



---

**Quinta Turma**



---

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.  
2.045.772-MG (2022/0011653-8)**

---

Relator: Ministro Messod Azulay Neto

Agravante: Glaucia Borges Silva

Agravante: Marcos Antonio Lima

Agravante: Rodrigo Cesar Teodoro

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

---

**EMENTA**

Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico de drogas. Súmula 284/STF. Não incidência. Ilicitude da prova em decorrência de aventado ingresso domiciliar ilegal. Conclusão das instâncias ordinárias pela legalidade. Desnecessidade de revolvimento factual. Não incidência da Súmula 7/STJ. Fundadas razões. Inexistência. Denúncia anônima e ausência de apreensão na busca pessoal. Invalidez da autorização de ingresso. Violação domiciliar. Art. 40 do CPP. Envio de cópias.

I - Inaplicável a Súmula 284/STF nas hipóteses em que devidamente indicado o dispositivo de lei federal objeto de ofensa e explicitadas as suas razões.

II - A delimitação clara das premissas fáticas autoriza nova valoração e afasta a incidência da Súmula 7/STJ.

III - Consoante entendimento recente desta Corte Superior, “o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (*justa causa*) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio” (AgRg no REsp n. 2.041.858/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/2/2023).

IV - No caso, as circunstâncias prévias que ensejaram o ingresso policial na residência - denúncias anônimas, busca pessoal infrutífera, autorização de ingresso concedido por corrê (posteriormente absolvida) e posterior apreensão de drogas na residência - não pavimentam situação mitigadora da inviolabilidade domiciliar, ao contrário, os elementos anteriores ao ingresso domiciliar não ensejaram a situação excepcional a legitimar o ingresso no seio domiciliar sem autorização judicial.

V - Certo é que *“Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada legitimar a entrada em residência ou local de abrigo”* (HC n. 705.241/SP, *Sexta Turma*, Rel. Min. *Rogério Schietti Cruz*, DJe de 17/12/2021, grifei).

VI - No caso presente, a atuação precipitada da polícia culminou na nulidade das provas colhidas, com a inutilização da apreensão de 533,34g de maconha, comprometendo a regularidade da persecução penal, o que certamente poderia ser evitado com as devidas investigações e diligências. Sob essa perspectiva, com esteio nos elementos fáticos subjacentes ao presente recurso, determina-se, com fundamento no artigo 40 do Código de Processo Penal, o envio de cópia dos presentes autos ao Ministério Público Federal e Estadual, ante a competência definida na ADPF 635 - MC, bem como a Polícia Militar, para apuração de infração aos artigos 22 e 23, II, ambos da Lei n. 13.869/2019, dentre outros possíveis crimes previstos no Código Penal, Código Penal Militar e legislação extravagante, com as imediatas providências cabíveis.

Agravo regimental *provido*, para reconhecer a nulidade das provas obtidas mediante ingresso domiciliar sem mandado, bem como as provas derivadas, e absolver os agravantes das imputações contidas na denúncia (art. 386, VII, do CPP), remetendo-se, com esteio no artigo 40 do Código de Processo Penal, cópia dos presentes autos ao Ministério Público Federal e Estadual, para apuração de eventuais crimes, bem como a Polícia Militar, com a imediata comunicação a este Superior Tribunal de Justiça quanto às providências tomadas no âmbito da instituição de segurança pública.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília (DF), 18 de abril de 2023 (data do julgamento).

Ministro Messod Azulay Neto, Relator

---

DJe 24.4.2023

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Messod Azulay Neto: Trata-se de agravo regimental interposto por ***Glaucia Borges Silva, Marcos Antonio Lima e Rodrigo Cesar Teodoro*** contra a decisão de fls. 549-550, por meio da qual o agravo em recurso especial deixou de ser conhecido.

Depreende-se dos autos que os agravantes foram condenados à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de tráfico de drogas, édito condenatório mantido íntegro pelo eg. Tribunal de origem que negou provimento ao recurso defensivo (fls. 368-383) e, posteriormente, rejeitou os embargos declaratórios (fls. 404-418)

Interposto recurso especial, alegou-se violação ao art. 157, *caput*, e § 1º, primeira parte, do CPP, diante da ilegalidade da prova que esteou a condenação, uma vez que decorrente de entrada irregular em domicílio, fora das hipóteses de mitigação da inviolabilidade domiciliar, pois não caracterizadas as fundadas razões.

Nesta Corte, o agravo em recurso especial foi conhecido para não conhecer do recurso especial.

No regimental, sustenta a Defesa a inaplicabilidade da Súmula 284/STF, porquanto a “*a ilicitude da prova utilizada para demonstrar a materialidade do*

*delito, está fulcrada exatamente no que dispõe o art. 157, caput e § 1º do Código de Processo Penal*” (fl. 487), bem como a desnecessidade de reexame factual para deslinde da controvérsia, não sendo caso de incidência da Súmula 7/STJ.

Pugna, ao final, pela reconsideração da decisão impugnada ou, subsidiariamente, pela apresentação do recurso ao Colegiado.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais manifestou-se pelo desprovimento do agravo regimental (fls. 529-532).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Messod Azulay Neto (Relator): A ilegalidade das provas oriundas da violação domiciliar e, por consequência, da própria condenação é o cerne do recurso especial, não conhecido pela incidência das Súmulas 284/STF e 7/STJ.

À defesa cabe razão quanto aos óbices sumulares, porquanto, acerca da Súmula 284/STF, foi devidamente indicado o dispositivo de lei federal que teria sido objeto de ofensa e explicitadas as suas razões e, quanto à Súmula 7/STJ, foi delimitada claramente as premissas fáticas, de modo que nova valoração é possível, afastando-se referidos impedimentos sumulares.

Passando-se ao mérito recursal - aventada ilegalidade no ingresso policial no domicílio dos agravantes -, o eg. Tribunal de origem assim dispôs:

*“[...] os militares foram incisivos e coesos ao afirmar que receberam diversas denúncias anônimas dando conta de que estaria ocorrendo o comércio ilegal de substâncias entorpecentes na residência dos réus, as quais restaram devidamente comprovadas com a apreensão 533,34g (quinhentos e trinta e três gramas e trinta e quatro centigramas) de maconha, quantidade esta, aliás, incompatível com o uso.*

[...]

*Ressalte-se, ainda, que, não importa que os réus não tenham sido flagrados, efetivamente, vendendo drogas a terceiro, pois guardar entorpecentes é conduta igualmente típica, prevista no caput do artigo 33 da Lei n. 11.343/06.”* (fls. 377-378).

Já do acórdão declaratório:

*“No caso em tela, constou expressamente no APFD que a entrada dos policiais na residência foi autorizada por Érica Cunha e Rocha, residente no local e que foi*

*inicialmente denunciada e, posteriormente, absolvida na sentença, situação esta que descaracteriza, de plano, a alegação de prática de invasão de domicílio.*

*E, em sendo autorizada a entrada dos policiais, deve-se considerar a permanência do estado de flagrância em relação aos réus, que **armazenavam drogas no interior da residência.***

[...]

*Neste passo, em se tratando o tráfico de delito permanente e tendo sido o ingresso na residência autorizado por morador, tenho que não há falar em ilicitude da prova neste caso, não sendo caso de aplicação do disposto no ad. 157 do Código de Processo Penal, inexistindo a omissão alegada.” (fls. 407-408).*

Como se denota, o eg. Tribunal de origem considerou hígido o ingresso policial no domicílio e, por consequência, manteve intacta a condenação.

A este respeito, é preciso reforçar que, consoante julgamento do RE 603.616/RO pelo Supremo Tribunal Federal, não é necessária certeza quanto à ocorrência da prática delitativa para se admitir a entrada em domicílio, bastando que, em compasso com as provas produzidas, seja demonstrada a justa causa na adoção da medida, ante a existência de elementos concretos que apontem para o flagrante delito, o que não se tem no presente caso.

Esta Corte de Justiça, na esteira da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou compreensão no sentido de que a mera constatação da situação de flagrância, posterior ao ingresso no domicílio, não é fundamento apto a autorizar a medida, que deve ser precedida de fundadas razões, com lastro em circunstâncias objetivas, de que no local onde a diligência será cumprida há crime em andamento, ou na iminência de ocorrer (HC n 473.727/MG, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Felix Fischer*, DJe de 19/2/2019).

A respeito da denúncia anônima, elemento comumente deflagrador da atuação policial, entende-se, nesta Corte Superior, que se desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado. A despeito de nos crimes permanentes o estado de flagrância se protrair no tempo, tal circunstância não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos e seguros de que, naquele momento, dentro da residência, encontra-se uma situação de flagrância.

Por outro lado, segundo o mais recente entendimento desta Corte Superior, a comprovação da higidez da autorização de ingresso domiciliar, conferida de forma livre e voluntária, é ônus da acusação.

Com efeito, “*Em recente decisão, a Colenda Sexta Turma deste Tribunal proclamou, nos autos do HC 598.051, da relatoria do Ministro **Rogério Schietti Cruz**, Sessão de 02/03/2021 (...) que os agentes policiais, caso precisem entrar em uma residência para investigar a ocorrência de crime e não tenham mandado judicial, devem registrar a autorização do morador em vídeo e áudio, como forma de não deixar dúvidas sobre o seu consentimento. A permissão para o ingresso dos policiais no imóvel também deve ser registrada, sempre que possível, por escrito*” (AgRg no REsp n. 2.048.637/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 6/3/2023).

A partir das premissas estabelecidas supracitadas, denota-se que as circunstâncias prévias que ensejaram o ingresso policial na residência - *denúncias anônimas, busca pessoal infrutífera, autorização de ingresso concedido por corre (posteriormente absolvida) e posterior apreensão de drogas na residência* - não pavimentam situação mitigadora da inviolabilidade domiciliar, ao contrário, os elementos anteriores ao ingresso domiciliar não ensejaram a situação excepcional a legitimar o ingresso no seio domiciliar sem autorização judicial.

Nesse sentido, “*o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. [...] No presente caso, verifica-se que o ingresso dos policiais militares na residência da acusada ocorreu, em síntese, em razão de denúncia anônima e autorização da morador. Ocorre que não há informação de que houve qualquer investigação prévia de que ali haveria a prática do crime de tráfico de drogas, nem comprovação acerca da autorização do morador para o ingresso na residência*” (AgRg no REsp n. 2.041.858/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/2/2023).

Em reforço: AgRg no AREsp n. 1.875.715/AM, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 3/3/2023; AgRg no AREsp n. 2.053.067/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), DJe de 30/8/2022; e AgRg no AREsp n. 1.961.428/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 27/6/2022.

Ressalta-se que no v. aresto atacado não foram indicados elementos a legitimar a invasão domiciliar dos agravantes, de forma a evidenciar fundadas suspeitas quanto à prática do delito, levando à ilicitude das provas obtidas, bem



como todos os demais meios de prova contaminados/derivados, na forma do artigo 157 do Código de Processo Penal.

Ademais, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese de que: “*A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas “a posteriori”, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados*” (RE n. 603.616/RO, Plenário, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010, destaquei).

Certo é que “*Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso policial no domicílio alheio a situação de ocorrência de um crime cuja urgência na sua cessação desautorize o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada legítima a entrada em residência ou local de abrigo.*” (HC n. 705.241/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 17/12/2021, grifei).

No julgamento da ADPF n. 635 - MC, tema do Informativo de Jurisprudência n. 1.042/STF, a col. Suprema Corte firmou o entendimento de que: “*no caso de buscas domiciliares por parte das forças de segurança (...), sejam observadas as seguintes diretrizes constitucionais, sob pena de responsabilidade*” (ADPF n. 635 MC ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 01/06/2022).

No caso presente, a atuação precipitada da polícia culminou na nulidade das provas colhidas, com a inutilização da apreensão de 533,34g de maconha, comprometendo a regularidade da persecução penal, o que certamente poderia ser evitado com as devidas investigações e diligências.

Sob essa perspectiva, com esteio nos elementos fáticos subjacentes ao presente recurso, determina-se, com fundamento no artigo 40 do Código de Processo Penal, o envio de cópia dos presentes autos ao Ministério Público Federal e Estadual, ante a competência definida na ADPF 635 - MC, bem como a Polícia Militar, para apuração de infração aos artigos 22 e 23, II, ambos da Lei n. 13.869/2019, dentre outros possíveis crimes previstos no Código Penal, Código Penal Militar e legislação extravagante, com as imediatas providências cabíveis.

Na mesma linha, acerca do artigo 40 do Código de Processo Penal, confirmam-se: CC n. 172.725/RS, Segunda Seção, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe de 1/7/2021; REsp 1.330.372/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca,

DJe de 05/04/2016; HC 20.948/BA, *Quinta Turma*, Rel. Min. *Felix Fischer*, DJ 26/09/2005.

Após, com o objetivo de salvaguardar o cumprimento desta ordem judicial, imperiosa a comunicação, *incontinenti*, a esta Corte de Justiça das providências tomadas pela instituição de segurança pública responsável.

Ante o exposto, *dou provimento* ao agravo regimental para reconhecer a nulidade das provas obtidas mediante ingresso domiciliar sem mandado, bem como as provas derivadas, e absolver os agravantes das imputações contidas na denúncia (art. 386, VII, do CPP), remetendo-se, com esteio no artigo 40 do Código de Processo Penal, cópia dos presentes autos ao Ministério Público Federal e Estadual, para apuração de eventuais crimes, bem como a Polícia Militar, com a imediata comunicação a este Superior Tribunal de Justiça quanto às providências tomadas no âmbito da instituição de segurança pública.

É o voto.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS N. 768.982-SP  
(2022/0281617-7)**

---

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Agravante: G D DE S

Advogados: Leonardo Magalhães Avelar - SP221410

Beatriz Esteves - SP450249

Ligia de Souza Cerqueira - SP449453

Agravado: Ministério Público Federal

Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

---

**EMENTA**

Agravo regimental no *habeas corpus*. Importunação sexual. Tipo penal inserido em 2018. Irretroatividade da lei mais gravosa. Pleito de trancamento da ação penal. Delimitação temporal. Peça acusatória

que permite o exercício da ampla defesa e do contraditório. Agravo regimental desprovido.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal, inquérito policial ou procedimento investigativo por meio do *habeas corpus* é medida excepcional. Por isso, será cabível somente quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

2. *In casu*, a peça acusatória narra que o denunciado, por diversas vezes, e, de forma continuada, praticou atos libidinosos contra a vítima com o objetivo de satisfazer a própria lascívia, condutas estas enquadradas no tipo previsto no 215-A do Código Penal.

3. Embora o delito de importunação sexual tenha sido introduzido ao ordenamento jurídico pela Lei n. 13.718, em 24 de setembro de 2018, a inicial acusatória dá conta de que as condutas teriam ocorrido no lapso compreendido entre o ano de 2016 até maio de 2019, englobando, portanto, período em que já vigia o novo tipo penal. Dentro desse contexto, não se observa nenhuma afronta aos princípios da legalidade e da irretroatividade da lei mais gravosa (art. 5º, incisos XXXIX e XL, da CRFB).

4. A não indicação precisa da data em que ocorreram os fatos delituosos não gera, por si só, a inépcia da denúncia, mormente em crimes contra a liberdade sexual, em que as condutas foram praticadas de forma reiterada dentro de um determinado lapso temporal, tendo a peça acusatória delimitado o período em que os delitos teriam sido praticados - entre 2016 a 2019 -, o que possibilita o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

5. 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, em sessão virtual de 28/02/2023 a 06/03/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 06 de março de 2023 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

---

DJe 10.3.2023

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de agravo regimental interposto por *G. D. DE. S.* contra decisão que não conheceu do *habeas corpus*.

Em razões, alega que a denúncia atribuiu ao agravante suposta prática do crime previsto no art. 215-A do Código Penal sem, no entanto, empregar qualquer esforço para delimitar o período em que isso teria ocorrido. Argumenta que a delimitação da data dos fatos não se trata de mero detalhe, mas sim, de ponto crucial à sustentação da tese acusatória, vez que a conduta típica imputada ao agravante foi inserida no ordenamento jurídico apenas em setembro de 2018, por meio da Lei n. 13.718/2018.

Sustenta que o acórdão *a quo*, ao dar provimento ao recurso em sentido estrito e receber a denúncia, partiu da remissa equivocada, segundo a qual, as supostas importunações ocorreriam “quase que diariamente”.

Aduz que a mera leitura da denúncia é suficiente para esclarecer a inexistência de qualquer elemento que aponte que os fatos teriam ocorrido após setembro de 2018, e, portanto, após a inserção do art. 215-A do Código Penal, não sendo possível admitir o recebimento de denúncia pela prática de importunação sexual, quando sequer era tipificada como crime em nosso ordenamento jurídico.

Argumenta que, ausente qualquer elemento concreto que indique que os fatos ocorreram após a entrada em vigor da Lei n. 13.718/2018, necessário o trancamento da ação penal com relação à vítima A. B. V. C, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

Requer a reforma da decisão monocrática a fim de se trancar a Ação Penal n. 1516719-66.2019.8.26.0050 com relação à vítima A. B. V. C.. Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento da inépcia da denúncia.

Peticionando aos autos, a defesa manifesta oposição ao julgamento virtual, diante da intenção de realização de sustentação oral (e-STJ, fls. 196-197).

*É o relatório.*

## VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): O presente agravo não comporta provimento.

Conforme registrado na decisão agravada, o trancamento da ação penal, inquérito policial ou procedimento investigativo por meio do *habeas corpus* é medida excepcional. Por isso, será cabível somente quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

*In casu*, a denúncia narra o seguinte com relação à vítima A. B. V. C.:

Consta do incluso inquérito policial que, no período compreendido entre o ano de 2016 até maio de 2019, por diversas vezes e, de forma continuada, em dias e horários indeterminados, no interior da redação da Rádio e Televisão Record S/A, localizada na Rua da Várzea, n. 240, Barra Funda, nesta capital e comarca, [G. D. DE S.], qualificado às fls. 106/107, praticou contra as vítimas [A. H. H. P., J. R., A. B. V. de C. e Y. R. de S.], e sem as suas anuências, atos libidinosos com o objetivo de satisfazer a própria lascívia.

Segundo o apurado, por ocasião dos fatos, o denunciado e as vítimas trabalhavam na redação da concessionária de televisão acima indicada. Apurou-se que, no período acima indicado, por diversas vezes e, de forma continuada, o denunciado importunava as vítimas com palavras maliciosas, comentários de conotação sexual, gestos obscenos e toques lascivos e não consentidos, com elas mantendo contato físico inoportuno, constrangendo-as durante e dentro do local de trabalho.

[...]

A vítima [A. B.] também chegou a trabalhar com o denunciado e, durante o período em que conviveram também foi reiteradamente importunada por ele com comentários e atos inoportunos e constrangedores. Segundo consta, o denunciado costumava se referir às suas roupas de maneira maliciosa, dizendo: “sua gostosa, sua delícia, com essa roupa que você está usando, o que você vai fazer quando sair daqui?” É certo, ainda, que, o denunciado tinha o hábito de cumprimenta-la diariamente com beijos no rosto próximos à sua boca, tocando seus lábios sem a sua anuência. Além de beijá-la próximo à boca, o denunciado,

por mais de uma vez, segurou e apertou o braço de Ana Beatriz dizendo: “sabe porque eu gosto de apertar essa parte do braço? Porque parece a pele da bunda, então é como se eu estivesse apertando a sua bunda”. Ainda, quando chegava na redação, o denunciado costumava passar pela mesa dela, a fitava e colocava a língua para fora, balançando-a, simulando a prática de sexo oral.

[...]

Ante o exposto, *denuncio* [G. D. DE S.] como incurso, por quatro vezes (quatro vítimas) no artigo 215-A c. c. artigo 71, ambos do Código Penal, todos na forma do artigo 69, do Código Penal [...] (e-STJ, fls. 60-62; grifou-se.)

O Juízo da 29ª Vara Criminal do Foro Central de Barra Funda-SP rejeitou a denúncia relativamente às condutas supostamente perpetradas contra a referida vítima, sob a seguinte fundamentação:

No que tange à conduta imputada ao denunciado em relação à vítima [A. B. V. de C.], a rejeição da denúncia também se impõe.

Dos autos extrai-se que as condutas imputadas ao denunciado consistiriam em proferir os seguintes dizeres: “sua gostosa, sua delícia, com essa roupa que está usando, o que vai fazer quando sair daqui?” (sic).

Além disso, consta que o denunciado supostamente cumprimentava a vítima com beijos próximos à sua boca, tocando os lábios da mesma, bem como que certa vez ele a teria segurado pelo braço e proferido os dizeres: “sabe por que eu gosto de apertar esta parte do braço? Porque parece a pele da bunda, então é como se estivesse apertando a sua bunda” (sic).

Não bastasse, o denunciado supostamente fazia sinais com a língua e os dedos simulando a prática de sexo oral.

Novamente, não obstante este juízo não olvide que tais condutas são moralmente repugnantes, atrevidas, audaciosas, vis, ignóbeis, invasivas, inoportunas, enfim, inaceitáveis, não se vislumbra a presença de elementos de crime cogitado na exordial, mas apenas de conduta imoral a ser melhor apurada na seara cível e/ou trabalhista.

Nesse sentir, inexistente tipicidade das condutas, pois ausente a elementar “satisfação da própria lascívia”, notadamente no contexto em que inseridas, onde os diversos relatos de testemunhas ouvidas na delegacia confirmam que o denunciado possui o costume de fazer estas brincadeiras de duvidoso gosto e reprováveis, repise-se.

Há que se destacar, ainda e neste particular, a vagueza de datas e períodos em que as supostas condutas teriam ocorrido, perpassando assim o limite do direito intertemporal, de modo que referidos comportamentos poderiam, em tese, se enquadrar tanto na contravenção penal já mencionada acima hipótese de

rejeição por inadequada capitulação - como no delito no qual o Ministério Público denunciou o acusado hipótese de atipicidade -, inviabilizando o recebimento da peça inicial acusatória. (e-STJ, fl. 31)

Transcrevo, ainda, o teor do acórdão que deu provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público estadual:

Com efeito, a vítima A. B. V. C., na fase inquisitorial, relatou que trabalhava na TV Record há cinco anos, como Produtora de Reportagens, do programa Domingo Espetacular, encarregada de produzir futuras reportagens, além de orientar os repórteres sobre o roteiro de gravações. Afirmou que, durante esse período, produziu três a quatro reportagens, por mês, para o recorrido, mantendo contato diário com ele, tanto internamente como externamente, para a produção das reportagens. Esclareceu que o recorrido passou a assediá-la, bem como a outras colegas de trabalho, insistindo em situações que as deixavam constrangidas. Asseverou que permaneceu em silêncio, por medo de que tais situações influenciassem, negativamente, em sua carreira, por ser iniciante com pouca experiência. Ato contínuo, demonstrou claro descontentamento com as atitudes do recorrido, já que não possuía qualquer grau de intimidade com ele, não frequentando sua casa e nem mesmo trocando mensagens pessoais em aplicativos, com ele. Esclareceu que algumas mulheres reagiram ora gritando ora relatando os fatos ao superior hierárquico. Relatou que o réu constantemente lhe dizia: “sua gostosa, sua delícia, com essa roupa que você está usando, o que você vai fazer quando sair daqui? Ai fia, você com essa roupa hein”. Afirmou que quando chegava à redação o réu lhe cumprimentava com um beijo no rosto, próximo a boca, atitude que abominava e a fazia se sentir enojada, porém o recorrido insistia em tal comportamento, todos os dias e, não satisfeito, fitava-a e colocava a língua para fora, balançando-a, simulando prática de sexo oral. Relatou que o réu também, segurava seu braço e apertava, afirmando: “Sabe por que eu gosto de apertar essa parte do braço? Porque parece a pele da bunda, então é como se eu estivesse apertando a sua bunda”, bem como quando chegava tomando sorvete dizia: “Quem quer chupar também?”, enquanto o tomava de forma maliciosa. Asseverou que o réu possuía o apelido de Gerson Mayer, por compará-lo ao ator José Mayer, envolvido em denúncias de assédio sexual por funcionárias. Por fim, relatou abusos ocorridos com outras funcionárias e, diante das denúncias, resolveu também contar o que havia ocorrido (fls. 37/40).

Com efeito, extrai-se que as condutas imputadas ao réu consistiriam em proferir os seguintes dizeres para a vítima A. B. V. C.: “sua gostosa, sua delícia, com essa roupa que está usando, o que vai fazer quando sair daqui?” (sic). Além disso, consta que o apelado supostamente cumprimentava a vítima A. B. V. C. com beijos próximos à sua boca, tocando os seus lábios, bem como que certa vez ele a teria segurado pelo braço e proferido os dizeres: “sabe por que eu gosto de apertar esta parte do braço? Porque parece a pele da bunda, então é como se

estivesse apertando a sua bunda” (sic). Não bastasse, o denunciado supostamente fazia sinais com a língua e os dedos simulando a prática de sexo oral.

Cumpre consignar que, diante do relato da vítima, foi por ela dito que o comportamento descrito era praticado pelo réu quase que diariamente e, apesar de não haver uma precisa identificação de datas, tal afirmação denota que a importunação era quase que diária e, portanto, pelos menos nos últimos anos, ainda não foram alcançadas pelo instituto da prescrição, necessitando de dilação probatória, o que somente poderá ocorrer com o recebimento da exordial.

Ademais, a alegação de ausência de testemunhas presenciais aos fatos, também não retira a credibilidade das palavras da vítima para fins de recebimento da denúncia, na medida em que, dentro do contraditório, poderão ser corroboradas por todos os meios de prova permitidos ou, sopesada individualmente, uma vez que, na maioria das vezes, os delitos de cunho sexual ocorrem na clandestinidade e, nem por isso, deixam de serem comprovados.

Ressalte-se, outrossim, que a conduta do acusado, ao menos em tese e para fins de recebimento da denúncia, que necessita somente de indícios de autoria, se amolda perfeitamente na conduta descrita no artigo 215-A do Código Penal, que assim está descrito:

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Deste modo, verifica-se que o crime de importunação sexual é uma *novatio legis* incriminadora que veio a corrigir uma vacância existente entre os delitos de estupro e a antiga contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (artigo 61 da Lei de Contravenção Penal).

Diante da nova conduta prevista no tipo penal em comento, verifica-se que, a princípio, para fins de recebimento da denúncia, o relatado pela vítima na fase inquisitorial amolda-se perfeitamente a este delito, pois os atos praticados pelo acusado, sem anuência da vítima, assumiram caráter lascivo.

Sobre o tema Luiz Regis Prado assevera:

A conduta incriminada consiste em praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso, com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou de terceiro (tipo autônomo, simples, anormal, incongruente). Praticar contra alguém indica que o delito em análise deve ter vítima determinada ou certa (uma ou mais vítimas) e ato de natureza física (corporal, material, objetiva). Acaba o ato praticado por ofender, lesar, incomodar, importunar, molestar, inquietar a pessoa visada no âmbito de sua liberdade e autonomia sexual. Ato libidinoso constitui elemento normativo extrajurídico do tipo é, tal como no crime de estupro (art. 213, CP), a conduta de natureza sexual,



como manifestação da concupiscência, diverso da conjunção carnal (ex.: sexo oral, coito anal, coito inter femora masturbação, toques e apalpadelas com significação sexual no corpo ou na região púbica, beijo (lascivo ou não, obtido sem emprego de violência, e sem o consentimento da vítima) etc. (Tratado de Direito Penal Brasileiro, 3ª edição, Editora Forense, 2019, p. 564)

[...]

Ao contrário do sustentado pela Defesa em sua contraminuta, para fins de recebimento da denúncia, é inequívoca a conduta do réu para a satisfação de sua lascívia, eis que o seu comportamento, totalmente inadequado e repugnante, consistente em tentar forçar diariamente um beijo da vítima, em simular sexo oral, em dizer palavras ofensivas e obscenas de cunho sexual, caracterizam, a princípio, o tipo penal imputado ao réu, uma vez que as condutas foram praticadas para satisfazer sua lascívia, demonstrando um desejo incontrolável a ponto de abusar da moralidade pública e privada.

Assim, afasto a rejeição da denúncia com relação à vítima A. B. V. C., sendo que a questão é para ser decidida após o término da instrução criminal, por ocasião da sentença, e não ao ensejo do recebimento da denúncia. (e-STJ, fls. 18-24)

Segundo se observa dos autos, a denúncia descreve fato típico, ilícito e culpável. Resta claro da peça acusatória que o denunciado, por diversas vezes e, de forma continuada, praticou atos libidinosos contra a vítima com o objetivo de satisfazer a própria lascívia, condutas estas enquadradas no tipo previsto no 215-A do Código Penal.

Embora o delito de importunação sexual tenha sido introduzido ao ordenamento jurídico pela Lei n. 13.718, em 24 de setembro de 2018, *a inicial acusatória dá conta de que as condutas teriam ocorrido no lapso compreendido entre o ano de 2016 até maio de 2019, englobando, portanto, período em que já vigia o novo tipo penal.*

Dentro desse contexto, não se observa nenhuma afronta aos princípios da legalidade e da irretroatividade da lei mais gravosa (art. 5º, incisos XXXIX e XL, da CRFB).

Saliente-se que, consoante precedentes desta Corte Superior, a não indicação precisa da data em que ocorreram os fatos delituosos não gera, por si só, a inépcia da denúncia, mormente em crimes contra a liberdade sexual, em que as condutas foram praticadas de forma reiterada dentro de um determinado lapso temporal, tendo a peça acusatória delimitado o período em que os delitos teriam sido praticados - entre 2016 a 2019 -, o que possibilita o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, ilustrativamente:

Processual Penal. Agravo regimental no recurso em *habeas corpus*. Art. 241-B do ECA. Trancamento da ação penal. Inépcia. Não constatação. Recurso improvido.

1. Não se reconhece a inépcia quando a denúncia preenche aos requisitos do art. 41 do CPP, com a descrição dos fatos e a classificação do crime, (arts. 215 e 217-A/CP) de forma suficiente para dar início à persecução penal na via judicial, bem como para o pleno exercício da defesa.

2. Afiança a denúncia que o paciente, na qualidade de líder espiritual da vítima, iniciou com ela processo de aproximação até a formação de relação com confiança e autoridade, situação apta a lhe dar a condição de pedir à menor que, por meio do aplicativo WhatsApp, enviasse-lhe imagens suas com exposição de órgão genital (nudes), ao que o paciente, em contrapartida, enviava fotos e vídeos de teor pornográfico.

3. Os fatos em questão teriam ocorrido na cidade de Belo Horizonte/MG, entre os anos de 2017 e 2019, por diversas vezes e em período no qual a vítima contava com 13 a 15 anos. Destaca-se, também, que a posse de fotos íntimas da menor (art. 241-B/ECA) evoluiu para contatos físicos, como beijos, e, posteriormente, relacionamento sexual.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC n. 143.396/MG, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe de 20/8/2021.)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Estupro de vulnerável. Inépcia da denúncia. Não ocorrência. Trancamento do processo por ausência de justa causa. Não cabimento. Alegação de que o pedido de produção de provas não teria sido analisado. Constrangimento ilegal não demonstrado. Instrução deficiente. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

1. No caso, a denúncia apresenta os elementos para a tipificação do crime em tese, demonstra o envolvimento do Acusado com o fato criminoso, permitindo-lhe, sem nenhuma dificuldade, ter ciência da conduta ilícita que lhe foi imputada, de modo a garantir o livre exercício do contraditório e da ampla defesa, pois menciona que o Recorrente, entre 2008 a 2009, sempre à noite, no interior da residência da avó materna da Vítima, por várias vezes, praticou atos libidinosos com a Infante, que possuía 8 (oito) anos à época dos fatos.

2. Consoante precedentes desta Corte Superior, a não indicação precisa da data em que ocorreram os fatos delituosos não gera, por si só, a inépcia da denúncia, mormente na situação dos autos (crime cometido às escondidas, contra Vítima de tenra idade); ademais, consta da peça acusatória o período em

que os delitos teriam sido praticados - entre 2008 a 2009 -, o que possibilita o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

3. O trancamento do processo-crime pela via do *habeas corpus* (ou do recurso que lhe faça as vezes) é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios capazes de fundamentar a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias não evidenciadas no caso em apreço.

4. O acórdão proferido pela Corte a quo registrou que a materialidade delitiva e os indícios de autoria estariam demonstrados, tendo em vista as declarações prestadas pela Vítima, que, em duas oportunidades, sustentou com veemência a ocorrência da infração, além das informações repassadas pelas demais pessoas ouvidas na fase extrajudicial. Desse modo, para reconhecer a suposta ausência de justa causa para o exercício da ação penal seria necessário, inevitavelmente, o aprofundado reexame do conjunto fático-probatório, que é impróprio nesta via.

5. Quanto à alegação de que o pedido de produção de provas formulado pela Defesa não foi apreciado, cumpre destacar que o suposto constrangimento ilegal não foi demonstrado na hipótese. O Tribunal local assinalou que o Impetrante sequer indicou, nas razões do writ originário, qual a prova teria sido requerida pela Defesa. Neste recurso ordinário, o Requerente não juntou a cópia da petição dirigida ao Juízo singular em que foi formulado o mencionado pedido de produção de provas e, mais uma vez, não mencionou qual seria a prova necessária para a elucidação dos fatos. Verifica-se patente a deficiência na fundamentação e na instrução do recurso, o que impossibilita a exata compreensão da controvérsia.

6. Ainda que a suposta ilegalidade esteja relacionada a eventual pedido formulado à autoridade policial, a Defesa poderá reiterar sua solicitação perante o Juízo singular, que analisará a necessidade de produção da prova.

7. Recurso ordinário em *habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(RHC n. 129.490/BA, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 2/6/2021.)

Diante dos indícios de autoria e materialidade, e devidamente caracterizada a subsunção da conduta do agravante ao tipo penal descrito na denúncia, faz-se necessário o prosseguimento da persecução criminal.

Foi como opinou o Ministério Público Federal:

Registre-se, mais, que a Corte de origem constatou a higidez da peça acusatória, que se ampara em elementos indiciários que apontam a autoria e demonstram a materialidade delitiva, continuamente, de 2016 a maio de 2019, em período posterior, portanto, à data de 24/09/2018, quando entrou em vigor

a Lei Federal n. 13.718/2018, que inseriu a figura típica de importunação sexual no Código Penal, da qual o paciente é acusado. O esclarecimento do período exato em que as condutas foram praticadas demanda novo exame do conjunto probatório, providência inviável na estreita via mandamental e dependente, na espécie, de ampla instrução processual contraditória, a qual se deve preservar.

Dessarte, não restou demonstrada, na espécie, a ocorrência de constrangimento, teratologia ou ilegalidade apta a embasar atuação de ofício dessa Colenda Corte, sendo incabível o próprio *writ*. (e-STJ, fls. 170-171)

Diante do exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É como voto.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS N.  
143.169-RJ (2021/0057395-6)**

---

Relator: Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDFR)

Relator para o acórdão: Ministro Ribeiro Dantas

Agravante: R L S M (Preso)

Advogados: Marcelo Turbay Freiria - DF022956

Saulo Alexandre Moraes e Sa - RJ135191

Advogados: Liliane de Carvalho Gabriel - DF031335

Douglas Sarmiento de Castro - RJ164316

Geraldo Luiz Mascarenhas Prado - RJ046484

Caio Badaró Massena - RJ217129

Cecília Ribeiro Dâmaso - RJ232747

Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

---

**EMENTA**

Penal e Processual Penal. Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Operação *Open Doors*. Furto, organização criminosa e lavagem de dinheiro. Acesso a documentos de colaboração premiada. Falha na instrução do *habeas corpus*. Cadeia de custódia. Inobservância

dos procedimentos técnicos necessários a garantir a integridade das fontes de prova arrecadadas pela polícia. Falta de documentação dos atos realizados no tratamento da prova. Confiabilidade comprometida. Provas inadmissíveis, em consequência. Agravo regimental parcialmente provido para prover também em parte o recurso ordinário.

1. O *habeas corpus* não foi adequadamente instruído para comprovar as alegações defensivas referentes ao acesso a documentos da colaboração premiada, o que impede o provimento do recurso no ponto.

2. A principal finalidade da cadeia de custódia é garantir que os vestígios deixados no mundo material por uma infração penal correspondem exatamente àqueles arrecadados pela polícia, examinados e apresentados em juízo.

3. Embora o específico regramento dos arts. 158-A a 158-F do CPP (introduzidos pela Lei 13.964/2019) não retroaja, a necessidade de preservar a cadeia de custódia não surgiu com eles. Afinal, a ideia de cadeia de custódia é logicamente indissociável do próprio conceito de corpo de delito, constante no CPP desde a redação original de seu art. 158. Por isso, mesmo para fatos anteriores a 2019, é necessário avaliar a preservação da cadeia de custódia.

4. A autoridade policial responsável pela apreensão de um computador (ou outro dispositivo de armazenamento de informações digitais) deve copiar integralmente (*bit a bit*) o conteúdo do dispositivo, gerando uma imagem dos dados: um arquivo que espelha e representa fielmente o conteúdo original.

5. Aplicando-se uma técnica de algoritmo *hash*, é possível obter uma assinatura única para cada arquivo, que teria um valor diferente caso um único *bit* de informação fosse alterado em alguma etapa da investigação, quando a fonte de prova já estivesse sob a custódia da polícia. Comparando as *hashes* calculadas nos momentos da coleta e da perícia (ou de sua repetição em juízo), é possível detectar se o conteúdo extraído do dispositivo foi modificado.

6. É ônus do Estado comprovar a integridade e confiabilidade das fontes de prova por ele apresentadas. É incabível, aqui, simplesmente presumir a veracidade das alegações estatais, quando descumpridos

os procedimentos referentes à cadeia de custódia. No processo penal, a atividade do Estado é o *objeto* do controle de legalidade, e não o *parâmetro* do controle; isto é, cabe ao Judiciário controlar a atuação do Estado-acusação *a partir do direito*, e não a partir de uma autoproclamada confiança que o Estado-acusação deposita em si mesmo.

7. No caso dos autos, a polícia não documentou nenhum dos atos por ela praticados na arrecadação, armazenamento e análise dos computadores apreendidos durante o inquérito, nem se preocupou em apresentar garantias de que seu conteúdo permaneceu íntegro enquanto esteve sob a custódia policial. Como consequência, não há como assegurar que os dados informáticos periciados são íntegros e idênticos aos que existiam nos computadores do réu.

8. Pela quebra da cadeia de custódia, são inadmissíveis as provas extraídas dos computadores do acusado, bem como as provas delas derivadas, em aplicação analógica do art. 157, § 1º, do CPP.

9. Agravo regimental parcialmente provido, para prover também em parte o recurso ordinário em *habeas corpus* e declarar a inadmissibilidade das provas em questão.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer parcialmente do agravo regimental para prover parcialmente o recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Ribeiro Dantas os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) e Messod Azulay Neto.

Vencido o Sr. Ministro Jesuíno Rissato, que votou em sessão anterior.

Sustentou oralmente em 25/10/2022: Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado (p/agrvt)

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2023 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 2.3.2023

Ementa: Penal. Processo Penal. Agravo regimental no recurso em *habeas corpus*. Operação *Open Doors*. Nulidades. Quebra da cadeia de custódia. Ausência de exame do mérito pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. Matéria complexa. Necessidade de ampla dilação probatória. Incompatível com a estreita via do *habeas corpus*. Negativa de acesso à colaboração premiada de corrêu. Violação da Súmula Vinculante n. 14 do STF. Inocorrência. Novos argumentos hábeis a desconstituir a decisão impugnada. Inexistência. Agravo regimental desprovido.

*I* - Depreende-se do v. aresto recorrido que o eg. Tribunal de origem não examinou o mérito da questão relativa à quebra de cadeia de custódia. Inviável, portanto, o exame da matéria nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

*II* - Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, a cadeia de custódia refere-se à “*idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e, uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode resultar na sua imprestabilidade. Não se trata, portanto, de nulidade processual, senão de uma questão relacionada à eficácia da prova, a ser analisada caso a caso*” (RHC n. 158.441/PA, relator Ministro Olindo Menezes, Sexta Turma, DJe de 15/6/2022). Na espécie, a questão relativa à quebra de cadeia de custódia é ainda mais complexa considerando tratar-se de imputação de delitos informáticos. Nesse contexto, resta extreme de dúvida que se cuida de prova altamente complexa, cujo exame demanda ampla dilação probatória, incompatível com a estreita via do *habeas corpus*, ou de seu recurso ordinário. Precedentes.

*III* - Nos termos da Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal: “*É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa*”. Por sua vez, o art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.850/2013 estabelece ser garantido ao defensor o acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, com exceção das diligências em andamento.

*IV* - Contudo, as tratativas preliminares de colaboração premiada não se confundem com o acordo de colaboração premiada, pois não se tratam de elementos de prova documentados em procedimento investigatório, de que trata a Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal. *In casu*, não restou demonstrado que tais negociações preliminares tenham subsidiado a narrativa acusatória, a justificar o interesse do agravante em acessá-los para exercício do direito de defesa. Por essa razão, as instâncias antecedentes consideraram que a il. Defesa teve amplo acesso aos elementos de prova, em tese, incriminadores já encartados nos autos, motivo pelo qual não há cogitar em violação ao enunciado da Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal. Precedente.

*V* - Neste agravo regimental não foram apresentados argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, devendo ser mantida a decisão impugnada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Agravo regimental desprovido.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT): Trata-se de agravo regimental interposto por *R L S M* em face de decisão proferida pelo em. Min. João Otávio de Noronha, de fls. 809-817, que *negou provimento* ao presente recurso em *habeas corpus*.

Nas razões do regimental, o agravante reitera que “*a manutenção de pretensas provas digitais sem a preservação da cadeia de custódia da prova e a omissão em relação à defesa do paciente de depoimento prestado por delator, que teria servido de base à busca e apreensão das principais fontes de prova que sustentam a acusação, constituem flagrante constrangimento ilegal, com violação direta e evidente ao direito de defesa e às garantias do contraditório e do devido processo legal*” (fl. 827).

Alega que, “*apesar de ter denegado a ordem, a 3ª Câmara Criminal do TJRJ efetivamente analisou o cerne do pleito defensivo quanto à alegada quebra de cadeia de custódia, de maneira que, com máxima vênia, está equivocada a afirmação de que o TJRJ não examinou a questão*” (fl. 835).

Aduz que “*a análise do pedido defensivo não demanda dilação probatória, como constou da decisão ora agravada*” (fl. 836).



Requer, ao final, seja exercido o juízo de retratação ou submetido o agravo ao Colegiado para julgamento e provimento, a fim de que seja concedida a ordem, nos termos requeridos no agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo *desprovimento* do agravo regimental (fls. 854-860).

Por manter a decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos, submeto o agravo regimental à apreciação da *Quinta Turma*.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador do TJDF) (Relator):  
Presentes os requisitos legais, *conheço* do agravo regimental.

Como relatado, pretende a il. Defesa seja dado provimento ao agravo regimental “*para (i) nos termos do art. 157 do CPP, ser declarada a inadmissibilidade da prova oriunda dos computadores apreendidos na residência do paciente, uma vez que houve a quebra da cadeia de custódia da prova, conforme o art. 158-A e seguintes do CPP; e (ii) ser garantido ao paciente o acesso à integralidade do acordo de colaboração premiada do delator H E S da S, incluindo se todos os documentos formalizados entre ele e o Ministério Público, desde as tratativas preliminares*” (fls. 845-846).

*Contudo, não assiste razão ao agravante.*

Conforme consignado no *decisum* agravado, depreende-se do v. aresto recorrido que o eg. Tribunal de origem não examinou o mérito da questão relativa à quebra de cadeia de custódia, tendo o em. relator destacado que (fls. 102-106 - grifei):

“*In casu, a alegada quebra da cadeia de custódia, uma vez ser inadmissível os elementos informativos colhidos nos computadores do ora Paciente que deram origem às investigações não teria sido preservado de acordo com as regras processuais, se não foi alvo de deliberação pela Autoridade impetrada, tal circunstância impede qualquer manifestação deste Tribunal de Justiça sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.*”

*Entretanto, em verdade, não se pode falar de negativa de jurisdição, visto que o Juízo a quo fundamentou idoneamente ao refutar a análise da tese da quebra da cadeia de custódia. Isso porque verificar o caminho percorrido pelo computador e*

*a correção ou não de todos os procedimentos adotados pela Polícia Judiciária na apreensão, guarda e posterior extração de informações nele contidas demandaria profundo revolvimento fático-probatório, o que é inviável na via estreita do mandamus.*

*Por conseguinte, a questão deve ser dirimida durante a instrução processual e resolvida na decisão final, que estará sujeita aos recursos legalmente previstos.”*

Ademais, conforme a jurisprudência desta Corte Superior, a cadeia de custódia refere-se à “*idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e, uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode resultar na sua imprestabilidade. Não se trata, portanto, de nulidade processual, senão de uma questão relacionada à eficácia da prova, a ser analisada caso a caso*” (RHC n. 158.441/PA, relator Ministro Olindo Menezes, Sexta Turma, DJe de 15/6/2022).

E, na espécie, a questão relativa à quebra de cadeia de custódia é ainda mais complexa considerando tratar-se de imputação de delitos informáticos.

Nesse contexto, resta extrema de dúvida que se cuida de prova altamente complexa, cujo exame demanda ampla dilação probatória, incompatível com a estreita via do *habeas corpus*, ou de seu recurso ordinário.

O entendimento assentado no v. acórdão recorrido, aliás, está em absoluta harmonia com a jurisprudência desta *Quinta Turma*:

Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Nulidade. Alegação de quebra da cadeia de custódia da prova. Necessidade de exame aprofundado das provas. Prejuízo não demonstrado. Agravo regimental improvido.

1. A disciplina que rege as nulidades no processo penal leva em consideração, em primeiro lugar, a estrita observância das garantias constitucionais, sem tolerar arbitrariedades ou excessos que desequilibrem a dialética processual em prejuízo do acusado. Por isso, o reconhecimento de nulidades é necessário toda vez que se constatar a supressão ou a mitigação de garantia processual que possa trazer agravos ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. Neste caso, o Tribunal a quo ponderou que a análise da questão ventilada pela defesa depende de apreciação de elementos de prova, providência inviável nos estreitos limites cognitivos do *habeas corpus*, cujo escopo não se presta ao estudo aprofundado de fatos e provas, limitando-se a situações em que se constata flagrante ilegalidade, cognoscível de plano, sem necessidade de dilação probatória.

3. A defesa não conseguiu demonstrar de que maneira teria ocorrido a quebra de cadeia de custódia da prova e a conseqüente mácula que demandaria a

exclusão dos dados obtidos dos autos do processo criminal. Assim, não é possível reconhecer o vício pois, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal, mesmo os vícios capazes de ensejar nulidade absoluta não dispensam a demonstração de efetivo prejuízo, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no RHC n. 153.823/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 4/10/2021, grifei)

Além disso, considerando que o mérito da tese defensiva relativa à quebra da cadeia de custódia não foi examinada na instância de origem, seu conhecimento diretamente nesta Corte Superior importaria em *indevida supressão de instância*.

A propósito:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Quebra da cadeia de custódia. Matéria não debatida nas instâncias inferiores. Supressão de instância. Causa especial de diminuição da pena. Art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Não incidência. Não preenchimento dos requisitos previstos em lei. Paciente que se dedicava a atividades criminosas. Inversão do julgado. Necessidade de revolvimento do acervo fático e probatório. Inviabilidade na via eleita. Regime mais gravoso. Possibilidade. Pena acima de 4 anos de reclusão e quantidade expressiva de drogas. Substituição da pena. Impossibilidade. *Quantum* superior a 4 anos de reclusão. Agravo regimental não provido.

1. A tese suscitada pelo impetrante referente à possível quebra da cadeia de custódia não foi objeto de análise no acórdão impugnado, sendo incabível a respectiva análise no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

2. Ademais, a jurisprudência é pacífica no sentido de que, ainda que se trate de matéria de ordem pública, é imprescindível o seu prévio debate na instância de origem para que possa ser examinada por este Tribunal Superior (AgRg no HC 530.904/PR, Rel. Ministro **Jorge Mussi, Quinta Turma**, julgado em 24/09/2019, DJe10/10/2019).

[...]

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 618.025/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 26/10/2020, grifei)

Recurso em *habeas corpus*. Peculato, frustração de direito assegurado por lei trabalhista, organização criminosa e lavagem de capitais. Sentença proferida. Pedido de desconstituição da sentença para realização de perícia. Indeferimento fundamentado. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Nulidade da investigação por desrespeito ao foro privilegiado na condução do inquérito policial. Questão já decida na Reclamação n. 31.368/PR. Perícia privada apontando indício de adulteração na interceptação do sistema guardião. Decretação da nulidade.

Inviabilidade na via eleita. Exame aprofundado do conjunto fático-probatório. Quebra da cadeia de custódia e integralidade das provas. Supressão de instância. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

1. Não há como acolher as alegações de que existe “prova documental de que os dados gerados a partir do sistema guardião foram manipulados para ocultar que o Exmo. Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná estava interceptado sem autorização judicial”. A tese de interceptação indevida de autoridade com prerrogativa de foro já foi objeto de análise da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que no julgamento da Reclamação n. 31.368/PR, sob relatoria do Ministro Humberto Martins, julgou improcedente a reclamação. Inviável para esta Quinta Turma rever o que já foi julgado e decidido pelo Órgão Especial desta Corte Superior.

2. Ao rejeitar o pedido de reconhecimento de nulidade das interceptações e de realização de perícia nas informações extraídas do Sistema Guardião, o Juiz de primeiro grau, que é o destinatário da prova, o fez de forma fundamentada destacando que o principal meio de prova utilizado para condenação é o documental e que “a principal integrante da organização criminosa, *Cláudia Aparecida Gali*, é confessa neste ação penal em relação aos principais crimes que compõem a imputação”. Ademais, para se desconstituir as conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias sobre a inexistência da referida nulidade, após o exauriente e detalhado exame do conjunto fático-probatório, realizado ao longo de toda instrução probatórias, com respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, mostra-se necessário o revolvimento de todos documentos carreados aos autos e elementos de provas contida no processo, procedimento sabidamente vedado na via eleita, que é caracterizada pelo seu rito célere e cognição sumária.

3. Não há como analisar as alegações de “que houve a quebra da cadeia de custódia das interceptações ante a manipulação e adulteração dos dados do Sistema Guardião, ausente, assim, a integridade, confiabilidade, idoneidade e fidedignidade desta prova” pois como bem destacado no próprio recurso ordinário “a questão da ilicitude da prova em decorrência da quebra da cadeia de custódia das interceptações, com base nesses graves fatos, não foi analisada em nenhum momento, seja pelo juízo de primeiro grau, seja pelo TRF da 4ª Região. Não há uma decisão judicial sequer a esse respeito” (fl. 3.426). *Dessa forma, inexistindo manifestação específica das instâncias ordinárias sobre a alegação, fica impedida esta Corte Superior de se manifestar sobre o tema, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Eventual omissão no acórdão recorrido sobre esse ponto deveria ter sido sanada pelo recorrente por meio de embargos de declaração, de modo a viabilizar a análise do tema no presente recurso. Se assim não se procedeu, resta inviabilizado o seu exame no presente recurso.*

4. Recurso ordinário conhecido em parte e desprovido. (RHC n. 107.610/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 5/8/2019, grifei)

De outro lado, quanto à alegação defensiva de negativa de acesso à colaboração premiada do corréu Henrique, melhor sorte não assiste a il. Defesa.

Nos termos da Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Por sua vez, o art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.850/2013 estabelece ser garantido ao defensor o acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, com exceção das diligências em andamento.

Ocorre que as tratativas preliminares de colaboração premiada não se confundem com o acordo de colaboração premiada, pois não se tratam de elementos de prova documentados em procedimento investigatório, de que trata a Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal.

*In casu*, não restou demonstrado que tais negociações preliminares tenham subsidiado a narrativa acusatória, a justificar o interesse do agravante em acessá-los para exercício do direito de defesa. Por essa razão, as instâncias antecedentes consideraram que a il. Defesa teve amplo acesso aos elementos de prova, em tese, incriminadores já encartados nos autos, motivo pelo qual não há cogitar em violação ao enunciado da Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal.

Nos termos da jurisprudência do *Pretorio Excelso*, ao defensor deve ser garantido acesso aos elementos de prova “*formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito ou processo judicial*” (HC n. 93.767, relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 1/4/2014).

E, como salientado pelo em. *Min. Reynaldo Soares da Fonseca* em caso análogo, “[o] que não estiver disponível, por óbvio, não poderá ser utilizado contra os acusados, pelo que não se cogita falar em cerceamento de defesa pela negativa de acesso a documentos apresentados por corréu interessado em celebrar acordo de colaboração premiada”, [...] pois, “*inexiste a obrigatoriedade de que o registro das negociações preliminares à celebração do acordo deva obrigatoriamente ser acostado aos autos do processo, sobretudo porque tais negociações nem sequer são consideradas para a homologação do acordo*” (RHC n. 131.043/SP, Quinta Turma, DJe de 14/9/2020).

Assim, verifica-se que não há constrangimento ilegal no presente caso, porquanto o v. acórdão fustigado encontra-se em total sintonia com o entendimento iterativo deste Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, destaque-se que, no presente agravo regimental, não se aduziu qualquer argumento apto a ensejar a *alteração* da decisão ora agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Acerca do tema, cito os seguintes precedentes desta Corte:

Agravo regimental. *Habeas corpus*. Ausência de debate da tese pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. Impossibilidade. Ausência de individualização da situação de cada condenado. Inexistência de novos fundamentos capazes de modificar a decisão agravada. Agravo improvido.

1. Segundo o entendimento vigente neste Superior Tribunal de Justiça, a modificação de decisão por meio de agravo regimental requer a apresentação de argumentos capazes de alterar os fundamentos anteriormente firmados.

[...]

6. Assim, inexistindo novos fundamentos capazes de modificar o *decisum* impugnado, deve ser mantida a decisão.

7. Agravo improvido (AgRg no HC n. 384.871/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 09/08/2017).

Penal. Processual Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Decisão monocrática. Ofensa ao princípio da colegialidade. Inexistência. Tráfico privilegiado. Dedicção a atividades criminosas. Ausência de argumentos novos para atacar a decisão impugnada. Mero inconformismo. Agravo regimental improvido.

1. Não viola o princípio da colegialidade a decisão monocrática do relator, tendo em vista a possibilidade de submissão do julgado ao exame do órgão colegiado, mediante a interposição de agravo regimental.

[...]

3. O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, razão por que deve ser mantida a decisão monocrática proferida.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC n. 369.103/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 31/08/2017).

Agravo regimental em *habeas corpus*. 1. Fundamentos insuficientes para reformar a decisão agravada. 2. Lei Maria da Penha. Crime de ameaça. Divergência jurisprudencial. Violação ao art. 44, I, do CP. Não ocorrência. Substituição da pena. Impossibilidade. Crime cometido com grave ameaça à pessoa. 3. Recurso improvido.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC n. 288.503/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 1º/09/2014, grifei).

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

É o voto.

#### VOTO-VISTA

Ementa: Penal e Processual Penal. Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Operação *Open Doors*. Furto, organização criminosa e lavagem de dinheiro. Acesso a documentos de colaboração premiada. Falha na instrução do *habeas corpus*. Cadeia de custódia. Inobservância dos procedimentos técnicos necessários a garantir a integridade das fontes de prova arrecadadas pela polícia. Falta de documentação dos atos realizados no tratamento da prova. Confiabilidade comprometida. Provas inadmissíveis, em consequência. Agravo regimental parcialmente provido para prover também em parte o recurso ordinário.

1. O *habeas corpus* não foi adequadamente instruído para comprovar as alegações defensivas referentes ao acesso a documentos da colaboração premiada, o que impede o provimento do recurso no ponto.

2. A principal finalidade da cadeia de custódia é garantir que os vestígios deixados no mundo material por uma infração penal correspondem exatamente àqueles arrecadados pela polícia, examinados e apresentados em juízo.

3. Embora o específico regramento dos arts. 158-A a 158-F do CPP (introduzidos pela Lei 13.964/2019) não retroaja, a necessidade de preservar a cadeia de custódia não surgiu com eles. Afinal, a ideia de cadeia de custódia é logicamente indissociável do próprio conceito de corpo de delito, constante no CPP desde a redação original de seu art. 158. Por isso, mesmo para fatos anteriores a 2019, é necessário avaliar a preservação da cadeia de custódia.

4. A autoridade policial responsável pela apreensão de um computador (ou outro dispositivo de armazenamento de informações

digitais) deve copiar integralmente (*bit a bit*) o conteúdo do dispositivo, gerando uma imagem dos dados: um arquivo que espelha e representa fielmente o conteúdo original.

5. Aplicando-se uma técnica de algoritmo *hash*, é possível obter uma assinatura única para cada arquivo, que teria um valor diferente caso um único *bit* de informação fosse alterado em alguma etapa da investigação, quando a fonte de prova já estivesse sob a custódia da polícia. Comparando as *hashes* calculadas nos momentos da coleta e da perícia (ou de sua repetição em júízo), é possível detectar se o conteúdo extraído do dispositivo foi modificado.

6. É ônus do Estado comprovar a integridade e confiabilidade das fontes de prova por ele apresentadas. É incabível, aqui, simplesmente presumir a veracidade das alegações estatais, quando descumpridos os procedimentos referentes à cadeia de custódia. No processo penal, a atividade do Estado é o *objeto* do controle de legalidade, e não o *parâmetro* do controle; isto é, cabe ao Judiciário controlar a atuação do Estado-acusação *a partir do direito*, e não a partir de uma autoproclamada confiança que o Estado-acusação deposita em si mesmo.

7. No caso dos autos, a polícia não documentou nenhum dos atos por ela praticados na arrecadação, armazenamento e análise dos computadores apreendidos durante o inquérito, nem se preocupou em apresentar garantias de que seu conteúdo permaneceu íntegro enquanto esteve sob a custódia policial. Como consequência, não há como assegurar que os dados informáticos periciados são íntegros e idênticos aos que existiam nos computadores do réu.

8. Pela quebra da cadeia de custódia, são inadmissíveis as provas extraídas dos computadores do acusado, bem como as provas delas derivadas, em aplicação analógica do art. 157, § 1º, do CPP.

9. Agravo regimental parcialmente provido, para prover também em parte o recurso ordinário em *habeas corpus* e declarar a inadmissibilidade das provas em questão.

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas:

### *I - Relatório*

Trata-se de agravo regimental interposto por *R L S M* (e-STJ, fls. 809-817), contra decisão monocrática do então relator, o Ministro João Otávio



de Noronha, que negou provimento a seu recurso ordinário em *habeas corpus* (e-STJ, fls. 809-817).

Na origem, o ora agravante e outros 6 réus foram denunciados em 8/9/2018 pelo MP/RJ no âmbito da Operação *Open Doors*, que apurava a existência de uma suposta organização criminosa composta por centenas de pessoas e voltada à prática de furtos eletrônicos contra instituições financeiras. A denúncia (e-STJ, fls. 295-461) relata que os acusados integravam o núcleo de *hackers* dirigentes da organização criminosa, tendo praticado 81 furtos e assim subtraído cerca de R\$ 3.300.000,00; estima o *Parquet* que o total furtado pela organização, em operações ainda não identificadas, pode chegar a R\$ 30.000.000,00. Ao final, imputou-se aos réus a prática dos crimes de organização criminosa, furto qualificado e lavagem de dinheiro, alguns deles por centenas de vezes.

Destaco que, durante a investigação que embasou o oferecimento da denúncia, foram deferidas as medida de busca e apreensão (e-STJ, fls. 549-600) e subsequentes quebras dos sigilos de dados armazenados nos aparelhos eletrônicos apreendidos pela polícia (e-STJ, fls. 465-466). Os dispositivos foram periciados primeiramente por uma das instituições financeiras vítima dos furtos, em 23/10/2017 (e-STJ, fls. 468-485), e em seguida pela Polícia Civil, nos dias 15/11/2017 (e-STJ, fls. 487-529) e 21/11/2017 (e-STJ, fls. 531-546).

A denúncia foi recebida em 12/9/2018 (e-STJ, fls. 276-281).

Com a impetração do *habeas corpus* perante o Tribunal local (e-STJ, fls. 1-49), a defesa suscitou dois pontos: (I) a quebra da cadeia de custódia do material eletrônico apreendido pela polícia, tornando inadmissíveis as provas dele extraídas; e (II) a ocorrência de nulidade por ocultação de provas, pois o réu não teve acesso à íntegra do acordo de colaboração premiada (incluindo suas tratativas) que teria detalhado a participação de R L S M na organização criminosa e embasado o deferimento da busca e apreensão em seu desfavor.

Os argumentos não convenceram o TJ/RJ, que denegou a ordem à unanimidade por enxergar necessidade de aprofundamento probatório e por entender que a defesa já recebeu acesso ao acordo de colaboração (e-STJ, fls. 101-109). Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados (e-STJ, fls. 171-179).

Contra tais arestos, a defesa interpôs o recurso ordinário (e-STJ, fls. 202-258), em que reitera as teses expostas no *habeas corpus*. Respondido pelo MP/RJ às fls. 265-271 (e-STJ), o recurso foi monocraticamente desprovido pelo Ministro João Otávio de Noronha, na decisão ora combatida (e-STJ, fls. 809-817).

Nas razões do agravo regimental (e-STJ, fls. 824-847), a parte agravante aduz que houve quebra da cadeia de custódia dos aparelhos eletrônicos com seu envio direto ao banco ofendido, antes mesmo de passar pela análise da polícia, e que não há documentação dos métodos utilizados para acondicionar os materiais e extrair os dados neles contidos. Entende que a questão foi devidamente analisada na origem, inexistindo supressão de instância, e que é desnecessário o reexame de fatos e provas para julgá-la. Em relação ao cerceamento de defesa, argumenta que, conquanto tenha realmente acessado o acordo de colaboração premiada e o termo de declarações do colaborador H E S DA S, esses documentos não descrevem qual seria a extensão da participação do agravante na organização criminosa. Por isso, presume a defesa que o juiz, ao incluí-lo na decisão que deferiu busca e apreensão (quando o réu ainda nem havia sido denunciado ou indiciado), deve ter se baseado em outras declarações do colaborador, até hoje não disponibilizadas ao réu.

Ouvido, o Ministério Público Federal sugeriu o desprovimento do agravo regimental (e-STJ, fls. 854-860).

Na sessão de julgamento de 25/10/2022, o Ministro Jesuíno Rissato (em sucessão ao Ministro João Otávio de Noronha, relator original do feito que deixara pouco antes a Quinta Turma), votou em sintonia com o parecer ministerial, pela manutenção da decisão agravada (e-STJ, fls. 868-869). Em virtude da excepcional complexidade da causa, pedi naquela ocasião vista dos autos e os recebi conclusos em meu gabinete no dia 28/10/2022, sexta-feira (e-STJ, fl. 871).

Iniciado o prazo de 60 dias previsto no art. 162 do RISTJ no primeiro dia útil subsequente (3/11/2022, quinta-feira), e suspensa sua contagem durante o recesso judiciário (consoante o art. 162, § 2º, do RISTJ), seu termo final é o dia 13/2/2023. Devolvo o processo ao colegiado, em mesa, na data de 7/2/2023, observando o prazo regimental.

*É o relatório.*

Passo a fundamentar minhas conclusões, dividindo o voto em tópicos para facilitar sua compreensão.

## ***II - Colaboração premiada e cerceamento de defesa***

No que toca ao alegado cerceamento de defesa (pela supressão dos documentos relativos à colaboração premiada), sigo a conclusão do voto do Ministro Jesuíno Rissato, com um acréscimo relevante: é que, nesse ponto,

houve uma deficiência na instrução do *habeas corpus* por parte da defesa, que *não apresentou o acordo de colaboração e o termo de declarações necessários à comprovação de suas afirmações.*

O argumento defensivo, nesse tema, é o seguinte: ao ordenar a busca e apreensão contra o paciente (e-STJ, fls. 549-600), o juiz de primeira instância afirmou que o colaborador H E S DA S teria narrado condutas ilícitas por ele supostamente praticadas, demonstrando a existência de lastro mínimo para a cautelar probatória. Todavia, segundo o agravante, os documentos da colaboração premiada a que teve acesso na origem - quais sejam, o próprio acordo, o termo contendo as declarações do colaborador, as decisões judiciais a ele referentes e a manifestação do MP/RJ - não narravam sua participação na organização criminosa. Por conseguinte, a defesa acredita que há ainda outros documentos ocultos na colaboração premiada, suprimidos pelo Ministério Público ou pela vara de origem, que teriam formado a convicção do magistrado ao analisar a busca e apreensão.

Como se percebe, o acolhimento dos pedidos recursais nesse ponto exigiria que pudéssemos ao menos ler o acordo de colaboração e o termo de declarações mencionados - mas não apresentados - pelo réu à fl. 843 (e-STJ), a fim de conferir se tais documentos são capazes de fundamentar a decisão que deferiu a busca e apreensão, como diz o juízo de primeiro grau (e-STJ, fl. 603); ou se, ao revés, nada há de incriminador contra o acusado em tais dados, de modo que o magistrado singular estaria ainda de posse de outras provas ocultadas da defesa, como se diz neste agravo regimental.

Ocorre que o acusado não juntou a estes autos o acordo e o termo de declarações, *aos quais admite que teve acesso*, de modo que tal exame fica obviamente prejudicado. Afinal, somente com a leitura desses documentos é que se poderia avaliar (mesmo que de maneira superficial) se eles detalham ou não a participação do réu na organização criminosa e, com isso, são aptos ou não a sustentar a decisão de fls. 549-600 (e-STJ). No estado atual do processo, simplesmente não há como saber se as alegações defensivas são verdadeiras, porque os impetrantes não nos apresentaram os documentos que puderam ler e consideram insuficientes para decretar a busca e apreensão. Ou seja: não entendo ser ônus da defesa apresentar os supostos documentos ocultados pelo juiz e pelo Ministério Público, cuja existência ela acredita ser real - algo que seria evidentemente ilógico -, mas sim os documentos que a defesa reconhece ter acessado em primeiro grau. Para que não restem dúvidas sobre a matéria, transcrevo as afirmações dos próprios impetrantes no agravo regimental (e-STJ, fl. 843):

*A defesa teve acesso* tão somente a 5 páginas do acordo; 1 páginas de decisão que recusou a homologação do acordo; 1 página de manifestação do MPRJ readequando o acordo; 1 página de decisão homologatório; 8 páginas de termo de declaração do delator. Contudo, *em toda essa documentação disponibilizada à defesa*, constava apenas 2 linhas com 2 menções ao paciente.

Se é verdade a afirmação de que “constava apenas 2 linhas com 2 menções ao paciente”, conforme o trecho acima, é algo impossível de averiguar no momento, pela omissão da defesa em trazer tais documentos aos autos. E, como se sabe, é encargo do impetrante instruir adequadamente o *habeas corpus*, com todos os documentos necessários à compreensão dos fatos e ao julgamento da causa:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Instrução deficiente. *Habeas corpus* indeferido liminarmente. Agravo desprovido.

I - Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento sedimentado de que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - O *habeas corpus* deve ser instruído com as peças necessárias para confirmação da efetiva ocorrência do constrangimento ilegal, cabendo ao impetrante, o ônus processual de produzir elementos documentais consistentes, destinados a comprovar as alegações suscitadas na impetração.

III - A doutrina e a 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 documental pré-constituída, que propicie o exame, pelo juiz ou tribunal, dos fatos caracterizadores do constrangimento ou ameaça, bem como de sua ilegalidade, pois ao impetrante incumbe o ônus da prova” (GRINOVER, A.P.; FILHO, A. M. G.; FERNANDES, A.S. Recursos no Processo Penal, ed. Revista dos Tribunais, 2011 p. 298).

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 786.745/PR, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 16/12/2022.)

Logo, acrescento esses fundamentos para acompanhar a conclusão do Ministro Jesuíno Rissato no ponto.

### *III - Quebra da cadeia de custódia da prova digital*

Em relação à quebra da cadeia de custódia, por outro lado, peço vênias para divergir do relator, pois vislumbro riscos contundentes à confiabilidade das provas produzidas pela acusação neste caso.

Inicialmente, não vejo aqui supressão de instância, pois o Tribunal local se manifestou sobre o tema - de maneira sucinta, é verdade - para rejeitar as alegações defensivas, fazendo-o nos seguintes termos (e-STJ, fls. 106-107):

Entretanto, em verdade, não se pode falar de negativa de jurisdição, visto que o Juízo *a quo* fundamentou idoneamente ao refutar a análise da tese da quebra da cadeia de custódia. Isso porque verificar o caminho percorrido pelo computador e a correção ou não de todos os procedimentos adotados pela Polícia Judiciária na apreensão, guarda e posterior extração de informações nele contidas demandaria profundo revolvimento fático-probatório, o que é inviável na via estreita do *mandamus*.

Por conseguinte, a questão deve ser dirimida durante a instrução processual e resolvida na decisão final, que estará sujeita aos recursos legalmente previstos.

E aqui entendo que não restou demonstrado pela Defesa Técnica ter havido extravio e tampouco foi inviabilizado o acesso à integralidade das provas, ônus que lhe cabe, mesmo em sede de *habeas corpus*.

E, mais adiante, no julgamento dos embargos de declaração (e-STJ, fls. 176-177):

Isto porque a simples coleta (extração) de dados armazenados em aparelho de informática não constitui perícia, no sentido estrito da palavra.

Certamente, o exame pericial desses dados, se necessário, aí, sim, tem que ser realizado por perito oficial, ou, na falta deste, por duas pessoas portadoras de diploma de curso superior, devidamente compromissadas (cf. o art. 159, do Código de Processo Penal).

Em verdade, como tenta fazer crer a Defesa Técnica, mas sem sucesso, não se pode confundir a simples coleta de dados com eventual exame pericial que sobre eles recaia.

Aliás, a coleta já foi feita, isto é, os dados foram extraídos. Não há renovação. O que há é contraditório diferido sobre tais dados, que têm a natureza jurídica de documento.

E mais, em relação à prova documental, o contraditório é sempre diferido, retardado, postergado ou adiado; no entanto, frise-se: o contraditório é sempre sobre a prova, e não na produção da prova

Ademais, não há nulidade, porque não há quebra da cadeia de custódia da prova. O que se discute, neste caso, é se os dados sigilosos obtidos pela Polícia podem ser compartilhados com a Instituição Financeira, sujeito passivo dos crimes. E a resposta é positiva. A uma, porque o sigilo dos dados está regularmente afastado por determinação judicial; e a duas, porque o sujeito passivo, como já dito alhures, carece de acesso a tais dados para poder prevenir a ocorrência de novos delitos, os quais poderiam colocar em risco à própria ordem econômico-financeira.

Tampouco acredito que o julgamento da matéria exija o aprofundamento em fatos e provas, ao contrário do que diz a Corte de origem. A tese defensiva, de compreensão bastante simples, é a de que a polícia não documentou nenhum de seus procedimentos no manuseio dos computadores apreendidos na casa do paciente; aferir sua procedência, então, demanda apenas que se avalie a existência da documentação referente à cadeia de custódia, algo que a própria leitura dos autos permite fazer. Por isso, não vejo óbices ao conhecimento do *habeas corpus* ou do recurso ordinário no ponto e, conseqüentemente, passo ao seu mérito.

A principal finalidade da cadeia de custódia, enquanto decorrência lógica do conceito de corpo de delito (art. 158 do CPP), é garantir que os vestígios deixados no mundo material por uma infração penal correspondem exatamente àqueles arrecadados pela polícia, examinados e apresentados em juízo. Isto é: busca-se assegurar que os vestígios são *os mesmos*, sem nenhum tipo de adulteração ocorrida durante o período em que permaneceram sob a custódia do Estado.

Toda fonte de prova que constitui corpo de delito exige algum tipo de manejo próprio para garantir sua integridade: as técnicas aplicáveis à preservação e exame do cadáver deixado por um homicídio, por exemplo, são em todo diferentes daquelas voltadas a preservar e examinar a arma de fogo encontrada no local do crime. Quando entram em cena as fontes de prova imateriais, ou aquelas que, conquanto tenham um suporte físico, são essencialmente intangíveis (a exemplo dos dados informáticos), não é diferente: em observância às peculiaridades dessas espécies probatórias, há técnicas específicas que precisam ser adotadas pelo aparato sancionador para garantir *objetivamente* a confiabilidade das provas por ele produzidas.

Essas medidas compartilham a finalidade geral de preservar aquilo que Geraldo Prado - um dos impetrantes deste *writ* - designou, academicamente, de “*mesmidade*”, em seu *A cadeia de custódia da prova no processo penal* (2ª edição, 2021, p. 196). Busca-se, com as cautelas da cadeia de custódia, uma maneira *objetiva* de aferir a integridade das fontes de prova apresentadas em juízo, numa análise essencialmente comparativa em relação a seu estado inicial, quando coletadas pelo Estado. Em suma, os vestígios integrantes do corpo de delito trazidos para o processo judicial devem ser *os mesmos* antes arrecadados na investigação.

Não é pretensão deste voto estabelecer regras específicas para cada uma das milhares de técnicas profissionais aplicáveis ao tratamento das mais diversas fontes de prova, meta que seria certamente inalcançável. Cabe-nos, no entanto,

avaliar se *no caso concreto* foram adotadas pela polícia cautelas suficientes para garantir a *mesmidade* das fontes de prova (quais sejam, os conteúdos dos computadores apreendidos na residência do agravante) arrecadadas no inquérito.

Em que pese a intrínseca volatilidade dos dados armazenados digitalmente, já são relativamente bem delineados os mecanismos necessários para assegurar sua integridade, tornando possível verificar se alguma informação foi alterada, suprimida ou adicionada após a coleta inicial das fontes de prova pela polícia. Pensando especificamente na situação que nos é trazida a julgamento, a autoridade policial responsável pela apreensão de um computador (ou outro dispositivo de armazenamento de informações digitais) deve copiar integralmente (*bit a bit*) o conteúdo do dispositivo, gerando uma *imagem* dos dados: um arquivo que *espelha* e representa fielmente o conteúdo original.

Aplicando-se uma técnica de algoritmo *hash*, é possível obter uma assinatura única para cada arquivo - uma espécie de impressão digital ou DNA, por assim dizer, do arquivo. Esse código *hash* gerado da imagem teria um valor diferente caso um único *bit* de informação fosse alterado em alguma etapa da investigação, quando a fonte de prova já estivesse sob a custódia da polícia. Mesmo alterações pontuais e mínimas no arquivo resultariam numa *hash* totalmente diferente, pelo que se denomina em tecnologia da informação de *efeito avalanche*:

Funções *hash* são algoritmos matemáticos determinísticos que mapeiam dados de comprimento aleatório em saída de tamanho fixo em base hexadecimal, dispersando os *bits* de entrada de forma não correlacionada às mudanças. Ou seja, *uma pequena mudança na entrada, seja um simples caractere em uma frase inteira, ou um pixel em uma foto, acarreta uma saída completamente diferente*, sendo essa característica conhecida como Efeito Avalanche (SILVA, Johan Matos Coelho da; SILVA, Philipe Matos Coelho da. *Técnicas de detecção e classificação de malwares baseada na visualização de binários*. Monografia. Universidade de Brasília, Engenharia de Redes de Comunicação, 2018, p. 20-21).

Desse modo, comparando as *hashes* calculadas nos momentos da coleta e da perícia (ou de sua repetição em juízo), é possível detectar se o conteúdo extraído do dispositivo foi alterado, minimamente que seja. Não havendo alteração (isto é, permanecendo íntegro o corpo de delito), as *hashes* serão idênticas, o que permite atestar com elevadíssimo grau de confiabilidade que a fonte de prova permaneceu intacta.

O procedimento não foi imaginado neste voto, mas já é bem estabelecido na literatura. De forma exemplificativa, destaco recente estudo publicado na Revista Brasileira de Execução Penal, a respeito da coleta de dados digitais:



### Coleta:

Considerada uma fase de grande importância, tem início no isolamento da área, da coleta das evidências, da garantia da integridade do material coletado, prosseguindo para as fases futuras, as coletas não devem sofrer nenhum tipo de alteração durante todo o processo, *devendo ser criada uma cópia idêntica a original **bit a bit**, efetuando a extração do código de verificação conhecido como **hash***. Após a finalização da coleta realiza-se a identificação e acondiciona o dispositivo eletrônico, lacrando e guardando em local apropriado até decisão superior do que será realizado, mantendo sempre a cadeia de custódia atualizada as informações e manuseios registrados.

(PAIVA, Stanley Gusmão. *Técnicas avançadas de extração de dados*. Revista Brasileira de Execução Penal, 2022, p. 133).

O papel desempenhado pela função *hash* na preservação da cadeia de custódia, por sua vez, pode ser assim detalhado:

#### Função de *hash*:

Algoritmo que gera, a partir de uma entrada de qualquer tamanho, uma saída de tamanho fixo, ou seja, é a transformação de uma grande quantidade de informações em uma pequena sequência de *bits* (*hash*). *Esse **hash** altera se um único **bit** da entrada for alterado, acrescentado ou retirado.*

[...]

*Para a coleta de evidências digitais deve ser calculado o **hash** da mídia, para fins comparativos com o **hash** calculado na coleta, após manuseio da mesma da evidência e cópias forenses.* (CARVALHO, R.W.R. *A importância da cadeia de custódia na computação forense*. Revista Brasileira de Criminalística, 2020, p. 134-135).

Disso resulta uma conclusão talvez contraintuitiva: uma fonte de prova que armazena dados imateriais, se coletada de maneira profissional e técnica pela polícia, pode oferecer garantias de *mesmidade* superiores àquelas de uma fonte corpórea (como um cadáver ou armamento de fogo), dada a precisão e objetividade do algoritmo de *hash*. Isso, é claro, exige da polícia um elevado grau de conhecimento e diligência em sua atividade, a ela competindo os encargos de se manter atualizada com as melhores práticas profissionais e documentar sua realização. Em reforço, e para corroborar minhas conclusões quanto à obrigatoriedade dos procedimentos acima explicados, recorro ao professor Gustavo Badaró:

É imprescindível que o método empregado garanta a integridade do dado digital e, com isso, a força *probandi* do conteúdo probatório por ele representado. Normalmente, *é necessário fazer uma cópia ou “espelhamento”, obtendo o*



**bitstream** da imagem do disco rígido ou suporte de memória em que o dado digital está registrado. Além disso, por meio de um cálculo de algoritmo de **hash**, é possível verificar a perfeita identidade da cópia com o arquivo original. Com isso, de um lado, se preserva o material original e, de outro, se garante a autenticidade e integridade do material que foi examinado pelos peritos.

Evidente que *todo esse processo técnico precisa ser documentado e registrado em todas as suas etapas*. Tal exigência é uma garantia de um correto emprego das *operating procedures*, especialmente por envolver um dado probatório volátil e sujeito à mutação. Exatamente pela diferença ontológica da prova digital com relação à prova tradicional, bem como devido àquela não se valer de uma linguagem natural, mas digital, é que uma cadeia de custódia detalhada se faz ainda mais necessária.

Realmente, *a documentação da cadeia de custódia é essencial no caso de análise de dados digitais, porque permitirá assegurar a autenticidade e integridade dos elementos de prova* e submeter tal atividade investigativa à posterior crítica judiciária das partes, e excluirá que tenha havido alterações indevidas do material digital (*Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia*. Boletim IBCCRIM, 2021, p. 2).

Embora sejam já há alguns anos conhecidos esses procedimentos técnicos, diversos foram os descuidos da autoridade policial no manuseio dos aparelhos eletrônicos apreendidos neste processo.

Não existe nenhum tipo de registro documental sobre o modo de coleta e preservação dos equipamentos, quem teve contato com eles, quando tais contatos aconteceram e qual o trajeto administrativo interno percorrido pelos aparelhos uma vez apreendidos pela polícia. Nem se precisa questionar se a polícia espelhou o conteúdo dos computadores e calculou a *hash* da imagem resultante, porque até mesmo providências muito mais básicas do que essa - como *documentar* o que foi feito - foram ignoradas pela autoridade policial.

Chama atenção o fato de que, antes mesmo de ser periciado pela polícia, algo que só aconteceria em novembro de 2017, o conteúdo extraído dos equipamentos foi analisado pela própria instituição financeira vítima, em outubro daquele ano (e-STJ, fls. 468-485). O laudo produzido pelo banco não esclarece se o perito particular teve acesso aos computadores propriamente ditos, mas diz que recebeu da polícia um arquivo de imagem (e-STJ, fl. 470); entretanto, *em nenhum lugar há a indicação de como a polícia extraiu a imagem, tampouco a indicação da hash respectiva*, para que fosse possível confrontar a cópia periciada com o arquivo original e, assim, aferir sua autenticidade.

Como esse laudo privado, feito pelo banco em outubro, diz ter recebido da polícia arquivos de imagem, então os arquivos foram certamente extraídos pelo Estado em algum momento anterior - a não ser que o perito privado esteja mentindo, algo que nem o Ministério Público cogita. Todavia, *não há nenhum registro sobre essa extração*, inexistindo assim a garantia de que os dados extraídos são *os mesmos* que integravam o corpo de delito. De forma talvez contraditória, mais adiante, *o laudo particular elenca como “evidências” os próprios computadores, com suas especificações físicas* (e-STJ, fl. 471), o que abre espaço para questionar se a instituição financeira recebeu apenas os arquivos de imagem ou se lidou também diretamente com os itens apreendidos, como diz a defesa.

Sobre o laudo particular, em resumo, não se sabe *como* nem *quais* objetos (físicos ou virtuais) foram entregues ao banco.

Quando finalmente os computadores foram periciados pela polícia (e-STJ, fls. 487-529 e 531-546), no mês seguinte, a situação foi ainda pior, já que os laudos policiais não explicaram a metodologia utilizada para extrair os arquivos dos computadores. Esqueçam-se imagens, *hash*, espelhamento: não sabemos *nada* sobre o que a polícia fez para obter os dados ou garantir sua integridade, porque ela não se preocupou em documentar suas ações.

O perito policial afirma somente ter “encontrado” arquivos suspeitos e cola fotos de alguns deles longamente em seus laudos, mas o ponto principal - o *como* tais arquivos foram obtidos, tratados e tiveram sua autenticidade aferida - é omitido. Da forma como redigidos os laudos, polícia e Ministério Público nos pedem, na prática, que apenas *confiemos* na eficiência e honestidade do perito e da atuação estatal como um todo - mesmo diante desses evidentes e graves lapsos de profissionalismo - para acreditar que nenhum dado foi perdido ou alterado enquanto os computadores estiveram sob a custódia do Estado. Algo como: se o Estado diz que a prova é confiável, e ainda que tenha perdido todas as oportunidades de comprovar essa confiabilidade, então ela o é.

Essa lógica ignora que, no processo penal, a atividade do Estado é *objeto* do controle de legalidade, e não o *parâmetro* do controle. Dito de outro modo, cabe ao Judiciário controlar a atuação do Estado-acusação *a partir do direito*, e não a partir de uma autoproclamada confiança que o Estado-acusação deposita em si mesmo. Dizer que a documentação dos atos da cadeia de custódia é uma “desmedida formalidade” (e-STJ, fl. 81), como fez aqui o Ministério Público, equivale a dizer que a atuação estatal não é submetida a controle e que, se o Estado-acusação afirmar que atuou corretamente no manejo da prova, isso já bastaria para encampar suas conclusões, dispensando-se a demonstração

*objetiva* da regularidade de seus atos. Nada mais incompatível, certamente, com um processo penal democrático, racional e pautado em comprovações *objetivas*, para além das impressões pessoais dos agentes públicos que nele atuam.

No fim das contas, a completa falta de documentação sobre os procedimentos adotados pela polícia inviabiliza saber o que efetivamente aconteceu no tratamento das fontes de prova. Como se extraíram os arquivos de imagem? Essa extração foi feita logo no momento da apreensão? Os arquivos correspondem àquilo que estava nos computadores? Quem realizou tais procedimentos? Os computadores permaneceram o tempo todo sob a custódia da polícia, ou passaram pelas instalações do banco em algum momento? Os técnicos da instituição financeira tiveram acesso direto aos aparelhos? Pela omissão da autoridade policial, não é possível responder a nenhuma dessas perguntas, com uma consequência profundamente prejudicial à confiabilidade da prova: *não há como assegurar que os elementos informáticos periciados pela polícia e pelo banco são íntegros e idênticos aos que existiam nos computadores do réu.*

Não afirmo, é claro, que a polícia civil e o banco adulteraram os dados contidos nos computadores apreendidos, ou que realizaram algum tipo de fraude para incriminar o paciente, ou então que foram suprimidos dados que beneficiariam os acusados. A questão é que, como a polícia não adotou cuidados mínimos em seus registros, *é impossível saber se alguma dessas situações aconteceu, intencionalmente ou não*; com isso, não se sabe se os indícios submetidos às perícias são mesmo aqueles resultantes do delito. Tudo isso poderia ser evitado se a polícia tivesse agido de maneira mais profissional e cuidadosa, preocupando-se em apresentar alguma comprovação sobre a idoneidade de seus procedimentos, o que não foi feito.

A prova penal é um assunto sério. Ignorar suas regras tem resultados desastrosos, como a condenação de pessoas inocentes e o possível encobrimento de comportamentos estatais ilícitos - a não ser que, ingenuamente, acreditássemos que tais eventos nunca acontecem. Exigir do aparato investigativo e acusador a observância um padrão básico de diligência, destinado a prevenir a ocorrência de erros graves, é algo que não pode ser dispensado pelo Judiciário.

Por tudo isso, concluo que houve, sim, séria ofensa ao art. 158 do CPP, com a quebra da cadeia de custódia dos computadores apreendidos pela polícia na residência de R L S M. As provas obtidas a partir dessa medida são, então, inadmissíveis, por falharem num teste de confiabilidade mínima; inadmissíveis são, igualmente, as provas delas derivadas, em aplicação analógica do art. 157, § 1º, do CPP. Deverá o juízo de primeira instância identificar quais são as provas

derivadas e desentranhar todas elas (tanto as provas obtidas dos computadores como as derivadas) dos autos.

#### *IV - Resposta a possíveis objeções*

Com o objetivo de entregar um voto mais completo e facilitar os debates neste colegiado, respondo brevemente aos questionamentos que, em minha visão, poderiam derivar da proposta aqui apresentada.

Primeiramente, poder-se-ia argumentar que é possível existirem outros documentos produzidos pela polícia ou pelo Ministério Público, não juntados pela defesa a este *habeas corpus*, que demonstrariam a idoneidade da cadeia de custódia ou comprovariam os procedimentos adotados pela autoridade policial na coleta, acondicionamento e exame dos materiais apreendidos. Nessa linha, poderia a defesa não os ter apresentado justamente para induzir este Tribunal a acreditar que a polícia deixou de documentar suas ações e, com isso, comprovar artificialmente a quebra da cadeia de custódia.

Discordo dessa preocupação porque o MP/RJ, que obviamente tem em seu acervo todos os documentos e procedimentos da investigação, *nunca afirmou que existiriam outros elementos capazes de demonstrar a integridade da cadeia de custódia*. Em suas manifestações como parecerista (e-STJ, fls. 78-86) e recorrido (e-STJ, fls. 265-271), o *Parquet* se limita a afirmar que os pontos tratados pela defesa são irrelevantes - “desmedida formalidade” (e-STJ, fl. 81), em suas palavras -, mas não apresenta ou ao menos se refere a outros documentos da cadeia de custódia não juntados pela defesa. O parecer ministerial e as contrarrazões ao recurso ordinário, por certo, não são peças processuais decorativas; se nelas o Ministério Público nada trouxe para questionar os documentos trazidos na impetração, podemos acreditar no órgão ministerial e confiar que a defesa os apresentou de forma completa.

Em segundo lugar, talvez gere preocupações o entendimento deste colegiado sobre a irretroatividade dos arts. 158-A a 158-F do CPP (introduzidos pela Lei n. 13.964/2019), que regem os procedimentos atinentes à cadeia de custódia da prova penal, exemplificado no seguinte precedente:

Penal e Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. Homicídio qualificado, fraude processual e falsidade ideológica. 1. Indeferimento de diligências. Juiz destinatário da prova. Discricionariedade regrada. Art. 400, § 1º, do CPP. Ausência de cerceamento de defesa. 2. Quebra da cadeia de custódia. Regramento inserido pelo pacote anticrime. Normas não vigentes à época. *Tempus regit actum*. 3.

Eventual adulteração da prova. Não demonstração. 4. Possibilidade de utilização da prova. Acesso à acusação e à defesa. Ausência de ilegalidade. 5. Afronta à Súmula Vinculante 14/STF. Não ocorrência. Diligências em andamento. Acesso franqueado após a conclusão. 6. Nulidade de interrogatório de corréus. Processo desmembrado. Prova emprestada. Possibilidade. Ampla defesa e contraditório garantidos. 7. Prejuízo não demonstrado. Impossibilidade de anulação. 8. Excesso de prazo. Inépcia da denúncia. Temas não analisados na origem. Mera reiteração. Matérias já examinadas no HC 115.439/RR. Impossibilidade de novo exame. 9. Possibilidade de nova análise do excesso de prazo. Réus presos há mais de 2 anos. Corréus soltos. Versões conflitantes. Relaxamento da prisão que se impõe. 10. Recurso conhecido parcialmente e provido em parte, apenas para relaxar a prisão dos recorrentes.

[...]

2. Conforme assentado pela Corte local, os institutos processuais são regidos pelo princípio *tempus regit actum*, nos termos do art. 2º do CPP, *in verbis*: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Nesse contexto, não é possível se falar em quebra da cadeia de custódia, por inobservância de dispositivos legais que não existiam à época.

[...]

11. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido, para relaxar a prisão dos recorrentes, mediante a aplicação de medidas cautelares previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, a critério do Juízo *a quo*.

(RHC n. 141.981/RR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 29/3/2021.)

Como os atos de coleta e tratamento dos computadores do paciente ocorreram no ano de 2017, essa questão intertemporal talvez gerasse dúvidas quanto à aplicabilidade do regramento da cadeia de custódia ao caso. No entanto, ainda que o profundo detalhamento da cadeia de custódia inaugurado pela Lei n. 13.964/2019 não retroaja, *não se pode dizer que o conceito de cadeia de custódia no direito brasileiro surgiu com essa Lei*. Com efeito, a cadeia de custódia integra a própria noção de corpo de delito, constante há décadas no art. 158 do CPP e há séculos na dogmática jurídica ocidental, enquanto a garantia de que o corpo de delito a ser apresentado em juízo ou periciado é, precisamente, o *mesmo* produzido naturalmente pelo crime e arrecadado pela autoridade policial.

Não por acaso, mesmo antes da Lei n. 13.964/2019, este STJ reconheceu a quebra da cadeia de custódia de provas obtidas mediante interceptação telefônica no âmbito da Operação *Negócio da China*, ao constatar que foi comprometida por diversos deslizes da polícia a integridade do conteúdo

interceptado. Do conhecido precedente, cito os seguintes excertos, para ilustrar que o enfrentamento jurisprudencial da questão em muito antecede a inovação legislativa de 2019:

X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios.

XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.

XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.

(HC n. 160.662/RJ, relatora Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 18/2/2014, DJe de 17/3/2014.)

Na verdade, desde a redação original do CPP, é ônus do Estado demonstrar que os objetos por ele colhidos e periciados correspondem exatamente àqueles que constituem o corpo de delito, e isso não foi criado pela Lei n. 13.964/2019. Apenas alguns procedimentos para fazê-lo é que, em grande detalhe, foram esmiuçados pelo legislador, mas a necessidade de preservação da cadeia de custódia lhe é muito anterior. Corpo de delito e cadeia de custódia são conceitos logicamente indissociáveis: se há o primeiro, e se há necessidade de periciá-lo para a comprovação da materialidade delitiva (como manda desde 1941 o art. 158 do CPP), também há obviamente a necessidade de se assegurar que o objeto a ser periciado é o *mesmo* corpo que nasceu com o delito.

Finalmente, entendo não haver contrariedade entre a proposta ora encaminhada e o precedente firmado pela Sexta Turma no julgamento do HC 653.515/RJ, relatado pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, cuja ementa transcrevo:

*Habeas corpus*. Tráfico de drogas e associação para o narcotráfico. Quebra da cadeia de custódia da prova. Ausência de lacre. Fragilidade do material probatório residual. Absolvição que se mostra devida. Associação para o narcotráfico. Higiene da condenação. Ordem concedida.

[...]

2. Segundo o disposto no art. 158-A do CPP, “Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

3. A autenticação de uma prova é um dos métodos que assegura ser o item apresentado aquilo que se afirma ele ser, denominado pela doutrina de princípio da mesmidade.

4. De forma bastante sintética, pode-se afirmar que o art. 158-B do CPP detalha as diversas etapas de rastreamento do vestígio: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte. O art. 158-C, por sua vez, estabelece o perito oficial como sujeito preferencial a realizar a coleta dos vestígios, bem como o lugar para onde devem ser encaminhados (central de custódia). Já o art. 158-D disciplina como os vestígios devem ser acondicionados, com a previsão de que todos os recipientes devem ser selados com lacres, com numeração individualizada, “de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio”.

5. Se é certo que, por um lado, o legislador trouxe, nos arts. 158-A a 158-F do CPP, determinações extremamente detalhadas de como se deve preservar a cadeia de custódia da prova, também é certo que, por outro, ficou em silêncio em relação aos critérios objetivos para definir quando ocorre a quebra da cadeia de custódia e quais as consequências jurídicas, para o processo penal, dessa quebra ou do descumprimento de um desses dispositivos legais. No âmbito da doutrina, as soluções apresentadas são as mais diversas.

6. Na hipótese dos autos, pelos depoimentos prestados pelos agentes estatais em juízo, não é possível identificar, com precisão, se as substâncias apreendidas realmente estavam com o paciente já desde o início e, no momento da chegada dos policiais, elas foram por ele dispensadas no chão, ou se as sacolas com as substâncias simplesmente estavam próximas a ele e poderiam eventualmente pertencer a outro traficante que estava no local dos fatos.

7. Mostra-se mais adequada a posição que sustenta que *as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido.*

9. O fato de a substância haver chegado para perícia em um saco de supermercado, fechado por nó e desprovido de lacre, fragiliza, na verdade, a própria pretensão acusatória, porquanto não permite identificar, com precisão, se a substância apreendida no local dos fatos foi a mesma apresentada para fins de realização de exame pericial e, por conseguinte, a mesma usada pelo Juiz sentenciante para lastrear o seu decreto condenatório. Não se garantiu a inviolabilidade e a idoneidade dos vestígios coletados (art. 158-D, § 1º, do CPP). A integralidade do lacre não é uma medida meramente protocolar; é, antes, a



segurança de que o material não foi manipulado, adulterado ou substituído, tanto que somente o perito poderá realizar seu rompimento para análise, ou outra pessoa autorizada, quando houver motivos (art. 158-D, § 3º, do CPP).

9. Não se agiu de forma criteriosa com o recolhimento dos elementos probatórios e com sua preservação; a cadeia de custódia do vestígio não foi implementada, o elo de acondicionamento foi rompido e a garantia de integridade e de autenticidade da prova foi, de certa forma, prejudicada. Mais do que isso, sopesados todos os elementos produzidos ao longo da instrução criminal, verifica-se a debilidade ou a fragilidade do material probatório residual, porque, além de o réu haver afirmado em juízo que nem sequer tinha conhecimento da substância entorpecente encontrada, ambos os policiais militares, ouvidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não foram uníssonos e claros o bastante em afirmar se a droga apreendida realmente estava em poder do paciente ou se a ele pertencia.

10. Conforme deflui da sentença condenatória, não houve outras provas suficientes o bastante a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de tráfico de drogas que foi imputado ao acusado. Não é por demais lembrar que a atividade probatória deve ser de qualidade tal a espantar quaisquer dúvidas sobre a existência do crime e a autoria responsável, o que não ocorreu no caso dos autos. Deveria a acusação, diante do descumprimento do disposto no art. 158-D, § 3º, do CPP, haver suprido as irregularidades por meio de outros elementos probatórios, de maneira que, ao não o fazer, não há como subsistir a condenação do paciente no tocante ao delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

11. Em um modelo processual em que sobrelevam princípios e garantias voltadas à proteção do indivíduo contra eventuais abusos estatais que interfiram em sua liberdade, dúvidas relevantes hão de merecer solução favorável ao réu (*favor rei*).

12. Não foi a simples inobservância do procedimento previsto no art. 158-D, § 1º, do CPP que induz a concluir pela absolvição do réu em relação ao crime de tráfico de drogas; foi a ausência de outras provas suficientes o bastante a formar o convencimento judicial sobre a autoria do delito a ele imputado. *A questão relativa à quebra da cadeia de custódia da prova merece tratamento acurado, conforme o caso analisado em concreto, de maneira que, a depender das peculiaridades da hipótese analisada, pode haver diferentes desfechos processuais para os casos de descumprimento do assentado no referido dispositivo legal.*

13. Permanece hígida a condenação do paciente no tocante ao crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), porque, além de ele próprio haver admitido, em juízo, que atuava como olheiro do tráfico de drogas e, assim, confirmando que o local dos fatos era dominado pela facção criminosa denominada Comando Vermelho, esta Corte Superior de Justiça entende que, para a configuração do referido delito, é irrelevante a apreensão de drogas na posse direta do agente.



14. Porque proclamada a absolvição do paciente em relação ao crime de tráfico de drogas, deve ser a ele assegurado o direito de aguardar no regime aberto o julgamento da apelação criminal. Isso porque era tecnicamente primário ao tempo do delito, possuidor de bons antecedentes, teve a pena-base estabelecida no mínimo legal e, em relação a esse ilícito, foi condenado à reprimenda de 3 anos de reclusão (fl. 173). Caso não haja recurso do Ministério Público contra a sentença condenatória (ou, se houver e ele for improvido) e a sanção permaneça nesse patamar, fica definitivo o regime inicial mais brando de cumprimento de pena.

15. Ordem concedida, a fim de absolver o paciente em relação à prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, objeto do Processo n. 0219295-36.2020.8.19.0001. Ainda, fica assegurado ao réu o direito de aguardar no regime aberto o julgamento do recurso de apelação.

(HC n. 653.515/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 1/2/2022.)

Diz o inteiro teor do acórdão:

Com a mais respeitosa vênua àqueles que defendem a tese de que a violação da cadeia de custódia implica, de plano e por si só, a inadmissibilidade ou a nulidade da prova, de modo a atrair as regras de exclusão da prova ilícita, parece-me mais adequada aquela posição que sustenta que *as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável*. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido.

De fato, permanece a conclusão de que a eventual inobservância de alguma das regras dos arts. 158-A a 158-F do CPP (inclusive inaplicáveis ao caso dos autos, tendo em vista o princípio *tempus regit actum*, como visto acima) não gera, por si só, a inadmissibilidade da prova ou a absolvição do réu - como explicado pelo precedente acima indicado. Cabe ao juiz avaliar se os demais elementos dos autos são capazes de assegurar que a prova é confiável, *sendo ônus da acusação apresentá-los*. Apenas concluo que, no caso dos autos, não há nada que garanta a idoneidade das provas produzidas pela polícia, tendo em vista a completa ausência de documentação dos atos por ela praticados no manuseio dos computadores apreendidos na residência do réu. Nenhum outro elemento foi produzido pelo Ministério Público para comprovar que o corpo de delito permaneceu inalterado enquanto submetido à custódia policial; nada há que demonstre ser o material supostamente extraído dos computadores *o mesmo* que neles constava quando do cumprimento da busca e apreensão, e nem

há uma forma objetiva de agora fazê-lo, já que a polícia não atentou para os procedimentos técnicos aplicáveis.

Em outras palavras, não é a simples violação de alguma regra protocolar que fundamenta a declaração de inadmissibilidade das provas neste caso, mas sim a constatação de que *a acusação e a polícia não tiveram nenhum cuidado com a documentação de seus atos no tratamento da prova*, nem apresentaram nenhuma outra prova que garantisse a integridade do corpo de delito submetido à perícia. Nesse cenário, a quebra da cadeia de custódia, com gravíssimo prejuízo à confiabilidade da prova manuseada sem o menor profissionalismo pela polícia, parece-me evidente.

*V - Dispositivo*

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao agravo regimental, para *prover também parcialmente* o recurso ordinário em *habeas corpus* e declarar inadmissíveis as provas obtidas a partir dos aparelhos apreendidos na casa de R L S M, bem como todas as provas delas derivadas.

Caberá ao juízo de primeira instância desentranhar dos autos as provas inadmissíveis e avaliar se (e quais) outras delas decorrem, para que sejam também desentranhadas.

É o voto.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS N.  
174.110-SP (2022/0380079-5)**

---

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik

Agravante: Rodrigo Vieira de Medeiros

Advogado: João Carlos Campanini - SP258168

Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

---

**EMENTA**

Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Fraude processual imputada a Cabo da Polícia Militar no exercício da função.

Crime militar. Art. 9º, II, alínea “c” Código Penal Militar – CPM. Pedido de reconhecimento de competência da Justiça Comum. Alegada conexão com delito de homicídio. Incidência do art. 79, inciso I, do Código de Processo Penal – CPP e do art. 102, alínea “a” do Código de Processo Penal Militar – CPPM. Súmula n. 90 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Mera reprodução de argumentos já deduzidos. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

1. Agravo regimental interposto em face de decisão monocrática que negou provimento ao recurso em *habeas corpus* pelo qual a defesa objetivava o reconhecimento da incompetência da Justiça Militar Estadual para processar e julgar delito de fraude processual imputado ao paciente. Esclarece-se que a defesa alegou que o delito de fraude processual era conexo ao delito de homicídio imputado ao ora agravante, razão pela qual pleiteou a imediata remessa dos autos à Vara do Júri, contudo não logrou êxito.

2. No caso em análise, é incontroverso que o recorrente teria praticado o delito de fraude processual no exercício da função de Cabo da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Nesse contexto, está configurada a prática, em tese, de crime militar – conforme art. 9º, II, alínea “c” do CPM – e, conseqüentemente, a competência da Justiça Castrense.

3. Registre-se que, tanto o crime de homicídio praticado por militar contra civil quanto o crime militar, possuem a competência regrada pelo art. 125, § 4º, da Constituição Federal – CF, razão pela qual não há qualquer incongruência na cisão do feito para julgamento dos referidos delitos por Juízos diversos, ainda que configurada a conexão.

4. “Nos termos do art. 102, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar, e do art. 79, inciso I, do Codex Processual Criminal, não há que se falar em unidade de julgamento de crime comum e militar, mesmo presente a conexão probatória. Precedentes da Terceira Seção do STJ: CC 139.862/MT, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 2/3/2016; CC 124.133/BA, Rel. Ministro **Marco Aurélio Bellizze**, DJe 17/04/2013; CC 100.628/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, Terceira Seção, DJe 03/08/2009”. Precedente: CC n. 164.480/DF, de minha relatoria, Terceira Seção, DJe de 7/5/2019. Em outras palavras, “A conexão entre delitos não autoriza o julgamento conjunto de ambos os crimes por um

*mesmo Juízo, quando há concurso entre a jurisdição comum e a militar (art. 79, I, do Código de Processo Penal).” Precedente: AgRg no RHC n. 165.282/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 27/6/2022.*

5. Com efeito, a reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça culminou na edição da Súmula n. 90 segundo a qual “*competete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele*”.

6. Por derradeiro, frise-se que o presente agravo regimental apenas reproduz os argumentos já deduzidos, sem êxito, quando da interposição do recurso ordinário em *habeas corpus*, razão pela qual não existem argumentos suficientes para a reforma da decisão agravada.

7. Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus* ao qual se nega provimento.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 11/04/2023 a 17/04/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 17 de abril de 2023 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 19.4.2023

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de agravo regimental interposto em face de decisão desta relatoria que negou provimento ao recurso

ordinário em *habeas corpus* pelo qual a defesa objetivava o reconhecimento da incompetência da Justiça Militar Estadual para processar e julgar delito de fraude processual imputado ao paciente. Esclarece-se que a defesa alegou que o delito de fraude processual era conexo ao delito de homicídio imputado ao ora agravante, razão pela qual pleiteou a imediata remessa dos autos à Vara do Júri de Piedade/SP, contudo não logrou êxito.

No recurso ordinário a defesa alegou que a ampliação da competência da Justiça Castrense, ocorrida com o advento da Lei n. Lei 13.491/2017, não alcançou os crimes dolosos contra a vida de civis praticados por militares estaduais quando do exercício de suas funções, bem como os delitos conexos, os quais, no seu ponto de vista, deveriam ser julgados pelo Tribunal do Júri.

Asseverou que, embora a Súmula n. 90 do STJ e art. 79 do Código de Processo Penal – CPP, bem como o art. 102 do Código Processual Penal Militar – CPPM, excepcionem a regra da conexão entre jurisdição comum e militar, “*para além das regras processuais pátrias*” deve ser observada a “*segurança jurídica*”. Em outras palavras, a defesa afirmou no recurso ordinário que “*não há lógica jurídica permitir que a Justiça Militar julgue o crime de fraude processual conexo ao suposto homicídio*” (fl. 746), contudo a tese recursal não foi acolhida.

De início a decisão agravada consignou ser incontroverso que o paciente teria praticado o delito de fraude processual no exercício da função de Cabo da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Diante disso o *decisum agravado* considerou estar configurada a prática, em tese, de crime militar – conforme art. 9º, II, alínea “c” do CPM – e, conseqüentemente, a competência da Justiça Castrense.

Assim, sob o amparo de precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o *decisum agravado*, negou provimento ao recurso em *habeas corpus* ao fundamento de que, nos termos do art. 102, alínea ‘a’, do CPPM do art. 79, inciso I, do CPP, não há que se falar em unidade de julgamento de crime comum e militar, mesmo quando presente a conexão probatória.

Irresignada a defesa interpôs o agravo regimental ora em análise no qual repisa a tese defensiva no sentido de que “*o delito de fraude processual atenta contra a administração da justiça e, portanto, não pode ser classificado como crime militar*” (fl. 793). Sustenta, *mais uma vez*, que “*quando há processos conexos envolvendo a justiça comum e a militar, tem-se que estes devem ser separados tão somente quando não houver afronta ou perigo de afronta à segurança jurídica*”.

Nessa esteira aduz que, apesar da legalidade e vigência do art. 79, I, do CPP, “no caso sob análise a separação do processo e julgamento dos crimes de fraude processual e homicídio pode levar a um verdadeiro desastre jurídico e, por essa mesma razão, é que devem ambos os crimes serem analisados no âmbito da Justiça Comum” (fl. 795).

Assim requer que “o presente agravo seja posto em julgamento para que o órgão competente dê provimento ao Agravo Interno, reformando a r. decisão impugnada, com o conseqüente conhecimento e concessão da ordem de habeas corpus pugnada, para a mais efetiva justiça” (fl. 795).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): O agravo regimental não traz argumentos aptos a alterar a decisão impugnada, a qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Na espécie, o ora agravante interpôs recurso ordinário em face de acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo* no julgamento do HC n. 0900235-89.2022.9.26.0000 assim ementado:

*Habeas Corpus*. Policial Militar acusado do crime de fraude processual durante ocorrência de intervenção policial com resultado morte de civil. Recebimento da denúncia, pelo Juízo Militar, por incurso nas penas do art. 347, parágrafo único, do Código Penal comum. Em que pese a competência constitucional do Tribunal do Júri para o processamento e julgamento do homicídio doloso praticado por policial militar contra civil, permanece como Justiça Militar a competência para processar e julgar o crime de fraude processual (art. 347, parágrafo único, do CP, c. c. o art. 9º, II, “c”, do CPM. Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder. Ordem denegada. (fls. 713/714)

O núcleo da controvérsia consiste em definir o Juízo competente para julgar crimes militar conexo com crime doloso contra a vida supostamente praticado por militar contra civil.

Nos termos do art. 125, § 4º, da Constituição Federal, “*compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças*”.

No caso em análise, é incontroverso que o recorrente teria praticado o delito de fraude processual no exercício da função de Cabo da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Nesse contexto, está configurada a prática, em tese, de crime militar – conforme *art. 9º, II, alínea “c” do CPM* – e, conseqüentemente, a competência da Justiça Castrense.

Registre-se que tanto o crime de homicídio praticado por militar contra civil quanto o crime militar possuem a competência regradada pelo art. 125, § 4º, da Constituição Federal, razão pela qual não há qualquer incongruência na cisão do feito para julgamento dos referidos delitos por Juízos diversos, ainda que configurada a conexão.

Quanto ao ponto, o *Parquet* Federal alcançou idêntica conclusão como se extrai do trecho do parecer a seguir transcrito, o qual também se adota como razão de decidir:

Ora, uma vez reconhecida a natureza militar do referido delito, impõe-se, via de consequência, o reconhecimento da competência da Justiça Militar para julgar a ação penal relativa ao crime de fraude processual, sendo essa competência de natureza absoluta, haja vista que definida na própria Constituição Federal. E se assim é, considerando que a competência do Tribunal do Júri *in casu* (homicídio praticado por militar contra civil) também possui sede constitucional, sendo absoluta, é inviável o julgamento conjunto desses processos, seja pela Justiça Comum, perante o Tribunal do Júri, seja pela Justiça Militar.

Como se isso não bastasse, o nosso ordenamento jurídico, notadamente os artigos 79 do Código de Processo Penal e 102, “a” do Código de Processo Penal Militar, vedam expressamente a junção dos processos nos casos de concurso entre a jurisdição comum, dentro da qual encontra-se inserida a competência do Tribunal do Júri, e a Justiça Militar. Nesse sentido, confira-se abaixo o teor dos aludidos dispositivos legais:

“Art. 79. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, **salvo**:

I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar;”

Art. 102. A conexão e a continência determinarão a unidade do processo, **salvo**:

*Casos especiais*

a) no concurso entre a jurisdição militar e a comum; (fls. 770/771)

Com efeito, nos termos do art. 102, alínea ‘a’, do CPPM e do art. 79, inciso I, do CPP, não há que se falar em unidade de julgamento de crime comum e militar, mesmo quando presente a conexão probatória. Nesse sentido:

Conflito negativo de competência. Furto de Roçadeira Garthen Lateral (cortador de grama) dentro de residência de soldado localizada em área militar. Bem de propriedade militar. Concomitância de furto de objetos pertencentes ao soldado. Impossibilidade de unidade de processos. Incidência do art. 79, inciso I, do Código de Processo Penal - CPP e do art. 102, alínea "a" do Código de Processo Penal Militar - CPPM. Competência da Justiça Castrense para apuração do furto de bem pertencente à Aeronáutica.

1. Colhe-se dos autos que foram furtados dentro da residência de um soldado, situada em área militar - Estação Autônoma de Controle do Espaço Aéreo de Taguatinga EACEA (TGT) - os seguintes bens: 1 bicicleta, 1 Martetele Rompedor Makita, 1 Roçadeira Garthen Lateral, 1 máquina transformadora de solda e 1 furadeira parafusadeira, avaliados no total de R\$ 2.832,16 (dois mil oitocentos e trinta e dois reais e dezesseis centavos).

O núcleo da controvérsia cinge-se à definição de competência para apurar o furto da Roçadeira Garthen Lateral (cortador de grama), haja vista que o Juízo de Direito suscitante, reconheceu sua competência para julgar o furto dos demais bens subtraídos que pertenciam ao soldado.

2. Da leitura dos autos extrai-se que, a Roçadeira Garthen Lateral - com valor médio de R\$ 732,75 (setecentos e trinta e dois reais e setenta e cinco centavos) - pertencia à Aeronáutica. Conforme depoimento do soldado, a Roçadeira se encontrava na EACEA-TGT para serviços gerais de manutenção no referido local, havendo nos autos, inclusive, cópia da nota fiscal em nome de "Grupamento de Apoio do Distrito Federal". Desta forma, forçoso concluir que o delito em tese praticado causou dano ao patrimônio militar, razão pela qual a competência para processamento do feito é da Justiça Militar, nos termos do art. 9º, inciso III, "a", do Código Penal Militar - CPM. Precedentes.

3. Nos termos do art. 102, alínea "a", do Código de Processo Penal Militar, e do art. 79, inciso I, do Codex Processual Criminal, não há que se falar em unidade de julgamento de crime comum e militar, mesmo presente a conexão probatória. Precedentes da Terceira Seção do STJ: CC 139.862/MT, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, DJe 2/3/2016; CC 124.133/BA, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, DJe 17/04/2013; CC 100.628/SP, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, Terceira Seção, DJe 03/08/2009.

4. Conflito conhecido para declarar que compete ao Juízo Auditor da 1ª Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar, o suscitado, tão somente o julgamento do furto da Roçadeira Garthen Lateral, de propriedade da Força Aérea Brasileira.

(CC n. 164.480/DF, de minha relatoria, Terceira Seção, DJe de 7/5/2019).

Conflito negativo de competência. Greve dos Policiais Militares da Bahia. Caracterização de crimes de motim, revolta e conspiração. Competência da Justiça Militar. Possível ocorrência de delitos previstos na Lei de Segurança Nacional (Lei



n. 7.170/1983). Inquérito policial já instaurado. Competência da Justiça Federal (art. 109, inciso IV, da CF/88). Unidade dos processos. Impossibilidade. Art. 79, I, do CPP e art. 102, *a*, do CPPM.

1. Constatada a prática, em tese, de crimes de motim, revolta e conspiração, previstos no art. 149, *caput* e parágrafo único, e art. 152, ambos do CPM, capitulados na denúncia oferecida contra 84 policiais militares que participaram da greve ocorrida na Bahia, nos meses de janeiro e fevereiro de 2012, a competência para processar e julgar tais delitos é da Justiça Militar.

2. Na eventualidade de se comprovar a ocorrência de crimes previstos na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/1983) - valendo ressaltar que já existe inquérito policial instaurado para esse fim -, nos termos do que dispõe o art. 109, inciso IV, da CF/88, a competência será da Justiça Federal. Precedentes do STJ e do STF.

3. Não se mostra possível o julgamento de todas as condutas delitivas no Juízo Federal, em razão do que dispõem os arts. 79, I, do CPP, e 102, alínea *a*, do CPPM. A conexão e a continência importam na unidade de processo e julgamento, salvo no concurso entre a jurisdição comum e a militar.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Auditor da Auditoria Militar da Bahia, o suscitado, para processar e julgar os crimes militares capitulados na denúncia, consistentes em motim, revolta e conspiração, reservando-se a competência da Justiça Federal para o processamento de possíveis crimes tipificados na Lei de Segurança Nacional, eventualmente praticados pelos denunciados ou por terceiros.

(CC n. 124.133/BA, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, DJe de 17/4/2013).

Conflito negativo de competência. Processo Penal. Crime militar, em tese, conexo a crime comum. Impossibilidade de reunião dos feitos para julgamento conjunto perante a Justiça Castrense.

1. Nos termos do art. 102, alínea *a*, do Código de Processo Penal Militar, e do art. 79, inciso I, do Codex Processual Criminal, não há que se falar em unidade de julgamento de crime comum e militar, mesmo presente a conexão probatória.

2. *In casu*, os acusados foram presos em flagrante pelo delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 do Estatuto do Desarmamento, cuja competência é da Justiça Comum.

3. A possível existência de conexão de aludido delito com crime anterior militar de desvio de munição pertencente ao Exército não tem o condão de estabelecer a unidade de processo e julgamento.

4. Conflito conhecido para declarar-se competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Jundiaí-SP, o suscitado.

(CC n. 100.628/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe de 3/8/2009).

Ademais, consigno que, em situação análoga ao caso concreto, a Quinta Turma do STJ se pronunciou, recentemente, pelo desmembramento obrigatório do feito a despeito da conexão, em julgamento que restou assim ementado:

Agravo regimental em recurso ordinário em *habeas corpus*. Competência Justiça Militar x Justiça Comum. Fraude processual (art. 347, CP) conexa a homicídio de civil. Delitos praticados por policiais militares da ativa em serviço. Desmembramento do feito obrigatório a despeito da conexão: art. 79, I, CPP e Súmula 90/STJ. Sujeitos passivos da fraude processual: Estado e pessoa prejudicada pela inovação artificiosa. Delito que se enquadra no conceito de crime militar previsto no art. 9º, II, “c”, do Código Penal Militar (na redação da Lei 13.491/2017). Competência da Justiça Militar. Agravo regimental desprovido.

1. Situação em que policiais militares da ativa, no exercício de sua função, foram acusados do homicídio de civil no curso de perseguição a veículo ocupado por 5 civis suspeitos de atuação em roubos.

O recorrente é acusado, ainda, do suposto cometimento do delito previsto no artigo 347, parágrafo único, do Código Penal, pois teria concorrido para que outro policial inovasse artificiosamente o estado de coisa, com o fim de induzir a erro o juiz, ao colocar sobre o cadáver arma que estaria na posse de outro dos civis perseguidos, no momento da abordagem.

Não se questiona a competência para o julgamento do homicídio, mas apenas para o julgamento da fraude processual.

2. A conexão entre delitos não autoriza o julgamento conjunto de ambos os crimes por um mesmo Juízo, quando há concurso entre a jurisdição comum e a militar (art. 79, I, do Código de Processo Penal).

Ainda que não trate especificamente de “conexão” ou “continência”, o enunciado n. 90 da Súmula desta Corte reflete, também, a legislação que prevê o desmembramento do feito em que coexistem delitos de competência militar e da Justiça comum, quando dispõe que “Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele”.

3. A Lei 13.491/2017 (em vigor a partir de 16/10/2017) ampliou a competência da Justiça Militar, na medida em que doravante não são apenas os crimes que sejam concomitantemente previstos no Código Penal Militar e na legislação penal comum que, em virtude do princípio da prevalência da lei especial sobre a lei geral, atrairão a competência da Justiça Militar. Passa a deslocar-se para a Justiça castrense também qualquer crime contra civil previsto na Legislação Penal Comum (Código Penal e Leis Esparsas), desde que praticado por militar em serviço ou no exercício da função. Inteligência da alínea “c” do inciso II do art. 9º do CPM.

4. Muito embora o tipo do art. 347 do Código Penal proteja precipuamente o bem jurídico da administração da Justiça, tendo, por consequência, como sujeito passivo principal o Estado, a doutrina reconhece que o delito também tem

como vítima, ainda que em segundo plano, a pessoa prejudicada pela inovação artificial, tanto mais em contexto no qual o prejuízo para a vítima é evidente na medida em que a fraude processual lhe imputaria o cometimento de crime (efetuar disparos de arma de fogo contra policiais militares) que jamais existiu.

5. Reconhecido que o crime descrito no art. 357 do CP tem como sujeito passivo secundário a pessoa física vítima da inovação artificial, não há como se negar que o delito em questão se amolda à descrição de crime militar prevista no art. 9º, II, “c”, do Código Penal Militar (na redação da Lei 13.491/2017).

Precedentes: CC n. 167.537/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe de 4/12/2019; HC n. 520.063/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 10/10/2019; RHC n. 116.585/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 25/10/2019.

6. Não há risco de prolação de decisões conflitantes entre a Justiça castrense e a Justiça comum, na medida em que o resultado do feito em que se debate a conduta de fraude processual, por si só, não tem o condão de vincular o júri ou mesmo de influenciar na demonstração da materialidade e autoria do delito de homicídio doloso em trâmite na Justiça comum.

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC n. 165.282/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 27/6/2022).

Com efeito, a reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça culminou na edição da Súmula n. 90 segundo a qual “*compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele*”.

Por derradeiro, frise-se que o presente agravo regimental apenas reproduz os argumentos já deduzidos, sem êxito, quando da interposição do recurso ordinário em *habeas corpus*, razão pela qual não existem argumentos suficientes para a reforma da decisão agravada.

Destarte, considerando a firme jurisprudência acerca do tema, evidenciada pela Súmula n. 90/STJ, *nego provimento ao agravo regimental*.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 2.016.905-SP  
(2022/0236066-5)**

---

Relator: Ministro Messod Azulay Neto  
Agravante: Carisa Regina Campos de Souza

Advogados: Alberto Zacharias Toron - SP065371  
Michel Kusminsky Herscu - SP332696  
Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

---

### EMENTA

Processo Penal. Agravo regimental no recurso especial. Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Art. 28-A do CPP. Procedência parcial da pretensão punitiva. Alteração do quadro fático jurídico. Novo patamar de apenamento. Cabimento do ANPP. Reconsideração da decisão agravada. Agravo regimental provido.

I - É cabível o acordo de não persecução penal na procedência parcial da pretensão punitiva.

II - No caso em tela, o e. Tribunal *a quo*, ao julgar o recurso de apelação interposto pela Defesa, deu-lhe parcial provimento, a fim de reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de falsidade ideológica (CP, art. 299), tornando, assim, objetivamente viável a realização do acordo de não persecução penal, em razão do novo patamar de apenamento – pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos. Houve, portanto, uma relevante alteração do quadro fático jurídico, tornando-se potencialmente cabível o ANPP.

III - Assim, nos casos em que houver a modificação do quadro fático jurídico, como no caso em questão, e ainda em situações em que houver a desclassificação do delito - seja por *emendatio* ou *mutatio libelli* -, uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos para o ANPP, torna-se cabível o instituto negocial.

Agravo regimental *provido*.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de março de 2023 (data do julgamento).

Ministro Messod Azulay Neto, Relator

DJe 14.4.2023

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Messod Azulay Neto: Trata-se de agravo regimental no recurso especial interposto por *Carisa Regina Campos de Souza*, contra decisão monocrática (fls. 654-665), na qual foi negado provimento ao recurso especial.

Depreende-se dos autos que a agravante foi condenada como incurso nas sanções dos arts. 299, *parágrafo único*, c/c 327, § 1º, e 69, *por sete vezes, todos do CP, à pena de 9 (nove) anos, 6 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado*, e a 84 (oitenta e quatro) dias-multa.

A defesa interpôs *apelação*. O eg. Tribunal de origem, *por unanimidade, deu parcial provimento* ao recurso, para reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de falsidade ideológica, afastando-se o concurso material, *redimensionando a pena para 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, alterando-se o regime fechado para o aberto* para início de cumprimento da pena, com a substituição da pena corporal por prestação de serviços comunitários e prestação pecuniária de 1 (um) salário-mínimo (fls. 504-523). O v. acórdão restou assim ementado (fl. 506):

*Apelação criminal. Falsidade Ideológica praticada por agente no exercício de função pública. Artigo 299, "caput", parágrafo único, c.c. o artigo 327, § 1º, do Código Penal. Sentença condenatória. Absolvição por insuficiência probatória. Descabimento. Materialidade e autoria bem caracterizadas pelo robusto conjunto probatório. Condenação que se impõe. Dosimetria penal que merece reparos. Continuidade delitiva reconhecida entre os crimes, uma vez que preenchidos os requisitos do artigo 71 do Código Penal. Afastado o concurso material. Fixado o regime aberto para início de cumprimento de pena. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Cabimento, haja vista que se encontram preenchidos os requisitos do artigo 44, do Código Penal. Prequestionamento implícito. Recurso parcialmente provido.*

A defesa opôs *embargos de declaração*. O eg. Tribunal de origem, *por unanimidade, rejeitou* o recurso (fls. 598-603).

A defesa interpôs *recurso especial*, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição da República, alegando:

i) *contrariedade ao art. 2º, parágrafo único, do CP, “ao deixarem de aplicar aos fatos uma lei posterior – o art. 28-A do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19 – que favorece a Recorrente, a fim de viabilizar o oferecimento de ANPP”* (fl. 533);

ii) *negativa de vigência ao art. 28-A, caput e § 14, do CPP, “ao impedirem que o MP sequer analisasse a possibilidade de ofertar o ANPP, conforme determina o dispositivo”* (fl. 533).

Pleiteou pelo provimento do recurso especial, *“a fim de debelar a contrariedade ao art. 2º, parágrafo único, do CP e a negativa de vigência ao art. 28-A, caput, e § 14, do CPP, decorrentes da negativa de remessa do feito ao MP, para avaliar a possibilidade de celebração de ANPP, visto que flagrantemente insustentável o argumento de que não se pode discutir a composição após a condenação”* (fl. 543).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 612-620), o recurso foi admitido na origem (fl. 630) e os autos ascenderam a esta Corte Superior.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo *desprovimento* do recurso especial (fls. 647-652).

O recurso especial foi desprovido, em decisão assim ementada (fl. 654):

*Penal. Processual Penal. Recurso especial. Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Art. 28-A do CPP. Impossibilidade. Recebimento da denúncia em momento anterior à vigência da Lei n. 13.964/2019. Súmula 568/STJ. Incidência. Recurso especial desprovido.*

Nas razões deste regimental (fls. 671-684), a defesa pontua que: *“1. Acordo de não persecução penal que somente se tornou viável, pela pena mínima, após o parcial provimento do recurso de apelação que reconheceu a continuidade delitiva entre os supostos crimes; 2. Requerimento de remessa dos autos ao MP para oferecimento do ANPP na primeira oportunidade após o julgamento do recurso ordinário; 3. Particularidade que revela possibilidade de aplicação do instituto, independentemente de qualquer discussão a respeito da retroatividade da Lei n. 13.964/2019; Aplicação imediata no momento em que se tornou objetivamente possível pela pena mínima; 4. Retroatividade para casos não transitados em julgado reconhecida em diversos precedentes deste eg. STJ e do col. STF; 5. Natureza mista da norma que tem efeitos penais e leva à extinção da punibilidade”* (fl. 672).

Aduz que *“em primeiro lugar, no caso específico, o ANPP tornou-se admissível somente após o julgamento da apelação pelo eg. TJSP”, que “somente nesse momento o caso passou a se enquadrar no critério objetivo –pena mínima menor que 4 (quatro) anos – previsto no art. 28-A do CPP para viabilizar o Acordo de Não Persecução*

*Penal. Até então, não era possível requerer o ANPP, pois os moldes em que definida a imputação jurídico-penal pelo Parquet (preceito incriminador capitulado em concurso material) inviabilizavam a propositura do acordo” (fl. 674), salientado “que, antes do julgamento da apelação, o caso não se enquadrava nos requisitos objetivos do art. 28-A do CPP” (fl. 675).*

*Assevera que “no que atina com a retroatividade da norma, a justificativa utilizada para negar provimento monocraticamente ao recurso pela suposta não retroatividade – qual seja, a incidência da Súmula n. 568 do STJ e do art. 255, § 4º, inciso II do RISTJ – não é aplicável ao caso em apreço. Isso porque, data venia, o entendimento deste eg. STJ quanto à retroatividade ou não do ANPP para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 13.964/2019 está longe de ser pacificado. Justamente por isso a questão foi afetada ao regime dos recursos repetitivos por meio do REsp n. 1.890.344, o qual ainda não foi julgado” (fls. 674-675), ressaltando ainda que “no eg. STF, a situação é a mesma: não há entendimento fixo a respeito do ponto” (fl. 676).*

*Afirma “que a compreensão da r. decisão agravada quanto a natureza do instituto e sua aplicabilidade, com todo o respeito, não procede”, que, “em primeiro lugar, a r. decisão equivocadamente desconsidera a natureza mista do art. 28-A do CPP”, que “a lei em comento possui implicações de direito material, uma vez que o cumprimento do acordo de não-persecução penal gera a extinção da punibilidade do agente (art. 28-A, § 13º, do CPP) e, portanto, possui natureza mista” (fl. 677).*

*Salienta que é equivocado “limitar a retroatividade dos efeitos materiais da lei por causa da disposição processual tempus regit actum. Isso pela seguinte razão: a retroatividade benéfica material, além de regida pelo art. 2º, parágrafo único, do CP, é imposta por comando constitucional (art. 5º, inc. XL, CF/88), enquanto o tempus regit actum processual é previsto somente em norma hierarquicamente inferior, o art. 2º do CPP. Dessa forma, a Lei n. 13.964/19 deve retroagir naquilo que tiver efeitos materiais benéficos ao réu, como é o caso do ANPP” (fl. 678).*

*Afirma, ainda, que “a doutrina abalizada e a jurisprudência recente do eg. STF vêm entendendo que por ser lei de caráter misto (penal e processual), o novo art. 28-A do CPP deve retroagir a casos existentes antes da vigência da lei, mesmo que já oferecida a denúncia” (fls. 682-683).*

*Ao final, pugna pela reconsideração da decisão agravada, postulando “que seja provido o Recurso Especial, em razão da contrariedade ao art. 2º, parágrafo único, do CP e da negativa de vigência ao art. 28-A, caput, e § 14, do CPP, remetendo-se o feito ao MP para que se avalie a possibilidade de celebração de ANPP” (fl. 683), e, subsidiariamente, pela apresentação do recurso ao Colegiado.*



Iniciado o julgamento em 28/02/2023, após sustentação oral, houve pedido de minha relatoria de vista regimental (fl. 689).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Messod Azulay Neto (Relator): Diante dos argumentos apresentados pela defesa e melhor analisando a matéria, tenho que o presente recurso deve ser provido.

No caso em tela, houve uma relevante alteração do quadro fático jurídico, tornando-se potencialmente cabível o instituto negocial do ANPP. Afinal, o e. Tribunal *a quo*, ao julgar o recurso de apelação interposto pela Defesa, deu-lhe parcial provimento, a fim de reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de falsidade ideológica (CP, art. 299), tornando, assim, objetivamente viável a realização do referido acordo, em razão do novo patamar de apenamento – pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos.

Trata-se, *mutatis mutandis*, de raciocínio similar àquele constante da Súmula n. 337 desta Corte Superior, a saber: “*É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva*”.

De fato, ao longo da ação penal até a prolação da sentença condenatória, o ANPP não era cabível, seja porque a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) entrou em vigor em 23/1/2020, ou seja, após o oferecimento da denúncia (26/4/2019), seja porque o crime imputado – falsidade ideológica, por sete vezes, em concurso material – não tornava viável o referido acordo, tendo em vista que a pena mínima cominada era superior a 4 (quatro) anos, em razão do concurso material de crimes.

Ocorre que o e. Tribunal de origem, em 17/1/2021, *i.e.*, já na vigência da Lei n. 13.964/2019, deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela Defesa para reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de falsidade ideológica, afastando, assim, o concurso material.

Essa *modificação do quadro fático jurídico* não somente resultou numa considerável redução da pena (de 9 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão para 1 ano, 9 meses e 25 dias de reclusão), mas também *tornou objetivamente cabível a formulação de acordo de não persecução penal*, ao menos sob o aspecto referente ao requisito da pena mínima cominada ser inferior a 4 (quatro) anos, conforme previsto no art. 28-A do CPP.



Sobre o tema, o seguinte precedente do c. STF:

*Habeas corpus.*

(...)

4. No caso concreto, em alegações finais, o MP posicionou-se favoravelmente à aplicação do redutor de tráfico privilegiado. Assim, *alterou-se o quadro fático, tornando-se potencialmente cabível o instituto negocial.*

5. Ordem parcialmente concedida para determinar sejam os autos remetidos à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal, a fim de que aprecie o ato do procurador da República que negou à paciente a oferta de acordo de não persecução penal (HC n. 194.677, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 13/08/2021, grifei).

Assim, nos casos em que houver a modificação do quadro fático jurídico, como no caso em questão, e ainda em situações em que houver a desclassificação do delito - seja por *emendatio* ou *mutatio libelli* -, uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos para o ANPP, torna-se cabível o instituto negocial.

Cabe salientar, ainda, que no caso dos autos não se faz necessária a discussão acerca da questão da retroatividade do ANPP, mas sim unicamente a circunstância de que a alteração do quadro fático jurídico tornou potencialmente cabível o instituto negocial, de maneira que o entendimento externado na presente decisão não entra em confronto com a jurisprudência desta Corte Superior.

Ante o exposto, reconsidero a decisão agravada, e *dou provimento* ao agravo regimental no recurso especial, para *reconhecer a aplicação retroativa do art. 28-A do CPP, e determino a conversão da ação penal em diligência, a fim de oportunizar ao Ministério Público a propositura de eventual Acordo de Não Persecução Penal.*

É o voto.

---

**RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 173.448-DF (2022/0360731-1)**

---

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Recorrente: Maria Cristina Boner Léo

Advogado: Frederico Henrique de Oliveira Lima Junior - DF047851

Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

**EMENTA**

Penal e Processo Penal. Recurso em *habeas corpus*. 1. Operação Caixa de Pandora. Absolvição na ação de improbidade administrativa. Repercussão sobre a ação penal. Independência das esferas. 2. Particularidades do caso concreto. Ausência do elemento subjetivo dos particulares. 3. Consequências jurídicas que recaem sobre o mesmo fato. Ausência de dolo. Fato típico não configurado. 4. Crime contra a administração pública. Especificidades examinadas pela esfera cível. Particularidades do caso concreto. Exceção à independência das esferas. 5. Dolo de atentar contra princípios da Administração não configurado. Conduta que não pode revelar dolo de violar bem jurídico tutelado pelo direito penal. Justa causa esvaziada. 6. Recurso em *habeas corpus* a que se dá provimento.

1. “A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça cristalizou-se no sentido de que as esferas civil, penal e administrativa são independentes e autônomas entre si, de tal sorte que as decisões tomadas nos âmbitos administrativo ou cível não vinculam a seara criminal”. (EDcl no AgRg no REsp n. 1.831.965/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/12/2020, DJe de 18/12/2020.). É pertinente, todavia, na esfera penal, considerar os argumentos contidos na decisão absolutória na via da improbidade administrativa *como elementos de persuasão* (REsp n. 1.847.488/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 26/4/2021).

2. A hipótese dos autos apresenta particularidades, as quais já foram, inclusive, delineadas no julgamento do *Habeas Corpus* n. 716.033/DF e que, de fato, demandam uma maior atenção do julgador, uma vez que a paciente foi absolvida em virtude da *ausência do elemento subjetivo dos particulares*.

- Ficou consignado pela instância cível que a prova da apuração judicial demonstra apenas o dolo do gestor público, não justificando a condenação dos particulares. Destacou-se, ademais, que a pessoa jurídica nem ao menos logrou êxito em ser a primeira colocada entre os concorrentes na dispensa de licitação, precisando baixar seu preço para ser escolhida, diante do descredenciamento da primeira colocada. Por fim, registrou-se que não se auferiu benefício, uma vez que o contrato foi anulado pela Corte de Contas.

3. Como é de conhecimento, a independência das esferas tem por objetivo o exame particularizado do fato narrado, com base em cada ramo do direito, devendo as consequências cíveis e administrativas ser aferidas pelo juízo cível e as repercussões penais pelo Juízo criminal, dada a especialização de cada esfera. No entanto, as consequências jurídicas recaem sobre o *mesmo fato*.

- *Nessa linha de inteligência, não é possível que o dolo da conduta em si não esteja demonstrado no juízo cível e se revele no juízo penal, porquanto se trata do mesmo fato, na medida em que a ausência do requisito subjetivo provado interfere na caracterização da própria tipicidade do delito, mormente se se considera a doutrina finalista (que insere o elemento subjetivo no tipo), bem como que os fatos aduzidos na denúncia não admitem uma figura culposa, culminando-se, dessa forma em atipicidade, ensejadora do trancamento ora visado.*

4. Trata-se de crime contra a Administração Pública, cuja especificidade recomenda atentar para o que decidido, *sobre os fatos*, na esfera cível. Ademais, deve se levar em consideração que o art. 21, § 4º, da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei n. 14.230/2021, disciplina que “a absolvição criminal em ação que discuta *os mesmos fatos*, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com *todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)*”.

- Embora referido dispositivo esteja com a eficácia suspensa por liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 27/12/2022, na ADI 7.236/DF, tem-se que o legislador pretendeu definir ampla exceção legal à independência das esferas que, embora não autorize o encerramento da ação penal em virtude da absolvição na ação de improbidade administrativa por qualquer fundamento, revela que *existem fundamentos tão relevantes que não podem ser ignorados pelas demais esferas*.

- A suspensão do art. 21, § 4º, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021 (ADI 7.236/DF) *não atinge a vedação constitucional do ne bis in idem* (Rcl n. 57.215/DF MC, Rel.: Min. Gilmar Mendes, j. 06 jan. 2023, p. 09 jan. 2023) e sem justa causa não há persecução penal.

- Apesar de, pela letra da lei, o contrário não justificar o encerramento da ação penal, inevitável concluir que a absolvição na ação de improbidade administrativa, na hipótese dos autos, em virtude da *ausência de dolo e da ausência de obtenção de vantagem indevida*, esvazia a *justa causa* para manutenção da ação penal. De fato, não se verifica mais a plausibilidade do direito de punir, uma vez que a conduta típica, primeiro elemento do conceito analítico de crime, depende do dolo para se configurar, e este foi categoricamente afastado pela instância cível.

- A propósito: REsp n. 1.689.173/SC, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe de 26/3/2018); AgRg no HC n. 367.173/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/3/2017, DJe de 27/3/2017 e RHC n. 22.914/BA, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4/11/2008, DJe de 24/11/2008.

5. Tendo a instância cível afirmado que não ficou demonstrado que os particulares induziram ou concorreram dolosamente para a prática de ato que atente contra os *princípios da administração*, registrando que “a amplitude da previsão legislativa não pode induzir o intérprete a acolher ilações do autor da ação civil pública, pois ausente a subsunção dos fatos à norma que prevê a responsabilização dos particulares na Lei n. 8.429/92 (art. 3º)”, *não pode a mesma conduta ser violadora de bem jurídico tutelado pelo direito penal*. Constata-se, assim, de forma excepcional, a efetiva repercussão da decisão de improbidade *sobre a justa causa da ação penal em trâmite*, motivo pelo qual não se justifica a manutenção desta última. Nas palavras do Ministro Humberto Martins, então Presidente da Corte: “a unidade do Direito” deve se pautar pela coerência.

- Confirmam-se: AgRg nos EDcl no HC n. 601.533/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 1/10/2021 e Rcl 41.557, relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, DJe-045 divulg 09-03-2021 public 10-03-2021 e HC 158.319, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 26/06/2018, DJe-219 divulg 11-10-2018 public 15-10-2018.

6. Recurso em *habeas corpus* a que se dá provimento.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de março de 2023 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

---

DJe 13.3.2023

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de recurso em *habeas corpus* interposto por *Maria Cristina Boner Leo* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Consta dos autos que a recorrente foi denunciada, em concurso com outros corréus, como incurso no art. 333 do Código Penal, por 168 vezes, e no art. 1º, incisos V e VII, da Lei n. 9.613/1998, por 21 vezes, no contexto da denominada “Operação Caixa de Pandora”.

O Juízo da 7ª Vara Criminal de Brasília/DF, no entanto, rejeitou a denúncia quanto ao crime de lavagem de capitais com relação à paciente, haja vista o julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n. 57.703/DF, no qual se registrou permanecerem válidas as ponderações que prevaleceram no âmbito da Corte Especial, por ocasião da análise da inicial acusatória na Ação Penal n. 707/DF.

Dessa forma, a ação penal prosseguiu apenas com relação ao crime de corrupção ativa. Contudo, em razão da superveniência de decisão absolutória na ação de improbidade administrativa, ajuizada com fundamento nos mesmos fatos, a defesa impetrou prévio *mandamus* perante o Tribunal de origem.

Contra o indeferimento da liminar, foi impetrado o *Habeas Corpus* n. 716.033/DF, cuja liminar foi deferida pelo Ministro Humberto Martins, Presidente à época desta Corte Superior. Em 1º/8/2022, analisei o mérito da impetração para não conhecer do *mandamus*, concedendo, porém, a ordem de ofício, para confirmar a liminar e manter o sobrestamento da Ação Penal n.

0012400-86.2014.8.07.0001, com relação à paciente, até que o Tribunal de origem analisasse, em definitivo, o mérito do *writ* lá manejado.

O mérito do *habeas corpus* originário foi então apreciado, sendo a ordem denegada, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 8.305):

Direito Processual Penal. *Habeas corpus*. Operação Caixa de Pandora. Crimes de corrupção ativa e de lavagem de dinheiro. Trancamento da ação penal. Medida excepcional. Não cabimento de revolvimento exaustivo de matéria fática em sede de *habeas corpus*. Ordem denegada.

1. O trancamento da ação penal pela via estreita do *habeas corpus* somente é possível quando for verificada, à primeira vista, a ausência de justa causa, seja por atipicidade do fato narrado na denúncia, seja porque a peça acusatória desborde de seus elementos informativos ou esteja permeada por manifesta inviabilidade ou, ainda, porque presentes quaisquer das hipóteses de excludente de ilicitude. Precedentes.

2. O *habeas corpus* não se presta ao revolvimento exaustivo de matéria fática, sob pena de maltrato aos princípios do juiz natural e do duplo grau de jurisdição.

3. É pacífico o entendimento jurisprudencial acerca da independência entre as instâncias civil, penal e administrativa, não tendo caráter vinculante no âmbito penal a absolvição da paciente nos autos de ação civil de improbidade administrativa.

4. Impetração admitida; ordem denegada.

No recurso em *habeas corpus*, a defesa aduz, em síntese, que, diante da absolvição da paciente no âmbito da ação de improbidade ajuizada pelos mesmos fatos, revela-se imperativo o trancamento da ação penal. Assevera, outrossim, que “está evidenciado com uma clareza solar a sua inocência e as mentiras perpetradas pelo então Delator Durval Barbosa que, frise-se, é o único elemento de ‘prova’ que tem sustentado referida ação penal”. Conclui, assim, que não há justa causa para a persecução penal.

Pugna, dessa forma, pelo trancamento da ação penal.

O Ministério Público Federal se manifestou, às e-STJ fls. 8.451/8.454, pelo desprovimento do recurso, nos seguintes termos:

*Habeas corpus*. Direito Penal. Direito Processual Penal. Corrupção ativa. Lavagem de dinheiro. Ação de improbidade julgada improcedente. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Independência das esferas. Desprovimento. 1. O trancamento de ação penal pela via do *habeas corpus* é medida excepcional, exigindo-se inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não se constata na hipótese dos autos.

Precedentes do STJ. 2. “Com efeito, há independência das instâncias, não cabendo a alegação da defesa de que a absolvição do réu na esfera cível deve ser estendida à ação criminal. Isso porque, no Processo Penal vigora o princípio da verdade real e do livre convencimento motivado do juiz, de modo que é perfeitamente possível que o juízo criminal, analisando os elementos colhidos no decorrer da instrução probatória, de cognição mais ampla e exauriente, conclua pela autoria e materialidade do delito” (AgRg no AREsp n. 1.516.441/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 15/10/2019). 3. Parecer pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): Conforme relatado, a defesa da recorrente já havia impetrado perante esta Corte Superior o *Habeas Corpus* n. 716.033/DF, insurgindo-se contra o indeferimento da liminar na origem. No julgamento do referido *writ*, o Ministro Humberto Martins, então Presidente desta Corte Superior, deferiu a liminar para sobrestar o andamento da ação penal.

Ao examinar o mérito da impetração, ratifiquei a liminar deferida, mantendo o sobrestamento da Ação Penal n. 0012400-86.2014.8.07.0001, em curso na 7ª Vara Criminal de Brasília, com relação à paciente, até que o Tribunal de origem analisasse o mérito do *writ* lá manejado.

Considerarei que, não obstante a plausibilidade jurídica da alegação defensiva, era necessário aguardar a manifestação das instâncias ordinárias a respeito da extensão da repercussão das conclusões da ação de improbidade - que concluiu pela *ausência de dolo e de obtenção de vantagem* - sobre a ação penal.

Na presente oportunidade, a defesa reitera sua irrisignação, insurgindo-se agora contra o mérito do *writ* impetrado na origem, uma vez que a Corte local considerou que “a absolvição da paciente em acusação de improbidade administrativa, ainda que haja correlação entre os fatos, não é empecilho para a *persecutio criminis*, se presente, como na hipótese, justa causa para tanto” (e-STJ fl. 8.317).

De início, destaco que “a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça cristalizou-se no sentido de que as esferas civil, penal e administrativa são independentes e autônomas entre si, de tal sorte que as decisões tomadas nos âmbitos administrativo ou cível não vinculam a seara criminal”. (EDcl no AgRg no REsp n. 1.831.965/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/12/2020, DJe de 18/12/2020.)



No entanto, a hipótese dos autos apresenta particularidades, as quais já foram, inclusive, delineadas no julgamento do *Habeas Corpus* n. 716.033/DF, quer na decisão liminar quer na decisão de mérito, e que, de fato, demandam uma maior atenção do julgador.

Nessa linha de raciocínio, vale a pena recordar que *a sentença absolutória por ato de improbidade não vincula o resultado da ação penal, porquanto proferida na esfera do direito administrativo sancionador, que é independente da instância penal, embora seja possível, em tese, considerar como elementos de persuasão os argumentos nela lançados* (REsp n. 1.847.488/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 26/4/2021).

Com efeito, conforme destacado na mencionada impetração, pela leitura da ementa da apelação cível interposta na ação de improbidade administrativa, verifica-se que a paciente foi absolvida em virtude da *ausência de comprovação do elemento subjetivo dos particulares*.

A propósito, confira-se o seguinte trecho da ementa:

(...).

6. Entretanto, verifica-se que o parquet não se desincumbiu do ônus de comprovar que a sociedade empresária e sua representante induziram ou concorreram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiaram sob qualquer forma direta ou indireta, não se podendo enquadrá-las no art. 3º da Lei n. 8.429/92 para lhes imputar responsabilização.

7. A gravação realizada pelo Secretário de Assuntos Sindicais referente à reunião realizada com a representante da pessoa jurídica, prova principal que lastreou a condenação das particulares na r. sentença, possui o condão de demonstrar apenas e especificamente a intenção dolosa do gestor público de direcionar a contratação à sociedade empresária.

8. Além disso, a pessoa jurídica sequer logrou êxito em ser a primeira colocada dentre as concorrentes na dispensa de licitação e aceitou diminuir o valor de sua oferta para cobrir a proposta apresentada por aquela que foi descredenciada pela Microsoft no transcurso do procedimento. Ora, se estivesse plenamente convicta de sua contratação e dolosamente pretendesse concretizá-la, revela-se crível que apresentaria oferta que lhe sagra-se, de plano, vencedora, máxime porque sabia que a outra participante tinha indicado preços menores que os seus no pregão anteriormente instaurado.

9. Frise-se que não se depreende dos autos que as particulares auferiram algum benefício com a contratação, pois não houve qualquer pagamento à sociedade empresária em razão da nulidade do contrato declarada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal e reconhecida pela empresa pública distrital.

10. Recursos conhecidos e providos.



Por relevante, transcrevo ainda os seguintes excertos do acórdão ora mencionado, de Relatoria da Desembargadora Sandra Reves, que foi acompanhada pelos Desembargadores Cesar Loyola e Sandoval Oliveira:

Atendo-se ao enquadramento do conjunto fático-probatório a ato de improbidade administrativa, *impende consignar que tal análise requer acuidade e cautela, porquanto seu reconhecimento insere-se na esfera do Direito Administrativo Sancionador e implica imposição de punições drásticas* que, a despeito de ostentarem caráter político-civil, *são materialmente idênticas às penas das infrações penais*, como a suspensão de direitos políticos (art. 5º, XLVI, “e”, da Constituição Federal).

Sobre o tema, o ilustre Ministro Teori Albino Zavascki, no bojo de Recurso Especial repetitivo, lecionou que a típica ação de improbidade administrativa, “disciplinada no artigo 17 da Lei 8.429/92, tem seu assento no art. 37, § 4º da Constituição, sendo manifesto seu caráter repressivo, já que se destina, precipuamente, a aplicar sanções de natureza pessoal, semelhantes às penais, aos responsáveis por atos de improbidade administrativa, conforme prevê o art. 12 da referida Lei” (REsp 1.163.643/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 24/03/2010, DJe 30/03/2010).

Do exame do contexto delineado nos autos, verifica-se que o direcionamento da contratação emergencial, sob a alegação inidônea de situação de urgência, praticado pelos réus Durval Barbosa e Vagner Gonçalves, representou ilegalidade qualificada por comportamento ardil rechaçado pelo ordenamento jurídico pátrio.

(...).

Entretanto, verifica-se que o parquet não se desincumbiu do ônus de comprovar que a sociedade empresária contratada e sua representante, ora apelantes, *induziram ou concorreram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiaram sob qualquer forma direta ou indireta*, não se podendo enquadrá-las no art. 3º da Lei n. 8.429/92[8] (file:///F:/APC%200004654-24.2011.8.07.0018%20-%20caixa%20de%20 pandora.docx#\_ftn8) para lhes imputar responsabilização.

Isso porque a gravação realizada por Durval Barbosa referente à reunião realizada com Maria Cristina, prova principal que lastreou a condenação das particulares na r. sentença, *possui o condão de demonstrar apenas e especificamente a intenção dolosa do gestor público de direcionar a contratação à sociedade empresária*, como assim procedeu, vulnerando os princípios basilares da isonomia, da legalidade e da moralidade.

(...).

Malgrado a ré Maria Cristina tenha expressado contentamento com a promessa de Durval Barbosa, confere-se que a sociedade empresária sequer logrou êxito em ser a primeira colocada dentre as concorrentes na dispensa de licitação, aceitando diminuir o valor de sua oferta para cobrir a proposta apresentada pela pessoa jurídica que foi descredenciada pela Microsoft.

Ora, se estivesse plenamente convicta de sua contratação e dolosamente pretendesse concretizá-la, revela-se crível que a sociedade empresária apresentaria oferta que lhe sagrasse, de plano, vencedora, máxime porque sabia que a licitante Hepta Tecnologia e Informática Ltda. tinha indicado preços menores que os seus no pregão que anteriormente participaram.

*No aspecto, registre-se que não se comprovou nos autos a efetiva ciência prévia dos envolvidos acerca do descredenciamento de Hepta Tecnologia e Informática Ltda., mormente tendo em vista que a reportada pessoa jurídica confirmou que possuía autorização válida ao participar do certame (ID 11451992, p. 17) e o seu representante à época, Roberto de Oliveira Villares, corroborou em depoimento que a renovação ocorreria em julho (mês no qual foi promovida a contratação direta), não se podendo concluir que houve a utilização de tal artifício para proceder a contratação de B2BR - Business to Business Informática do Brasil Ltda.*

*Logo, cotejando pormenorizadamente a conduta de cada réu, vê-se que o diálogo entre as partes não comprova, de forma incontroversa, que a pessoa jurídica e sua representante incutiram os agentes públicos ao estado psíquico de forjarem situação de emergência para promoverem o direcionamento da contratação emergencial, tampouco concorreram para a prática do ato, pois as particulares não tiveram controle sobre qualquer das fases do procedimento licitatório e a promessa indecorosa de favorecimento partiu do próprio gestor público.*

Do mesmo modo, não se consubstancia que as particulares auferiram algum benefício, haja vista que, repise-se, *não houve qualquer pagamento* à sociedade empresária em razão da nulidade do contrato declarada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal e reconhecida pela Codeplan. Anote-se, por oportuno, que a nulidade do pacto se respaldou substancialmente na dispensa indevida de licitação por ausência de situação emergencial.

Assim, especificamente quanto ao ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública, fundamento para condenação que constou da r. sentença, sabe-se que *a amplitude da previsão legislativa não pode induzir o intérprete a acolher ilações do autor da ação civil pública, pois ausente a subsunção dos fatos à norma que prevê a responsabilização dos particulares na Lei n. 8.429/92 (art. 3º).*

Por consectário, como no caso em comento *tal enquadramento não restou comprovado quanto à pessoa jurídica e sua representante, tampouco o imprescindível elemento subjetivo*, a reforma parcial da r. sentença, no ponto, é medida que se impõe.

Como visto, ficou consignado pela instância cível que a prova dos autos demonstra apenas o dolo do gestor público, não justificando a condenação dos particulares. Destacou-se, ademais, que a pessoa jurídica nem ao menos logrou êxito em ser a primeira colocada entre os concorrentes na dispensa de licitação, precisando baixar seu preço para ser escolhida. Por fim, registrou-se que não se auferiu benefício, uma vez que o contrato foi anulado pela Corte de Contas.

Como é de conhecimento, a independência das esferas tem por objetivo o exame particularizado do fato narrado, com base em cada ramo do direito, devendo as consequências cíveis e administrativas ser aferidas pelo juízo cível e as consequências penais pelo Juízo criminal, dada a especialização de cada esfera. No entanto, as consequências jurídicas recaem sobre o mesmo fato.

*Nessa linha de inteligência, não é possível que o dolo da conduta em si não esteja demonstrado no juízo cível e se revele no juízo penal, porquanto se trata do mesmo fato, na medida em que a ausência do requisito subjetivo provado interfere na caracterização da própria tipicidade do delito, mormente se se considera a doutrina finalista (que insere o elemento subjetivo no tipo), bem como que os fatos aduzidos na denúncia não admitem uma figura culposa, culminando-se, dessa forma em atipicidade, ensejadora do trancamento ora visado.*

Em suma, nosso Código Penal se filiou, de maneira geral, à teoria finalista da ação, na qual o dolo e a culpa traduzem o elemento subjetivo do tipo (REsp n. 1.689.173/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/11/2017, DJe de 26/3/2018). Na mesma trilha: AgRg no HC n. 367.173/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/3/2017, DJe de 27/3/2017 e RHC n. 22.914/BA, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4/11/2008, DJe de 24/11/2008.

Anote-se, por oportuno, que se trata de crime contra a Administração Pública, cuja especificidade recomenda atentar para o que decidido, *sobre os fatos*, na esfera cível. Ademais, deve se levar em consideração que o art. 21, § 4º, da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei n. 14.230/2021, disciplina que “a absolvição criminal em ação que discuta *os mesmos fatos*, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com *todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)*”.

Embora referido dispositivo esteja com a eficácia suspensa por liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 27/12/2022, na ADI 7.236/DF, tem-se que o legislador pretendeu definir ampla exceção legal à independência das esferas que, embora não autorize o encerramento da ação penal em virtude da absolvição na ação de improbidade administrativa por qualquer fundamento, revela que *existem fundamentos tão relevantes que não podem ser ignorados pelas demais esferas*. Pela letra da lei, uma absolvição na seara penal, por qualquer fundamento, não pode permitir a manutenção da ação de improbidade.

A suspensão do art. 21, § 4º, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021 (ADI 7.236/DF) *não atinge a vedação constitucional do ne bis in*

idem (Rcl n. 57.215/DF MC, Rel.: Min. Gilmar Mendes, j. 06 jan. 2023, p. 09 jan. 2023) e sem justa causa não há persecução penal.

Apesar de, pela letra da lei, o contrário não justificar o encerramento da ação penal, inevitável concluir que a absolvição na ação de improbidade administrativa, na hipótese dos autos, em virtude da *ausência de dolo e da ausência de obtenção de vantagem indevida*, esvazia a *justa causa* para manutenção da ação penal. De fato, não se verifica mais a plausibilidade do direito de punir, uma vez que a conduta típica, primeiro elemento do conceito analítico de crime, depende do dolo para se configurar, e este foi categoricamente afastado pela instância cível.

Com efeito, tendo a instância cível afirmado que não ficou demonstrado que os particulares induziram ou concorreram dolosamente para a prática de ato que atente contra os *princípios da administração*, registrando que “a amplitude da previsão legislativa não pode induzir o intérprete a acolher ilações do autor da ação civil pública, pois ausente a subsunção dos fatos à norma que prevê a responsabilização dos particulares na Lei n. 8.429/92 (art. 3º)”, *não pode a mesma conduta ser violadora de bem jurídico tutelado pelo direito penal*.

Constata-se, assim, de forma excepcional, a efetiva repercussão da decisão de improbidade *sobre a justa causa da ação penal em trâmite*, motivo pelo qual não se justifica a manutenção desta última. Nas palavras do Ministro Humberto Martins, “a unidade do Direito” deve se pautar pela coerência.

Nesse sentido:

Agravo regimental em embargos de declaração em *habeas corpus*. Agravo em execução. Falta grave. *Independência mitigada das instâncias*. *Writ* indeferido liminarmente. Embargos de declaração rejeitados. Agravo regimental provido.

1. A absolvição criminal só afasta a responsabilidade administrativa quando restar proclamada a inexistência do fato ou de autoria.

2. *Embora não se possa negar a independência entre as esferas - segundo a qual, em tese, admite-se repercussão da absolvição penal nas demais instâncias apenas nos casos de inexistência material ou de negativa de autoria -, não há como ser mantida a incoerência de se ter o mesmo fato por não provado na esfera criminal e por provado na esfera administrativa. Precedente.*

3. Em hipóteses como a dos autos, em que o único fato que motivou a penalidade administrativa resultou em absolvição no âmbito criminal, ainda que por ausência de provas, a autonomia das esferas há que ceder espaço à coerência que deve existir entre as decisões sancionatórias.

4. Agravo regimental provido a fim de determinar o cancelamento da falta grave apurada no Procedimento Administrativo Disciplinar n. 41/2017 (E21/934137/2011) e de todos os efeitos dela decorrentes. (AgRg nos EDcl no

HC n. 601.533/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 1/10/2021.)

No mesmo diapasão, é oportuno lembrar a diretriz do STF em decisão proferida no HC 158.319/SP, relator Ministro Gilmar Mendes, em que a Segunda Turma, por maioria, concedeu a ordem para trancar a ação penal movida contra o paciente Fernando Capez (Representação Criminal 2022926-82.2016.8.26.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), diante da patente falta de justa causa de prosseguir (*HC 158.319, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 26/06/2018, Processo Eletrônico DJe-219 divulg 11-10-2018 public 15-10-2018*).

Aliás, na Reclamação n. 41.557/SP, também de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a Segunda Turma do Excelso Pretório reforçou tal interpretação quando, por maioria, confirmou a liminar e julgou procedente a reclamação, determinando o trancamento da própria ação civil pública de improbidade instaurada posterior à decisão no HC supramencionado e determinando a exclusão do reclamante no polo passivo e a consequente desconstituição definitiva da ordem de indisponibilidade de seus bens. A propósito:

Reclamação constitucional. 2. Direito Administrativo Sancionador. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. 3. Possibilidade de se realizar, em sede de reclamação, um cotejo analítico entre acervos probatórios de procedimentos distintos. Caracterizada a relação de aderência temática entre a decisão reclamada e a decisão precedente. 4. *Identidade entre os acervos fático-probatórios da ação de improbidade e da ação penal trancada pelo STF nos autos do HC 158.319/SP*. 5. *Negativa de autoria como razão determinante do trancamento do processo penal. Obstáculo ao reconhecimento da autoria na ação civil de improbidade. Independência mitigada entre diferentes esferas sancionadoras. Vedação ao bis in idem*. 6. Liminar confirmada. Reclamação procedente. Determinado o trancamento da ação civil pública de improbidade em relação ao reclamante, com sua exclusão do polo passivo. Desconstituição definitiva da ordem de indisponibilidade de bens.

(Rcl 41.557, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, Processo Eletrônico DJe-045 divulg 09-03-2021 public 10-03-2021).

Nesse diapasão, ao suspender a eficácia do artigo 21, § 4º, da LIA (ADI 7.236/DF), o próprio ministro Alexandre de Moraes reconheceu ter a jurisprudência do STF avançado em direção à consolidação de uma “*independência mitigada*” entre as esferas punitivas. Ao fazê-lo, o ministro aludiu de forma expressa ao precedente firmado pela Suprema Corte na referida Reclamação n. 41.557/SP, oportunidade em que determinado o trancamento

de ação por improbidade administrativa na qual se discutiam os mesmos fatos objeto de ação penal trancada em sede de *Habeas Corpus* sob o fundamento da *ausência de justa causa*.

Pelo exposto, *dou provimento* ao recurso em *habeas corpus*, para trancar a ação penal, apenas com relação à recorrente.

É como voto.