA TEIXEIRA ZANIN MARTINS - SP153720
CRISTIANO ZANIN MARTINS - SP172730
LYZIE DE SOUSA ANDRADE PERFI - SP368980
GUILHERME QUEIROZ GONCALVES - DF037961
GABRIEL APARECIDO MOREIRA DA SILVA - SP359876
ELIAKIN TATSUO YOKOSAWA PIRES DOS SANTOS - SP386266
LUCAS DOTTO BORGES - SP386685
LÍGIA GRÁCIO VELOSO - DF052381
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO

CERTIDÃO

C54251649=4054405109@ 2019/0378080-4 - HC 552733 Petição : 2020/0029578-1 (AgRg)

Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2019/0378080-4

**AgRg no
HC 552.733 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

C54251649=4054485109@ 2019/0378080-4 - HC 552733 Petição : 2020/0029578-1 (AgRg)