



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.554 - SP (2012/0114295-7)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : PAULO MARZOLA NETO
ADVOGADO : PAULO MARZOLA NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRE LUIS PUGLIESI OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1.** NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. **2.** ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE **WRIT**. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. **3.** CORRUPÇÃO PASSIVA E FAVORECIMENTO REAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. CONDUÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE QUE AS ESCUTAS E AS TRANSCRIÇÕES FORAM EFETUADAS POR SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DILIGÊNCIA QUE SE MANTEVE SOB A RESPONSABILIDADE DO **PARQUET**. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ILEGALIDADE MANIFESTA INEXISTENTE. **4.** PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDOTA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE NÃO CARACTERIZADO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, já vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

3. É lícito ao **Parquet** promover, por autoridade própria, atos de investigação penal, pois esses compõem o complexo de funções institucionais do Ministério Público e visam instrumentalizar e tornar efetivo o exercício das competências que lhe foram expressamente outorgadas pelo próprio texto constitucional - poderes implícitos -, respeitadas - não obstante a unilateralidade do procedimento investigatório - todas as limitações que incidem sobre o Estado em tema de persecução penal.

4. Na espécie, além da possibilidade, em abstrato, da colheita da prova pelo Ministério Público, a medida foi justificada nas peculiaridades da hipótese, acentuando o Tribunal Estadual que por tratar-se "de crime organizado, envolvendo servidores públicos que sucumbem a pedidos de presos para introdução de celulares nas unidades penitenciárias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para dar continuidade ao cometimento de crimes, em troca de dinheiro, muito mais coerente que a atividade investigatória seja realizada pelo Ministério Público, por meio de um grupo de Promotores especializados no combate a esse tipo de criminalidade (GAECO)". Frise-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu acerca da impossibilidade de se interpretar restritivamente o art. 6º da Lei 9.296/1996 - que cuida da condução das escutas pela autoridade policial -, sob pena de se inviabilizar a efetivação das interceptações telefônicas, até mesmo porque o legislador não teria como efetuar a distinção necessária entre as variadas condições de estrutura e aparelhamento das unidades da Federação no que concerne à investigação penal, especialmente em época de criminalidade organizada, não raras vezes chefiada por agentes estatais, como é o caso dos autos.

5. Entretanto, para que a possibilidade de colheita da prova diretamente pelo Ministério Público - em razão da necessidade de adequação dos instrumentos de investigação penal à atual realidade criminal do país - seja não só legal, como também legítima no caso concreto, o exercício da discricionariedade motivada no momento da valoração da prova não basta, pois se fará imprescindível que a atividade jurisdicional adeque-se frente a esse moderno modelo de investigação, exercendo a fiscalização da prova com maior profundidade - isto é: quando do deferimento, da colheita e da apreciação da prova -, a fim de impedir distorções e desigualdades em sua aquisição, ferindo de morte o princípio da paridade de armas, que garante um processo penal justo e equilibrado. Para tanto, repita-se: exigir-se-á do hodierno julgador - inclusive em maior grau e amplitude do que se exigia antes - elevado controle e rigor na admissão, produção (e introdução no processo) e valoração da prova requerida e realizada pelo **Parquet**.

6. A eventual escuta e posterior transcrição das interceptações pelos servidores do Ministério Público não têm o condão de macular a mencionada prova, pois não passa de mera divisão de tarefas dentro do próprio órgão que, por assim dizer, apenas se refere à organização administrativa da instituição, divisão de tarefas essa que não retirou dos promotores de justiça a responsabilidade pela condução das diligências, tanto que consta expressamente do acórdão atacado - e dos demais documentos juntados aos autos - que as interceptações ficaram sob a responsabilidade de dois promotores de justiça especialmente designados.

7. Ademais, no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, de forma que, acaso a defesa entenda que não houve apenas transcrição das interceptações, mas sim interpretação, com emissão de juízo de valor acerca dos trechos das escutas - o que sequer pode ser verificado em **habeas corpus**, por demandar, necessariamente, revolvimento de provas -, deve promover a impugnação pontual, por meio de instrumento contestatório próprio, demonstrando o prejuízo imprescindível, pois o simples inconformismo com o procedimento utilizado pelo Ministério Público na realização da diligência, desprovido de prova inequívoca da mácula ocasionada, não se presta para o reconhecimento de nulidade, especialmente na atual sistemática processual, em que a formalidade há de ceder à substância, havendo esta de prevalecer se e quando em confronto com aquela. Inexiste, assim, ilegalidade evidente a ser reparada no tocante às interceptações telefônicas realizadas.

8. Da mesma forma, não há manifesto constrangimento ilegal na custódia preventiva, pois a prisão está justificada na gravidade concreta da conduta do paciente, que no exercício da função pública de agente penitenciário, negociava, com outros corréus, a entrada de aparelhos celulares nas dependências de estabelecimento prisional, o que evidencia inequívoco risco à ordem pública, nos moldes preconizados pelo art. 312 do Código de Processo Penal. Com inquestionável propriedade destacou-se, ainda, que ao franquear a entrada dos aparelhos celulares no Centro de Detenção Provisória, o paciente, que deveria atuar em prol da sociedade, facilita a prática de inúmeros crimes pelos detentos, não apenas lesionando diretamente a ordem pública, como também potencializando o aumento da criminalidade em geral.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9. Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 09 de outubro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.554 - SP (2012/0114295-7)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de André Luis Pugliesi Oliveira, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que concedeu parcialmente a ordem tão somente a fim de "afastar a aplicação da medida cautelar enquanto perdurar a prisão preventiva do paciente" (fl. 251).

Colhe-se dos autos que o paciente foi preso preventivamente e denunciado pela suposta prática dos crimes previstos no art. 317, § 1º e no art. 349-A, c/c o art. 69, todos do Código Penal.

O impetrante alega, no presente **habeas corpus**, a "nulidade da prova das interceptações telefônicas conduzidas pelo Ministério Público através de funcionários subalternos" (fl. 9).

Sustenta, também, ausência de fundamentação idônea para a custódia cautelar, visto que não apontada, concretamente, a presença dos requisitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, asseverando, ainda, a "carência de motivação da r. decisão de primeiro grau que deixou de substituir a prisão preventiva decretada por medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320 do CPP" (fl. 19).

Aduz, por fim, a existência de condições pessoais favoráveis ao paciente, tais como, primariedade, trabalho lícito e residência fixa.

Pede, assim, a revogação da prisão preventiva do paciente, seja em razão da nulidade das provas colhidas pelo Ministério Público, seja em virtude da ausência de demonstração de sua desnecessidade, ainda que mediante a fixação de medidas cautelares diversas.

Liminar indeferida às fls. 275/276.

Prestadas as informações, o douto Ministério Público Federal, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manifestar-se (fls. 354/355), opinou pela denegação da ordem. Eis a ementa do parecer (fl. 354):

Habeas Corpus. Interceptação telefônica. Lícitude da prova. Prisão preventiva satisfatoriamente motivada. Pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.554 - SP (2012/0114295-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A liberdade de locomoção do indivíduo, independentemente dos transtornos dos procedimentos, da gravidade dos fatos criminosos, há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades civilizadas.

Lembre-mos que a República Federativa brasileira assenta-se na dignidade da pessoa humana, e não há dignidade sem que haja proteção aos direitos fundamentais, tampouco há dignidade sem que o ordenamento jurídico estabeleça garantias que possibilitem aos indivíduos fazer valer, frente ao Estado, esses direitos.

Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição e o Código de Processo Penal, é reconhecida a garantia constitucional do **habeas corpus**, criado com o objetivo de evitar ou fazer cessar violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. Nesse contexto, ressaltou Pontes de Miranda "que a liberdade pessoal é a liberdade física: **ius manendi ambulandi, eundi ultro citroque**; e sua extensão coincide com a aplicabilidade do **habeas corpus**, remédio extraordinário, que se instituíra para fazer cessar, de pronto e imediatamente, a prisão ou o constrangimento ilegal". (MIRANDA. Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1967.)

Sabemos todos que o remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado.

No Brasil, com o advento da Constituição Republicana, três posições se firmaram acerca da garantia constitucional: alguns, como Rui Barbosa, sustentavam que o remédio constitucional deveria ser aplicado em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade; em sentido oposto, afirmava-se que o **habeas corpus**, por sua natureza e origem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

histórica, era remédio destinado exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção. Por fim, uma terceira corrente, vencedora no seio do Supremo Tribunal Federal, propugnava incluir na proteção do **habeas corpus** não só os casos de restrição da liberdade de locomoção, como também situações em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito.

Consolidou-se na jurisprudência, após a reforma constitucional de 1926, a tendência de se vincular o **habeas corpus** à proteção de direitos diretamente relacionados à liberdade de locomoção. A propósito, o art. 113, inciso 23, da Constituição, disciplinava que: "Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o **habeas corpus**."

No entanto, a fim de garantir a proteção de direitos outros, instituiu o legislador constituinte, no art. 113, inciso 33, nova ação constitucional: "Dar-se-á Mandado de Segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do Habeas Corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes."

Como cediço, as Constituições de 1946, 1967 e 1988 mantiveram a garantia constitucional do **habeas corpus** em seus textos, sendo que esta última destacou no inciso LXVIII do art. 5º, que "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". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que: "dar-se-á **Habeas Corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar."

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

O estudo da prática judicial do **habeas corpus** mostrou que o instituto passou a ser utilizado, por exemplo, com o fim de impugnar atos persecutórios do Estado desprovidos de ameaça imediata de prisão, como a instauração de inquérito policial. Embora não existam dúvidas de que o só ajuizamento da persecução penal já seja suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves transtornos para aqueles que se envolvem no cenário criminal, parece-me que, se não há o risco de prisão, não seria o **habeas corpus** o meio processual adequado para se discutir a existência de eventual ilegalidade. Não obstante, a jurisprudência dos tribunais pátrios passou a admitir a utilização do remédio heroico a fim de combater todo tipo de coação ou ameaça oriunda de ilegalidade ou abuso de poder. Noutras palavras, o **habeas corpus** tornou-se o remédio constitucional adequado para atacar, a qualquer tempo, todos os atos da persecução criminal.

O exame das decisões do Superior Tribunal de Justiça demonstra que o **habeas corpus** já foi aceito inclusive para reparar ilegalidades que recaíram sobre o sequestro de bens imóveis e ativos financeiros, decretado durante a investigação policial, matéria que não afeta, sequer de forma reflexa, o direito de ir, vir e ficar do indivíduo (HC n.º 144.407/RJ, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 28/6/2011) .

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, reformando anterior decisão do Superior Tribunal de Justiça que não conhecera do **mandamus**, concedeu a ordem para autorizar direito de visita de paciente custodiado em estabelecimento prisional, ao fundamento de que a "decisão do juízo das execuções, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente" (HC n.º 107.701/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **GILMAR MENDES**, DJe de 23/3/2012).

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Observem que no ano de 2011, o Superior Tribunal de Justiça recebeu o **habeas corpus** de número duzentos mil. A questão preocupante está no fato de que metade das ações chegou à Corte Superior nos últimos três anos – Anuário da Justiça do Brasil 2012. No Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, 4.457 **habeas corpus** foram protocolizados em 2011. Em razão disso, o operador do direito viu-se diante de tormentosa situação, vez que deveria perseguir a máxima efetividade da garantia fundamental, mas, também ter em mente que a utilização do **habeas corpus** indistintamente, em substituição aos recursos previstos no ordenamento jurídico, configura banalização do remédio constitucional.

Desse modo, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Dessa forma, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Nesse contexto, peço, respeitosamente, licença à Ministra Maria Thereza de Assis Moura (AgRg no HC n.º 239.957/TO, DJe de 11/6/2012) e ao Ministro Gilson Dipp (HC n.º 201.483/SP, DJe de 27/10/2011) para valer-me das seguintes passagens de seus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votos: (I) "O **habeas corpus** não é panacéia e não pode ser utilizado como um 'super' recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir"; (II) "É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus**, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, inexistente na espécie"; (III) "Conquanto o uso do **habeas corpus** em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do **habeas-corpus**".

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente, decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra decisão que indeferiu diligências requeridas pela defesa. Na oportunidade, destacou o Ministro Relator:

*O habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo **habeas**, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Cumpre implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. (STF, Primeira Turma, HC 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 7/8/2012).

Aos 21 de agosto de 2012, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, destacou que o meio recursal ordinariamente previsto para a análise de eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é a apelação e, a depender do caso concreto, o recurso especial ou extraordinário:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O **habeas corpus** tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* rejeitado. (STF, Primeira Turma, HC n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, j. em 21/8/2012.)

Essa orientação foi aplicada, aos 22 de agosto de 2012, pelo Ministro Luiz Fux, que negou seguimento ao **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, tendo em vista a incompetência do Supremo Tribunal Federal para examinar **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional.

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos:

*A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar habeas corpus e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir. (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux, j. em 22/8/2012.)*

Mesmo vencido no **leading case**, o Ministro Dias Toffoli rendeu-se ao entendimento firmado pela Primeira Turma da Corte Constitucional e, com fundamento na nova orientação, recusou trânsito a **habeas corpus** impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto no art. 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 29/8/2012).

Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

Em suma, louvando-me no entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, tenho ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, e considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, passo à análise das questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Preconiza o art. 129, I, VI, VII, VIII e IX, da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

*I- promover, **privativamente**, a ação penal pública, na forma da lei;*
(...)

VI- expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII- exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII- requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Posteriormente, esse dispositivo foi regulamentado pela Lei Complementar n.º 75/1993. Confira-se:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

*I - **notificar testemunhas** e requisitar sua condução coercitiva, no*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso de ausência injustificada;

(...)

V - realizar inspeções e diligências investigatórias;

VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

Com fulcro nesses dispositivos de cunho constitucional e infraconstitucional, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que o Ministério Público possui a prerrogativa de instaurar processo administrativo de investigação e de conduzir diligências investigatórias.

Isso porque, a atuação do Ministério Público, no contexto da investigação penal, longe de comprometer ou de reduzir as atribuições de índole funcional das autoridades policiais - a quem sempre caberá a presidência do inquérito policial -, representa, na realidade, o exercício concreto de uma atividade típica de cooperação, que, em última análise, mediante a requisição de elementos informativos e acompanhamento de diligências investigatórias, além de outras medidas de colaboração, promove a convergência de dois importantes órgãos estatais incumbidos, ambos, da persecução penal e da concernente apuração da verdade real.

Por esse motivo, reputo constitucionalmente lícito, ao **Parquet**, promover, por autoridade própria, atos de investigação penal, pois esses compõem o complexo de funções institucionais do Ministério Público e visam instrumentalizar e tornar efetivo o exercício das competências que lhe foram expressamente outorgadas pelo próprio texto constitucional - poderes implícitos -, respeitadas - não obstante a unilateralidade do procedimento investigatório - todas as limitações que incidem sobre o Estado em tema de persecução penal.

Traçados esses vetores interpretativos, veja-se o que consignou o Tribunal de origem ao analisar a questão no **writ** lá impetrado (fls. 341/344):

Segundo consta dos autos, o Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio dos Promotores de Justiça integrantes do GAECO - Núcleo de Ribeirão Preto, iniciou procedimento administrativo criminal para apuração de crimes praticados por agentes de segurança penitenciária do Centro de Detenção Provisória de Ribeirão Preto.

Foram obtidas informações, por meio do Diretor do Centro de Detenção Provisória de Ribeirão Preto, que agentes penitenciários, dentre eles, o paciente André Luis Pugliesi de Oliveira, "negociavam" com os detentos a entrada de aparelhos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

celulares nas dependências do CDP, mediante o recebimento de importância em dinheiro.

Para a apuração dos crimes cometidos, foi requerida pelos Promotores de Justiça do GAECO - Núcleo Ribeirão Preto - a interceptação dos telefones móveis utilizados pelos suspeitos, sendo autorizada judicialmente a implantação da escuta telefônica.

As interceptações ficaram sob a responsabilidade dos promotores de justiça Flávio Okamoto e Elcio Neto. Encerrado o procedimento investigatório, foi oferecida a denúncia contra o paciente e mais outros três corréus.

Com efeito, a questão relativa aos poderes investigatórios do Ministério Público ainda é tormentosa, existindo, inclusive uma ADI nº 3.806 sobre o assunto, em processamento junto ao Supremo Tribunal Federal.

Neste passo, respeitando as opiniões contrárias, manifesto-me no sentido da possibilidade dessas investigações.

É certo que tradicionalmente a investigação criminal é feita pela polícia judiciária, sendo esta a responsável pela instauração do inquérito policial, tendo por destinatário o Ministério Público.

Entretanto, os organismos policiais (embora detentores da função de polícia judiciária) não têm, no sistema jurídico brasileiro, o monopólio da competência penal investigatória - o poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de "dominus litis" e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que permitam formar a "opinio delicti", em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública (STF - HC 94.173, 2ª Turma - Rel. Min. Celso de Mello - j. De 27.10.2009).

(...)

No presente caso, por se tratar de crime organizado, envolvendo servidores públicos que sucumbem a pedidos de presos para introdução de celulares nas unidades penitenciárias para dar continuidade ao cometimento de crimes, em troca de dinheiro, muito mais coerente que a atividade investigatória seja realizada pelo Ministério Público, por meio de um grupo de Promotores especializados no combate a esse tipo de criminalidade (GAECO).

Seria um contra-senso privar-se o Ministério Público da busca de provas e evidências capazes de viabilizar o oferecimento da denúncia e a instauração da ação penal.

Na hipótese, não vislumbro flagrante ilegalidade ocasionada ao paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inexistindo reparo a ser efetuado no acórdão impugnado que, ao enfrentar a matéria, decidiu de acordo com a jurisprudência desta Corte, asseverando não só a legalidade da prova colhida pelo Ministério Público, como também as razões que levaram à condução excepcional da diligência.

Além da possibilidade, em abstrato, da colheita da prova pelo **Parquet**, no caso, a medida foi justificada nas peculiaridades da espécie, acentuando o Tribunal Estadual que por tratar-se "de crime organizado, envolvendo servidores públicos que sucumbem a pedidos de presos para introdução de celulares nas unidades penitenciárias para dar continuidade ao cometimento de crimes, em troca de dinheiro, muito mais coerente que a atividade investigatória seja realizada pelo Ministério Público, por meio de um grupo de Promotores especializados no combate a esse tipo de criminalidade (GAECO)" (fl. 344).

Frise-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu acerca da impossibilidade de se interpretar restritivamente o art. 6º da Lei 9.296/1996 - que cuida da condução das escutas pela autoridade policial -, sob pena de se inviabilizar a efetivação das interceptações telefônicas, até mesmo porque o legislador não teria como efetuar a distinção necessária entre as variadas condições de estrutura e aparelhamento das unidades da Federação no que concerne à investigação penal, especialmente em época de criminalidade organizada, não raras vezes chefiada por agentes estatais, como é o caso dos autos.

No particular, lembremos que, em tempos atuais, a criminalidade vem assumindo contorno cada vez mais diverso daquele com que se apresentava no passado, surgindo, ao mesmo tempo, uma necessidade de atualização dos aparatos de investigação existentes e de sua adequação com as peculiaridades de cada caso. Com efeito, a partir do momento em que os criminosos se organizam, com o auxílio, inclusive, de agentes estatais, torna-se inadequado preservar as concepções clássicas de repressão, ligadas umbilicalmente à sociedade industrial em seus primórdios.

Entretanto, para que a possibilidade de colheita da prova diretamente pelo Ministério Público - em razão, como visto, da necessidade de adequação dos instrumentos de investigação penal à atual realidade criminal do país - seja não só legal - como exaustivamente demonstrado acima -, como também legítima no caso concreto, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exercício da discricionariedade motivada no momento da valoração da prova não basta, pois se fará imprescindível que a atividade jurisdicional adeque-se frente a esse moderno modelo de investigação, exercendo a fiscalização da prova com maior profundidade - isto é: quando do deferimento, da colheita e da apreciação da prova -, a fim de impedir distorções e desigualdades em sua aquisição, ferindo de morte o princípio da paridade de armas, que garante um processo penal justo e equilibrado. Para tanto, repito: exigir-se-á do hodierno julgador - inclusive em maior grau e amplitude do que se exigia antes - elevado controle e rigor na admissão, produção (e introdução no processo) e valoração da prova requerida e realizada pelo **Parquet**.

Sobre os temas abordados neste **writ**, confirmam-se os seguintes precedentes:

A - (...)

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS PELA COORDENADORIA DE INTELIGÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - CISPEN. APONTADA INCOMPETÊNCIA DO ÓRGÃO PARA EFETIVAR A MEDIDA, CUJA ATRIBUIÇÃO SERIA EXCLUSIVA DA AUTORIDADE POLICIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ARTIGO 6º DA LEI 9.296/1996. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Dos artigos 6º e 7º da Lei 9.296/1996, não há como extrair que a autoridade policial seja a única autorizada a proceder às interceptações telefônicas, até mesmo porque o legislador não teria como antever, diante das diferentes realidades encontradas nas unidades da Federação, quais órgãos ou unidades administrativas teriam a estrutura necessária, ou mesmo as maiores e melhores condições para executar a medida.

2. Esta Corte Superior já decidiu que não se pode interpretar de maneira restrita o artigo 6º da Lei 9.296/1996, sob pena de se inviabilizar a efetivação de interceptações telefônicas.

3. Na hipótese dos autos, no pedido de interceptação formulado pelo Ministério Público, o próprio órgão ministerial indicou o Centro de Inteligência do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro - CISPEN como responsável pelo monitoramento e gravação das comunicações telefônicas, o que foi deferido pelo Juízo, constando expressamente dos ofícios expedidos.

4. Verifica-se, ainda, que embora a CISPEN tenha centralizado a efetivação das interceptações telefônicas, houve a participação de delegado de polícia nas diligências.

(...)

(HC 131836/RJ, Relator o Ministro **JORGE MUSSI, DJe de 06/04/2011)**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

B - HABEAS CORPUS. CRIMES DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E PREVARICAÇÃO. FRAUDES EM CONCURSO PÚBLICO PARA A SELEÇÃO DE SERVIDORES. DENÚNCIA RECEBIDA. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. MINISTÉRIO PÚBLICO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE. LEI COMPLEMENTAR N.º 75/93. ART. 4.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. QUESTIONAMENTOS SOBRE O PRAZO E A EXTENSÃO DOS DADOS CAPTADOS, SOBRE A INEXISTÊNCIA DE AUTO CIRCUNSTANCIADO E DE TRANSCRIÇÃO DAS CONVERSAS TELEFÔNICAS, BEM COMO SOBRE A ARGUIÇÃO DE QUE AS INTERCEPTAÇÕES TERIAM SIDO REALIZADAS POR PESSOAS DESAUTORIZADAS. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS NO ACÓRDÃO IMPETRADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TESE DE QUE AS INTERCEPTAÇÕES TERIAM SIDO ORIGINADAS EXCLUSIVAMENTE A PARTIR DE DENÚNCIAS ANÔNIMAS. IMPROCEDÊNCIA. PRORROGAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ARGUIÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE DESCREVE, SATISFATORIAMENTE, AS CONDUITAS, EM TESE, DELITUOSAS. ALEGADO VÍCIO DE PROCEDIMENTO. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. DENÚNCIA INSTRUÍDA COM O INQUÉRITO POLICIAL. OFERECIMENTO DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO. PLEITO DE OFERECIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE PREVARICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SOMATÓRIO DAS PENAS MÁXIMAS ABSTRATAMENTE COMINADAS QUE ULTRAPASSA O LIMITE DE 02 (DOIS) ANOS. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa é uma medida excepcional, somente cabível em situações nas quais, de plano, seja perceptível o constrangimento ilegal, circunstância não evidenciada no caso dos autos. *Precedentes.*
2. A legitimidade do Ministério Público para a colheita de elementos probatórios essenciais à formação de sua opinião delicti decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/1993 (art. 129, incisos VI e VIII, da Constituição da República, e art. 8.º, incisos V e VII, da LC n.º 75/1993). *Precedentes.*
3. A Polícia Judiciária não possui o monopólio da investigação criminal. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial - titular exclusivo da ação penal pública - proceder à realização de diligências investigatórias pertinentes ao respectivo âmbito de atuação, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria. *Inteligência da Lei Complementar n.º 75/93 e do art. 4.º, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A questão referente ao tempo e à dimensão das interceptações telefônicas não foi apreciada no acórdão impetrado, tendo em vista a inadequação da via eleita. Da mesma forma, no que concerne à alegação de inexistência de auto circunstanciado e de transcrição das interceptações, bem como à arguição de que as interceptações teriam sido realizadas por pessoas desautorizadas, verifica-se que o Tribunal de origem não se pronunciou sobre os temas. Desse modo, fica inviabilizada a análise de tais insurgências por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

7. A análise do argumento de que teria sido emitido "juízo de valor" por parte das pessoas que realizaram as interceptações telefônicas demandaria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na estreita via do habeas corpus.

(...)

14. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. (HC 151415/SC, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 02/12/2011)

C - RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INTERCEPTAÇÃO CLANDESTINA DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS. ART. 10 DA LEI N.º 9.296/96. ARGUIDA NULIDADE DECORRENTE DE PARTICIPAÇÃO DE JUIZ IMPEDIDO NA FASE INVESTIGATÓRIA PRÉ-PROCESSUAL. MERA REITERAÇÃO DE PEDIDO DEDUZIDO NO HABEAS CORPUS N.º 70.878/PR. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA N.º 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE. LEI COMPLEMENTAR N.º 75/93. ART. 4.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISSENSO PRETORIANO QUANTO AO ART. 44, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA COM O ARESTO PARADIGMA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COM RELAÇÃO AOS ARTS. 49 E 60 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. NO MAIS, PREJUDICADO.

(...)

5. Além disso, cumpre colocar que a legitimidade do Ministério Público para a colheita de elementos probatórios essenciais à formação de sua opinio delicti decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/1993 (art. 129, incisos VI e VIII, da Constituição da República, e art. 8.º, incisos V e VII, da LC n.º 75/1993). Precedentes.

6. A Polícia Judiciária não possui o monopólio da investigação criminal, possuindo o Ministério Público legitimidade para determinar diligências investigatórias. Inteligência da Lei Complementar n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

75/93 e do art. 4.º, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes.

7. O dissenso pretoriano quanto ao art. 44, inciso III, do Código Penal não foi demonstrado na forma preconizada nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1.º e 2.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que não há similitude fática entre os julgados.

8. A arguida divergência jurisprudencial com relação aos arts. 49 e 60 também não pode ser conhecida, uma vez que não basta meras transcrições de ementas, sendo absolutamente indispensável o cotejo analítico de sorte a demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, o que não se verifica na espécie.

9. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. Prejudicada a arguição de nulidade, por se tratar de reiteração de pedido. (REsp 998249/RS, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 30/05/2012)

Em caso análogo, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÕES DE PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO.

(...)

5. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem a presença de policiais civis e militares na prática de crimes graves como o tráfico de substância entorpecente e a associação para fins de tráfico.

6. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, como é a hipótese do caso em tela. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.

8. Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia.

9. Levando em consideração os dados fáticos considerados nos autos, os policiais identificados se associaram a outras pessoas para a perpetração de tais crimes, realizando, entre outras atividades, a de "escolta" de veículos contendo o entorpecente e de "controle" de todo o comércio espúrio no município de Chapecó.

10. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (RE 468523, Relatora a Ministra **ELLEN GRACIE**, Segunda Turma, DJe de 19-02-2010)

Além disso, a eventual escuta e posterior transcrição das interceptações pelos servidores do Ministério Público não têm o condão de macular a mencionada prova, pois não passa de mera divisão de tarefas dentro do próprio órgão que, por assim dizer, apenas se refere à organização administrativa da instituição, divisão de tarefas essa que não retirou dos promotores de justiça a responsabilidade pela condução das diligências, tanto que consta expressamente do acórdão atacado - e dos demais documentos juntados aos autos - que "as interceptações ficaram sob a responsabilidade dos promotores de justiça Flávio Okamoto e Elcio Neto" (fl. 342).

Não é demais mencionar que a Resolução nº 76/2009, do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre o pedido e a utilização das interceptações telefônicas no âmbito do Ministério Público, prevê expressamente a possibilidade de acesso dos servidores da referida instituição à colheita da prova proveniente das interceptações, como se depreende, dentre outros, do dispositivo abaixo:

Art. 4º. O pedido feito ao juízo competente da ação principal, por membro do Ministério Público em procedimento de investigação criminal ou na instrução do processo penal, deverá conter, no mínimo:

I – a fundamentação do pedido e a documentação necessária;

II - a indicação dos números dos telefones a serem interceptados,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e/ou o nome do usuário, a identificação do e-mail, se possível, no caso de quebra de sigilo de informática e de telemática, ou, ainda, outro elemento identificador no caso de interceptação de dados;

III – o prazo necessário da interceptação requerida;

IV – a indicação dos titulares dos referidos números;

V – os nomes dos membros do Ministério Público, também responsáveis pela investigação criminal, e dos servidores que terão acesso às informações.

De se ver, ainda, que no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Dessa forma, acaso a defesa entenda que não houve apenas transcrição das interceptações, mas sim interpretação, com emissão de juízo de valor acerca dos trechos das escutas - o que sequer pode ser verificado em **habeas corpus**, por demandar, necessariamente, revolvimento de provas -, deve promover a impugnação pontual, por meio de instrumento contestatório próprio, demonstrando o prejuízo imprescindível, pois o simples inconformismo com o procedimento utilizado pelo Ministério Público na realização da diligência, desprovido de prova inequívoca da mácula ocasionada, não se presta para o reconhecimento de nulidade, especialmente na atual sistemática processual, em que a formalidade há de ceder à substância, havendo esta de prevalecer se e quando em confronto com aquela. Ora, as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a eventual desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador não deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando atingido seu objetivo.

Por fim, cumpre ressaltar que o Juízo de primeiro grau, não obstante tenha mantido, por questões de segurança, o sigilo quanto à identificação do servidor do Ministério Público que auxiliou os promotores responsáveis pela escuta telefônica (Analista de Promotoria A3), determinou a designação de audiência para sua oitiva, coibindo somente a presença dos acusados no ato, oportunidade em que a defesa poderá inquirí-la se entender necessário, exercendo em máxima plenitude a defesa e o contraditório garantidos constitucionalmente. Eis o que disse a Magistrada de primeira instância (fl. 334):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à identificação do Analista de Promotoria A3, para garantia de sua integridade física, deverá ela ser mantida sob sigilo, nos termos do Provimento CG nº 32/2000, devendo ser requisitada junto ao Coordenador do GAECO-Núcleo de Ribeirão Preto, para a audiência designada, quando será inquirida sem a presença dos acusados.

Quanto à alegação de ausência de fundamentação para a prisão provisória, também não vislumbro nenhuma eiva patente a ser sanada.

Consignou o Magistrado de primeiro grau ao decretar a prisão preventiva do paciente (fls. 110/111):

Consta dos autos do Procedimento Administrativo Criminal nº 36/11, do GAECO - Núcleo Ribeirão Preto, que em datas incertas no mês de setembro, anterior ao dia 22 e dia 13 de setembro, todos do ano de 2011, tanto nas dependências do Fórum de Ribeirão Preto, e posteriormente em local incerto no Bairro Jardim Jandaia, nesta cidade, o denunciado André Luis Pugliesi Oliveira solicitou e recebeu, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, em razão de sua função, vantagem indevida, para inserir ou fazer inserir aparelho de telefone celular no raio 3 do Centro de Detenção Provisória de Ribeirão Preto, destinado ao detento Pedro Alessandro de Oliveira auxiliado por sua irmã Isabela Cristina de Oliveira. Consta, ainda, que em data incerta no mês de setembro de 2011, o detento Everto Manoel dos Santos, no interior do Centro de Detenção Provisória de Ribeirão Preto, negociou a entrada do aparelho celular no interior do raio 4. O aparelho foi apreendido no dia 22 de setembro de 2011.

As interceptações foram devidamente autorizadas por este Juízo, nos autos de nº 1713/2011, apensados aos presentes autos.

Os acusados Everto e Pedro foram inquiridos às fls. 86 e 89/90, respectivamente, Isabela não foi localizada pelo Centro de Inteligência da Polícia Civil para prestar esclarecimentos nos autos e André, cientificado, não compareceu para prestar esclarecimentos.

Ante os fatos apurados, restou mais que evidente indícios de autoria e materialidade do delito, como bem salienta o promotor de Justiça, colocando em risco a integridade física e a vida dos demais funcionários daquele estabelecimento prisional, mas também de cidadãos livres e autoridades, uma vez que é notória a utilização dos telefones celulares para ordenar a prática de crimes, tais como tráfico de entorpecentes, de dentro da cadeia.

Assim, ante a manifestação ministerial, havendo indícios de autoria, restou suficientemente demonstrada a necessidade da decretação da custódia cautelar dos acusados, com base na garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal **a quo**, por sua vez, manteve a custódia sob os seguintes fundamentos (fls. 344/346):

De outra parte, ao contrário do alegado, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente encontra-se suficientemente fundamentada, sendo considerados indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, além da gravidade do delito praticado, que coloca em risco a integridade física e a vida dos demais funcionários daquele estabelecimento prisional, mas também de cidadãos livres e autoridades, uma vez que é notória a utilização dos telefones celulares para ordenar a prática de crimes, tais como tráfico de entorpecentes, de dentro da cadeia.

E, no caso, realmente, verifica-se pelos elementos de prova carreados nos autos, a existência de elementos indicativos da ocorrência do fato e indícios suficientes de autoria.

O paciente está envolvido na prática de crimes graves, especialmente nos dias atuais, em que a população ordeira e trabalhadora está em constante tensão, à mercê de agentes corruptos e/ou violentos, justificando, portanto, a custódia provisória para a garantia da ordem pública e para assegurar a instrução criminal e aplicação da lei penal.

E agente que pratica crime dessa natureza há de ser encarado com sérias reservas, por presumir-se que seja de alta periculosidade, não merecendo o benefício da liberdade provisória.

Demais disso, em se tratando de crime grave, irrelevante é a primariedade, residência e trabalho fixos, não sendo aconselhável sua soltura em favor da ordem pública e da segurança da população.

A soltura do paciente, neste momento processual, colocaria em risco a credibilidade da Justiça, eis que os delitos graves devem ser rigorosamente coibidos.

Estão devidamente demonstrados os pressupostos que autorizam a manutenção da prisão preventiva, devendo o paciente permanecer no cárcere até final solução do procedimento criminal a que está sujeito.

Como se vê, a custódia provisória está justificada na gravidade concreta da conduta do paciente, que no exercício da função pública de agente penitenciário, negociava, com outros corréus, a entrada de aparelhos celulares nas dependências de estabelecimento prisional, o que evidencia inequívoco risco à ordem pública, nos moldes preconizados pelo art. 312 do Código de Processo Penal, assim como asseverado pelas instâncias ordinárias.

Com inquestionável propriedade destacou-se, ainda, que ao franquear a entrada dos aparelhos celulares no Centro de Detenção Provisória, o paciente, que deveria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atuar em prol da sociedade, facilita a prática de inúmeros crimes pelos detentos, não apenas lesionando diretamente a ordem pública, como também potencializando o aumento da criminalidade em geral.

É verdade que o crime de corrupção passiva não envolve violência ou grave ameaça à pessoa. Acontece, todavia, que suas consequências são nefastas e devastadoras, uma vez que, mesmo atingindo diretamente a Administração Pública, causa danos a um número indeterminado de pessoas, lesionando bens públicos de interesse geral. Sobre o tema, confira, entre as lições, a de Nelson Hungria (Comentários ao Código Penal. Volume 9, p. 362.):

O afarismo, o crescente arrojo das especulações, a voracidade dos apetites, o aliciamento do fausto, a febre do ganho, os interesses financeiros sistematizaram, por assim dizer, o tráfico da função pública. A corrupção campeia como um poder dentro do Estado. E em todos os setores: desde o contínuo, que não move um papel sem a percepção de propina, até a alta esfera administrativa, onde tantos misteriosamente enriquecem da noite para o dia. De quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépido, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados à sua própria sorte. São raras as moscas que caem na teia do Aracne. O estado maior da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela razão de Estado, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições.

Em hipótese similar, esta Corte assim decidiu:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE

I - Demonstrando o magistrado, de forma efetiva, as circunstâncias concretas ensejadoras da decretação da prisão preventiva dos pacientes, quais sejam: indícios suficientes de autoria e materialidade do delito e a garantia da ordem pública, esta em razão do modus operandi na prática das condutas, valendo-se os pacientes do aparelho estatal, bem como de suas funções públicas – policial civil e policial rodoviário federal - para, em tese, perpetrar diversos crimes contra a Administração Pública, gerando prejuízo ao erário e causando clamor público, tendo sido enfatizados, ainda, o grau de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lesividade e a torpeza dos delitos, bem assim a necessidade da manutenção da credibilidade da Justiça. (Precedentes do STF e do STJ).

II - Condições pessoais favoráveis do paciente não tem, por si só, o condão de revogar a segregação cautelar, se o decreto prisional está convincentemente fundamentado (Precedentes). Writ denegado. (HC n.º 42.734/RJ, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ de 29/8/2005.)

Por fim, devidamente motivada a necessidade da segregação provisória, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas pela Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime, razão pela qual inaplicáveis ao caso em análise.

Assim, diante de todas essas considerações, não diviso constrangimento ilegal manifesto que autorize a concessão de **habeas corpus** de ofício.

À vista do exposto, não conheço do presente **writ**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0114295-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 244.554 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 17132011 300482520128260000 362011

EM MESA

JULGADO: 09/10/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: PAULO MARZOLA NETO
ADVOGADO	: PAULO MARZOLA NETO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANDRE LUIS PUGLIESI OLIVEIRA (PRESO)
CORRÉU	: EVERTON MANOEL DOS SANTOS
CORRÉU	: PEDRO ALESSANDRO DE OLIVEIRA
CORRÉU	: ISABELA CRISTINA DE OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Corrupção passiva

CERTIDÃO

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.