



FELIPE MARTINS PINTO
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

TESES

FELIPE MARTINS PINTO | PAULA BRENER | GABRIELLA DAMASCENO
LETÍCIA JUNGER | RAFAEL SANTOS SOARES | REBECA CORREIA
RODRIGO XAVIER | ARNALDO CAMPAGNANI



A obra "Teses" representa, a um só tempo, um olhar sobre a história do escritório e a oportunidade de partilhar nossa visão institucional de advocacia, a partir da difusão do produto de estudos, análises e reflexões de nossa equipe, cujo resultado são teses com alto impacto de transformação e influência, testadas em casos concretos e que geraram resultados positivos.

Após mais de 20 anos de experiência em advocacia criminal, consolidamos nossa atuação em casos de alta complexidade, envolvendo pessoas naturais e jurídicas, atendendo às demandas de nossos clientes, tanto nas esferas processual e pré-processual, quanto no suporte estratégico preventivo e organizacional.

A conjugação da experiência prática e da excelência técnica com a reconhecida densidade acadêmica de nossa equipe permitem a construção de estratégias processuais e negociais inovadoras e eficazes.

Este livro possui 53 textos que correspondem a teses utilizadas em petições do escritório, todas anonimizadas para preservar a imagem de clientes e demais envolvidos nos casos, mas que contêm a íntegra dos fundamentos utilizados.

A publicação desta obra se posiciona no cerne da cultura do escritório e, em primeiro lugar, registra o trabalho conjunto da equipe na produção de teses originais, com rigor técnico, com qualidade acadêmica e de alto impacto na obtenção de resultados favoráveis.

Além disso, o livro desempenha papel social relevante ao propiciar, sem ônus, a consulta livre à versão digital disponibilizada no sítio eletrônico do escritório, além de oportunizar o acesso a volumes físicos distribuídos a bibliotecas de faculdades de direito, de modo a oferecer uma contribuição para a formação de estudantes e advogados, principalmente, aqueles economicamente vulneráveis.

Desejamos que nosso projeto fomenta reflexões e contribua para o aperfeiçoamento da aplicação do Direito, reforçando com essa obra o compromisso do escritório com a democratização do saber jurídico denso, qualificado e com impacto na prática.

ISBN 978-65-6006-119-4



9 786560 061194 >



EXPERT
EDITORA DIGITAL

TESES

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos
Direção Editorial: Daniel Carvalho
Diagramação e Capa: Editora Expert
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Autores: PINTO, Felipe Martins; CAMPAGNANI, Arnaldo; CORREIA, Rebeca; DAMASCENO, Gabriella; JUNGER, Letícia; BRENER, Paula; RODART, Ana Luiza; SOARES, Rafael Santos; XAVIER, Rodrigo.
Teses - Belo Horizonte - Editora Expert - 2025
398p.

Bibliografia
ISBN: 978-65-6006-119-4

1.Direito 2. Direito penal 3. Direito processual penal 4. teses 5. Direito na prática
I. I. Título.
CDD: 340

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

Pedidos dessa obra:

- | | |
|-----------------------------|--------|
| 1. Direito | 340 |
| 2. Direito penal | 341.5 |
| 3. Direito processual penal | 341.43 |

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

APRESENTAÇÃO

A obra “Teses” representa, a um só tempo, um olhar sobre a história do escritório e a oportunidade de partilhar nossa visão institucional de advocacia, a partir da difusão do produto de estudos, análises e reflexões de nossa equipe, cujo resultado são teses com alto impacto de transformação e influência, testadas em casos concretos e que geraram resultados positivos.

Após mais de 20 anos de experiência em advocacia criminal, consolidamos nossa atuação em casos de alta complexidade, envolvendo pessoas naturais e jurídicas, atendendo às demandas de nossos clientes, tanto nas esferas processual e pré-processual, quanto no suporte estratégico preventivo e organizacional.

A conjugação da experiência prática e da excelência técnica com a reconhecida densidade acadêmica de nossa equipe permitem a construção de estratégias processuais e negociais inovadoras e eficazes.

Nossa atuação se orienta pela absoluta conformidade em todas as atividades que, somada a um atendimento com pessoalidade e pautado na versatilidade, na comunicação qualificada e na agilidade, representam nossa escolha e vocação por um posicionamento proativo e comprometido com a excelência na assistência aos nossos clientes.

Assumimos o compromisso indeclinável de sermos éticos, íntegros e transparentes. Atuamos de forma aberta e honesta, sempre em sintonia com nosso Código de Conduta, elaborado com observância das normas ISO/IEC 37001 e ISO/IEC 25010, contendo procedimentos e regras estruturados de acordo com a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e a Lei nº 13.709/2018 (LGPD).

Com nossas sedes em Belo Horizonte e em São Paulo, nossa equipe atua com o propósito de satisfazer as necessidades dos nossos clientes, sempre disposta a aprender e a buscar as melhores soluções, enfrentando com otimismo os desafios e com o foco em contribuir para transformar as dificuldades em oportunidades.

Estamos atentos às transformações e, nesse sentido, a conformação contemporânea da esfera criminal tem demonstrado uma expansão da área sobre as relações sociais e sua superposição a outros ramos do direito o que, dentre as consequências, gerou um novo olhar do Estado, no momento da atribuição de responsabilidades, agora também voltado para uma análise sobre a gestão de riscos e sobre os deveres objetivos de cuidado e deveres de garantidor. Socializam-se riscos e delegam-se, de maneira exponencial, responsabilidades de fiscalização e de apuração a dirigentes, gestores e controladores de empresas.

O rigor da resposta penal à infração desses deveres, impõe uma adequação da atuação da advocacia criminal, que, além da assistência tradicional, na construção e na operacionalização de estratégias de defesa, passa a atuar no suporte estratégico preventivo, contribuindo para um maior nível de segurança e gestão de riscos no ambiente corporativo. Para performarmos nesse contexto, atuamos de maneira proativa e dinâmica compreendendo a agenda dos clientes e contribuindo para o desenvolvimento de suas potencialidades com a maximização da segurança jurídica nas decisões empresariais.

O compromisso da equipe em atuar com determinação e disciplina para compreender e atender às necessidades dos clientes são fatores decisivos para gerar a confiança em nosso trabalho e a validação de nossa qualidade.

Nos últimos anos, a credibilidade perante clientes, autoridades, parceiros e colegas tem propiciado ao escritório reconhecimentos e menções por *rating agencies* como *best lawyers*, *leaders league* e análise.

Acreditamos que o reinvestimento é a via do crescimento e, por isso, há uma permanente dedicação para o contínuo aperfeiçoamento de nossa infraestrutura física. Para além do incremento do espaço para as atividades profissionais, estamos comprometidos com uma atuação sustentável e, nesse sentido, nossa matriz utiliza energia 100% limpa, adotamos o aproveitamento de águas pluviais, telhados verdes para redução da necessidade de uso de aparelhos de ar-condicionado

e áreas com cobertura vegetal para contribuir com a permeabilidade e com o equilíbrio ambiental.

Em nosso escritório, os recursos humanos são nossa base essencial e a dedicação às pessoas é uma distinção de nossa cultura, que consideramos condição fundamental para o crescimento qualificado e sustentável.

Fizemos a opção por valorizar a promoção de ambientes colaborativos e a conciliação de olhares diversos, aliadas à precisão do conhecimento, concebido de forma dinâmica, como um processo contínuo, guiado por uma postura de permanente abertura ao aprendizado e à troca de saberes. E, dessa forma, temos conseguido potencializar nosso desempenho e incrementar nossas entregas.

Nosso compromisso com a educação, lança olhares para além dos muros e consiste em um dos alicerces para a implementação de projetos sociais que marcam a história do escritório desde a sua gênese, sempre com o propósito de agregar valor à coletividade, especialmente, a partir da transferência de conhecimentos aptos a gerar ativos tangíveis e intangíveis que contribuam para o desenvolvimento social.

Este livro possui 53 textos que correspondem a teses utilizadas em petições do escritório, todas anonimizadas para preservar a imagem de clientes e demais envolvidos nos casos, mas que contêm a íntegra dos fundamentos utilizados.

A publicação desta obra se posiciona no cerne da cultura do escritório e, em primeiro lugar, registra o trabalho conjunto da equipe na produção de teses originais, com rigor técnico, com qualidade acadêmica e de alto impacto na obtenção de resultados favoráveis.

Além disso, o livro desempenha papel social relevante ao propiciar, sem ônus, a consulta livre à versão digital disponibilizada no sítio eletrônico do escritório, além de oportunizar o acesso a volumes físicos distribuídos a bibliotecas de faculdades de direito, de modo a oferecer uma contribuição para a formação de estudantes e advogados, principalmente, aqueles economicamente vulneráveis.

Desejamos que nosso projeto fomente reflexões e contribua para o aperfeiçoamento da aplicação do Direito, reforçando com essa obra

o compromisso do escritório com a democratização do saber jurídico denso, qualificado e com impacto na prática.

Felipe Martins Pinto

SUMÁRIO

PARTE I – TESES PRELIMINARES

1. Quebra da cadeia de custódia e inadmissibilidade de provas em casos de responsabilidade penal por fato do produto.....19
2. Nulidade da busca e apreensão determinada por decisão genérica.....29
3. Excesso de execução em razão da quebra de dados telemáticos a partir de decisão que determinou apenas interceptação das comunicações telemáticas37
4. Ilícitude das provas obtidas a partir da quebra de sigilo de dados telemáticos armazenados em contas de e-mail devido ao excesso do limite temporal determinado em decisão45
5. Excesso de execução em prova obtida por meio de interceptação das comunicações telemáticas69
6. Desproporcionalidade do prazo estabelecido na decisão de medida cautelar de quebra de sigilo de dados telemáticos79
7. Prova ilícita em decorrência de violação às regras e princípios de cooperação jurídica internacional85
8. Ausência de justa causa para o recebimento da denúncia e nulidade decorrente da ausência de perícia em crime de deixa vestígio.....107

9. Ausência de realização de exame de corpo de delito: necessidade de perícia para comprovar a suposta ilegalidade de software desenvolvido pela empresa.....	113
10. Laudo pericial elaborado sem observância de requisitos de validade e confiabilidade	121
11. Ausência de perícia especializada pelo instituto de criminalística: não observância de formalidades essenciais.....	129
12. Ausência de tradução juramentada ao longo da apuração acarreta a nulidade de todos os atos produzidos.....	137
13. Hipótese inconstitucional de responsabilização objetiva por imputação <i>top down</i>	145
14. Inépcia da denúncia em função da ausência de descrição de ação ou omissão	155
15. Ausência de condição para o exercício da ação penal: falta de interesse de agir do ministério público.....	161
16. Inépcia da denúncia em função da ausência de individualização de conduta de diferentes sócios.....	163
17. Ausência de pedido juridicamente válido diante da não capitulação do crime imputado	169
18. Inépcia e ausência de justa causa em manifesto prejuízo ao exercício do direito de defesa.....	175
19. Ausência de descrição de conduta e de individualização do fato	181

20. Descumprimento do dever de aditamento: nulidade do oferecimento de nova denúncia em apartado diante do cerceamento de defesa.....	187
21. Violação ao princípio da correlação entre acusação e sentença....	191
22. Violação ao princípio da unirrecorribilidade recursal: interposição de dois recursos de apelação, pelo mpf, em face de uma única decisão	195
23. Competência por prevenção	203
24. Coisa julgada e violação à cláusula do <i>double jeopardy</i>	207
25. Extinção da punibilidade pela prescrição com base na pena em abstrato.....	215
26. Inclusão seletiva de elementos da investigação pré-processual: cerceamento de defesa e violação à constituição, à Lei 11.419/2006 E à portaria 8052566	219
27. Seletividade dos elementos que instruem a denúncia em ofensa aos limites estabelecidos pelo STF para a investigação pelo ministério público.....	229
28. Ausência de controle jurisdicional da denúncia, nos termos dos precedentes do STF, em caso no qual a investigação seja conduzida diretamente pelo ministério público.....	237
29. Oportunidade de participação do ministério público fora das hipóteses e limites legais	245
30. Inquérito policial instaurado antes do lançamento definitivo do	

tributo em violação ao enunciado da súmula vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal	251
31. Cabimento de <i>habeas corpus</i> para reconhecimento de ilicitude de provas.....	257
32. Agente infiltrado e princípio da não autoincriminação.....	267
33. Nulidade por violação ao princípio do juiz natural.....	273

PARTE II – TESES DE MÉRITO

34. Ação neutra: atipicidade dos fatos imputados sob o artigo 2º, v, da lei 8.137/90.....	283
35. Atipicidade objetiva da conduta de fraude de balanço em função da regularidade da operação e da ausência de fraude.....	291
36. Atipicidade da conduta: realização de limpeza de pastagem permitida pelo art. 65 da Lei nº 20.922/2013.....	303
37. Atipicidade da conduta em função da ausência de elemento subjetivo vinculação subjetiva dos agentes.....	307
38. Exclusão de ilicitude por exercício regular de direito na operação de tomada de empréstimo pelo grupo empresarial.....	311
39. Atipicidade do crime de lavagem de dinheiro uma vez que a simples entrega de valor não configura lavagem	315
40. Atipicidade material da conduta: inexistência de lesão ao patrimônio da União.....	325

41. Atipicidade da conduta por erro de tipo: inexistência de dolo ..	329
42. Inexistência de responsabilidade penal da pessoa jurídica.....	335
43. Ausência de provas de materialidade do crime de corrupção ativa: inexistência de oferecimento de vantagem indevida.....	339
44. Responsabilidade dolosa de terceiro que atuou em benefício próprio e em prejuízo da empresa	341
45. Atipicidade do delito de organização criminosa: extemporaneidade da conduta do acusado.	351
46. Atipicidade do crime de organização criminosa: ausência dos elemento subjetivo do tipo.....	355
47. Atipicidade da conduta: impossibilidade de coautoria em crimes culposos	359
48. Atipicidade objetiva da corrupção ativa em face da ausência de descrição do funcionário público a quem teria sido oferecida vantagem indevida	363
49. Atipicidade objetiva do crime de tráfico de influência diante da ausência de preenchimento dos requisitos do tipo objetivo.....	369
50. Ausência de conduta: hipótese de responsabilização objetiva em violação ao princípio da legalidade	375
51. Atipicidade da conduta: ausência de previsibilidade do perigo, ausência de violação de dever objetivo de cuidado e ausência de resultado típico atribuível ao agente	383

52. Conflito aparente de normas: violação ao princípio do <i>ne bis in idem</i> e necessidade de aplicação da consunção	393
53. Peculato como exaurimento da corrupção ativa e da fraude à licitação	399

PARTE I – TESES PRELIMINARES

1. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E INADMISSIBILIDADE DE PROVAS EM CASOS DE RESPONSABILIDADE PENAL POR FATO DO PRODUTO

A tese foi apresentada em defesa de executivos de empresa do ramo alimentício, por inobservância da cadeia de custódia em caso de responsabilidade penal por fato do produto. No caso, os sócios foram denunciados pela suposta prática da conduta tipificada no art. 272, §1º-A c/c art. 258 do Código Penal (por 26 vezes) e art. 64 c/c art. 76, II, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). A tese em questão discorre sobre a ilicitude de provas, nos termos dos arts. 157, 158-A, 158-B e 158-C, todos do CPP e art. 5º, LVI, da CR/88.

Nos últimos anos, o ordenamento jurídico brasileiro se aprimorou no sentido de qualificar a coleta dos vestígios e a produção de provas, de modo a conferir maior segurança e credibilidade às decisões no processo penal.

A relevância da questão é tamanha que, mesmo anteriormente à positivação legal pelo pacote anticrime, a jurisprudência nacional já reconhecia a relevância central da preservação da cadeia de custódia probatória em precedentes:

STJ: RECURSO ESPECIAL. ART. 305 DO CPM. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. FALTA DE ACESSO À INTEGRALIDADE DAS CONVERSAS. EVIDENCIADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM A EXISTÊNCIA DE ÁUDIOS DESCONTINUADOS, SEM ORDENAÇÃO, SEQUENCIAL LÓGICA E COM OMISSÃO DE TRECHOS DA DEGRAVAÇÃO. FILTRAGEM ESTABELECIDADA SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR. NULIDADE RECONHECIDA. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA.

RECURSOS PROVIDOS. DECRETADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. A quebra da cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade (RHC 77.836/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019). (...)

5. Recursos especiais providos para declarar a nulidade da interceptação telefônica e das provas dela decorrentes, reconhecendo, por consequência, a superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, de ofício.¹

STJ: Sexta Turma. AgRg no REsp 1504377/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. J. 18/05/2017, DJe 08/06/2017.

TJMG: 2ª Câmara Criminal. Apelação Criminal 1.0079.02.018891-2/017, Rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires. J. 07/06/2018, P. 18/06/2018.

No presente caso, os holofotes midiáticos podem ter ofuscado os olhos da apuração ou talvez uma sensibilidade exagerada possa ter tornado a investigação excessivamente permeável à visão passional das vítimas. Não importa o motivo. Objetivamente, verifica-se uma série de vícios e irregularidades que comprometem a higidez do resultado investigativo e frustram a empresa, que sempre esteve ávida por compreender as verdadeiras causas e razões dos fatos.

Diante dos requisitos necessários à preservação da cadeia de custódia probatória, expressamente dispostos em lei, passaremos à análise pormenorizada de cada um dos vícios identificados.

¹ BRASIL. STJ. Sexta Turma. REsp 1795341/RS. Rel. Min. Nefi Cordeiro. J. 07/05/2019. DJe de 14/05/2019. Ementa parcial. Destacou-se.

1.1 QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA: COLETA, ACONDICIONAMENTO E TRANSPORTE.

A Sra. “A” – esposa e filha de pacientes internados – confessa, de forma circunstanciada, a maneira proativa como procedeu na colheita e gestão do objeto de prova conforme Podcast (...). Conforme o relato da Sra. “A”, a vigilância sanitária teria comparecido em sua residência e recolhido o material que considerou relevante, deixando para trás garrafas que não consideraram pertinentes em sua análise técnica. Diante desse fato, a Sra. “A”, conforme sua própria narrativa, teria se irredignado e, por iniciativa autônoma, teria entrado em contato com uma fiscal da Secretaria de Saúde, Sra. “C”, tendo então convencido a fiscal a passar em sua residência em um domingo, dia 05/01/..., para a coleta das referidas garrafas.

Conforme a declaração da Sra. “A”, a coleta dos vestígios ocorreu no domingo, dia 05/01/..., quando teria acontecido também a coleta de garrafas em posse de familiar de outras supostas vítimas, Sra. “B”.

No entanto, conforme documentação dos autos, somente no dia seguinte a amostra foi recebida pelo órgão da prefeitura municipal de Belo Horizonte, tendo sido, após e enfim, encaminhada ao Instituto de Criminalística.

A vulneração da cadeia de custódia desse vestígio se agrava na medida em que os registros nos autos parecem apontar para o recolhimento *in loco* por parte da fiscal da vigilância sanitária, tanto na residência da Sra. “A” quanto da Sra. “B”, contradizendo o relato de “A” anteriormente exposto e que, infelizmente, não foi objeto de averiguação na fase de inquérito policial.

Os documentos supra colacionados (extraídos respectivamente das fls. ... e ... dos autos) indicam a fiscal Sra. “C” como responsável pela coleta dos vestígios, a mesma fiscal mencionada pela Sra. “A” como aquela que compareceu em sua residência no domingo dia 05/01 para recolher os vestígios.

Já os excertos abaixo inseridos atribuem a uma outra fiscal, Sra. “D” o recolhimento *in loco* dos mesmos vestígios acima referidos:

[print excluído para preservação do caso]

Lamentavelmente há uma coerente negligência na observância e na garantia dos requisitos previstos para assegurar a cadeia de custódia.

Desde já, podem ser indicados os questionamentos iniciais concernentes à quebra da custódia probatória:

- Não há comprovação e nem mesmo indicação de que os vestígios ficaram acondicionado em local correto e de maneira adequada entre o dia 03/01/..., data em que o agente da vigilância sanitária entendeu por não levar as garrafas, e o dia 05/01/..., domingo, quando foram as garrafas coletadas na residência de “A” e de “B”.
- Há uma contradição documental acerca do responsável pela coleta dos vestígios na residência de “A” e de “B” no dia 05/01/..., domingo.
- Vale uma observação: o menosprezo à cientificidade é tão patente que, mesmo diante do contexto que traduz evidente risco para a qualidade da prova, não se buscou nem ao menos ouvir o fiscal da vigilância sanitária que inicialmente esteve na residência de “A”, ou as funcionárias “C” e “D”, agentes diretamente relacionados com essa fase da cadeia de custódia.
- Não há comprovação e nem mesmo indicação de que o material ficou acondicionado em local correto e de maneira adequada entre o dia 05/01/..., data da coleta, e dia 06/01/..., data do recebimento na Prefeitura.
- Não há comprovação e nem mesmo indicação de como o material coletado foi transportado.

Verifica-se dos documentos autuados que a Sra. “A” participou ativa e livremente da escolha, da coleta e do acondicionamento dos vestígios.

As circunstâncias do caso exigiram extremo denodo dos agentes públicos envolvidos para demonstrar que a intensa participação de particular, parente de vítimas, não comprometeu a integridade da prova, o que, infelizmente, não ocorreu.

A ela, particular emocionalmente envolvida, não cabe nenhuma censura ou reparo em sua conduta, pois cabe sim ao Estado agir para zelar pela credibilidade da prova. *Data venia*, não houve um efetivo zelo das autoridades pelo controle da cadeia de custódia.

Apesar da imprescindibilidade de manutenção da cadeia de custódia, observa-se no presente caso que, das dez etapas destinadas à sua preservação, expressamente previstas no artigo 158-B do Código de Processo Penal, como demonstrado, quatro não foram cumpridas: *reconhecimento, coleta, acondicionamento e transporte*. Abalando, por conseguinte, a qualidade de qualquer perícia feita a partir dos referidos vestígios.

Diante disso, a Defesa requer seja reconhecida a ilicitude dos laudos referentes às garrafas (...) (laudos fls...) e (...) (laudos fls...), determinando-se, por conseguinte o desentranhamento das referidas provas, nos termos do art. 157 do CPP e art, 5º, LVI, da CR/88.

PREJUÍZO a): A não observância às normas relativas à preservação da cadeia de custódia afetam a rastreabilidade e confiabilidade das provas e a garantia do devido processo legal.

PREQUESTIONAMENTO a): Nos termos dos artigos 158-A, 158-B e 158-C do CPP, artigo 5º, LVI, da CR/88 e do entendimento fixado nos julgados: **STJ** – RHC 77.836/PA, AgRg no REsp 1504377/RS, a não observância das regras relativas à preservação da cadeia de custódia constitui nulidade por falta de formalidade essencial ao ato, violando-se os direitos dos acusados ao devido processo legal e os recursos a ele inerentes, bem como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita.

1.2 QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA: PROCESSAMENTO.

O ordenamento jurídico exige a coerência metodológica como requisito de validade da prova, incluindo o processamento dos exames periciais como elemento imprescindível à cadeia de custódia. Nesse sentido e como reflexo do interesse da empresa no esclarecimento completo dos fatos, a Defesa não mediu esforços para analisar todo o acervo probatório e, para facilitar a compreensão do Juízo, elaborou uma tabela analítica de 195 laudos que constam nos autos até o presente momento (ANEXO ...).

A tabela reúne de forma sintética, para que se viabilize a análise comparativa, os dados centrais dos 195 laudos constantes dos autos até o presente momento: seu número de identificação, as folhas em que se encontram, os peritos responsáveis, o objeto de análise, a metodologia empregada, as referências mencionadas e substâncias localizadas.

A tabela adotou o critério cronológico para alocação dos exames periciais, de modo a potencializar a compreensão dos vícios procedimentais.

A análise mesmo superficial dos referidos dados, sem necessidade de qualquer aprofundamento, já permite identificar graves desvios metodológicos:

FALHA 1: oscilação da metodologia empregada nos exames que tiveram por objeto de análise o conteúdo das garrafas de cerveja.

Os laudos de 1 a 5, 7 a 9 e 11 a 14, realizados até o dia 10 de janeiro de 2020 se pautaram pela metodologia de análise por *cromatografia gasosa acoplada a espectrometria de massas*.

A partir de 11 de janeiro de 2020, sem qualquer indicação de motivo ou razão, passou-se a adotar nas análises a *verificação de autenticidade e análise de parâmetros físico-químicos por meio de densímetro digital* (alíneas 15 a 21).

Novamente sem a indicação de motivo ou razão, os laudos das alíneas 23, 32 a 34, 37 a 46, 48 a 52, 54 a 57 da tabela voltaram a ser realizados pelo método da *cromatografia gasosa acoplada a espectrometria de massas*, dispensando-se o densímetro.

Mais uma vez, sem indicação de motivo ou razão, nos exames correspondentes às alíneas 69, 70, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 182 da tabela, foi utilizada metodologia diversa na análise do respectivo líquido: *padronização interna e verificação de íons quantificadores e confirmatórios*.

FALHA 2: oscilação da metodologia empregada nos exames que tiveram por objeto de análise amostras de sangue.

Pode-se observar uma injustificada e questionável oscilação na metodologia de realização dos exames nas amostras de sangue de possíveis vítimas.

Inicialmente, os exames seguiram um padrão de aplicação metodológica com a análise por *cromatografia gasosa por espectrometria de massas* (alíneas 8, 9, 10, 25, 26, 28, 191).

A partir de março de 2020, os exames de sangue de possíveis vítimas passaram a ser analisados com um novo método: *precipitação de proteínas seguida de derivatização* para então se aplicar a *cromatografia gasosa por espectrometria de massas* (alíneas 64 a 68, 72 a 95, 109, 152, 153, 190).

Diante do descumprimento de premissa estabelecida na jurisprudência e expressamente prevista no código de processo penal, qual seja, a necessidade de utilização de “metodologia adequada”, tem-se comprometido o resultado dos exames periciais contemplados tanto nos exames apresentados nas alíneas mencionadas na FALHA 1, quanto daqueles indicados nas alíneas apontadas na FALHA 2.

A fé pública que reveste de presunção de veracidade os atos dos agentes oficiais exige requisitos consolidados na doutrina para a sua configuração: competência do agente, conteúdo, finalidade, motivo e forma.

Assim, a observância dos limites e das formas prescritas em lei se torna essencial para emprestar ao ato a presunção de legitimidade advinda da fé-pública², o que, no caso, não se faz presente na medida em que a oscilação entre métodos para a realização dos exames comprova que não houve a utilização do método mais adequado, além de comprometer a comparabilidade dos resultados.

Apesar da imprescindibilidade de manutenção da cadeia de custódia, observa-se no presente caso que o requisito exigido no inciso VIII (processamento), descrito no artigo 158-B do Código de Processo Penal, encontra-se irremediavelmente violado, afastando-se a fiabilidade das perícias feitas sem a demonstração da aplicação da mais adequada metodologia.

Diante da quebra da cadeia de custódia por violação ao artigo 158-B, VIII do CPP e em consonância com os precedentes jurisprudenciais³, a Defesa requer seja reconhecida a ilicitude dos laudos de alíneas 1 a 5, 7 a 9 e 11 a 14, 15 a 21, 23, 32 a 34, 37 a 46, 48 a 52, 54 a 57, 69, 70, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 182, 8, 9, 10, 25, 26, 28, 191, 64 a 68, 72 a 95, 109, 152, 153, 190 (ANEXO

2 PINTO, Felipe Martins; FREITAS, Jéssica Oníria Ferreira de. *Da ilegitimidade dos atos probatórios desenvolvidos pela polícia militar: uma análise sob a ótica do princípio da legalidade*. Revista *Duc In Altum* - Caderno de Direito, vol. 4, nº 6, jul-dez. 2012

3 BRASIL. STJ. Quinta Turma. RHC 77.836/PA. Rel. Min. Ribeiro Dantas. J. 05/02/2019. DJe 12/02/2019; BRASIL. STJ. Sexta Turma. AgRg no REsp 1504377/RS. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. J. 18/05/2017. DJe de 08/06/2017; BRASIL. TJMG. 2ª Câmara Criminal. AC 1.0079.02.018891-2/017. Rel. Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires. J. 07/06/2018. P. 18/06/2018.

...), determinando-se o conseguinte desentranhamento dos autos do processo dos respectivos elementos de provas reputados ilícitos, nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal e art. 5º, LVI, da Constituição da República de 1988.

PREJUÍZO b): A não observância às normas relativas à preservação da cadeia de custódia afetam a rastreabilidade e confiabilidade das provas e a segurança do devido processo legal.

PREQUESTIONAMENTO b): Nos termos dos artigos 157, 158-A, 158-B e 158-C do Código de Processo Penal, artigo 5º, LVI, da CR/88 e do entendimento fixado nos julgados: STJ – RHC 77.836/PA, AgRg no REsp 1504377/RS, a não observância das regras relativas à preservação da cadeia de custódia constitui nulidade por falta de formalidade essencial ao ato, violando-se os direitos dos acusados ao devido processo legal e os recursos a ele inerentes, bem como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita.

2. NULIDADE DA BUSCA E APREENSÃO DETERMINADA POR DECISÃO GENÉRICA

A tese foi apresentada em defesa de executivo de empreiteira em processo relacionado à suposta fraude à licitação. O lastro probatório do caso encontrava-se inteiramente fundamentado em elementos obtidos a partir de medida cautelar de Busca e Apreensão. A tese processual em questão discute os limites e requisitos para o deferimento de tal medida.

Inserida no rol de medidas probatórias elencadas no Código de Processo Penal, a busca e apreensão poderá ser decretada para apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu, dentre outras finalidades elencadas no art. 240, §1º do CPP.

Em qualquer caso, a decisão que determina a expedição do mandado de busca deverá conter o motivo e as finalidades da diligência, nos termos do art. 243, II, do Código de Processo Penal, de maneira a se justificar e identificar precisamente quais serão os objetos apreendidos, respeitando o princípio da vinculação ou causalidade.

É que entre a finalidade que se busca (apreender os objetos determinados) e o motivo que determinou a medida (a infração penal objeto de apuração), deve existir nexos ou vínculo de causalidade, demonstrando que a medida decretada é adequada e proporcional para os fins a que se propõe e, sobretudo, evitando que possa ser desvirtuada para propósitos escusos ou não previstos em lei.

Mandados de busca e apreensão genéricos, que permitem verdadeiras “devassas” em domicílios ou ambientes de trabalho não se coadunam com o parâmetro de legalidade exigível no Estado de Direito. Não se pode, como houve no presente caso, decretar uma busca para apreender “tudo aquilo que possa ter eventual relação com o ilícito em apuração”, porque isso seria equivalente a conferir “carta branca” aos agentes cumpridores da medida, delegando a eles o poder

de, na efetivação do ato, decidir arbitrariamente que documentos, papéis ou objetos serão levados pela polícia.

A presente tese foi fundamento para concessão de ordem de habeas corpus pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, conforme ementa parcial:

STF: AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. De que vale declarar, a Constituição, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo” (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica “devassa”. Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica indelevelmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro usado contra quem se pretenda atingir. De que vale a Constituição dizer que “é inviolável o sigilo da correspondência” (art. 5º, XII) se ela, mesmo eliminada ou “deletada”, é neles encontrada? E a apreensão de toda a sorte de coisas, o que eventualmente privará a família do acusado da posse de bens que poderiam ser convertidos em recursos financeiros com os quais

seriam eventualmente enfrentados os tempos amargos que se seguem a sua prisão.⁴

A motivação é, portanto, o controle da racionalidade da decisão judicial, atividade logicamente decorrente da estrutura do Estado de Direito. PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, em lição sobre o tema relata que a responsabilidade do juiz se converteu em uma responsabilidade de justificar as suas decisões, na medida em que a sociedade não exige somente decisões dotadas de autoridades, mas também possuidoras de racionalidade⁵.

Está em jogo, nessa toada, a aceitação da decisão proferida pelo Poder Judiciário, de modo que se atribui aos magistrados, como representantes deste, a responsabilidade de motivar os provimentos como condição de aceitabilidade e acatamento do ato de poder emanado. A submissão aos efeitos decorrentes da decisão judicial, ainda que contrários aos interesses de determinado cidadão, ocorre em função da legitimidade dos provimentos jurisdicionais, sendo que um dos seus requisitos, dentre inúmeros, tais como a publicidade, consiste precisamente na exposição da fundamentação. Trata-se, ao fim e ao cabo, de questão democrática referente ao reconhecimento de ato de poder, na linha do que explica ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO:

Dito de outra forma, no Estado de direito os poderes públicos se exercem segundo um padrão de legitimação racional e objetiva, que transfere à apreciação da comunidade uma espécie de controle democrático e difuso sobre a racionalidade ou não arbitrariedade do poder; daí ser possível afirmar que nesse tipo de Estado os poderes não estão apenas submetidos à lei, mas também e sobretudo são

4 BRASIL. STF. Tribunal Pleno. HC 95009. Rel. Min. Eros Grau. J. 06/11/2008. P. 19/12/2008 (ementa parcial).

5 ALEXY, Robert; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Jueces e Ponderación Argumentativa*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 34.

orientados por procedimentos que satisfaçam as exigências de uma correção argumentativa.⁶

Nesse sentido, destaca-se o precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça:

STJ: PENAL. HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FRAUDE EM LICITAÇÕES. PRÉVIO MANDAMUS DENEGADO. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INDEVIDO ACESSO DO MATERIAL OBTIDO. SIMILITUDE DE OFÍCIOS DE UMA DADA OPERADORA DE TELEFONIA COM OUTROS DECLARADOS ILEGAIS EM FEITO DIVERSO. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA NOS AUTOS. NULIDADE DO MONITORAMENTO TELEFÔNICO. DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA EXTREMA. CARÊNCIA. DECISÃO DEFERITÓRIA PRIMEVA. MOTIVAÇÃO ABSTRATA. PRORROGAÇÕES. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ELEMENTOS DOS AUTOS A REFUTAR A MANTENÇA DA MEDIDA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]. **4.** *Na hipótese em apreço, constata-se a existência de flagrante ilegalidade, pois, para o desencadeamento de medida cautelar extrema, como a quebra do sigilo telefônico, deve-se esmiuçar a sua imprescindibilidade, de modo a pormenorizar a assertiva de não dispor de procedimentos investigatórios outros, menos invasivos, para a obtenção de provas aptas a robustecer eventual imputação delitiva.* **5.** *A decretação da medida cautelar de interceptação não atendeu aos*

⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 57.

*pressupostos e fundamentos de cautelaridade, visto que, não obstante os crimes investigados serem punidos com reclusão e haver investigação formalmente instaurada, descuroou-se da demonstração da necessidade da medida extrema e da dificuldade para a sua apuração por outros meios, carecendo, portanto, do fumus comissi delicti e do periculum in mora. [...]*⁷.

São curiais as lições presentes no voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sebastião Reis Júnior que, no bojo do recurso ordinário em *habeas corpus* nº 44.052/RS, destacou:

STJ: É nulo o mandado de *busca e apreensão* quando determinado com base em fundamentação genérica, sem a especificação dos objetos a serem buscados e apreendidos, a identificação do investigado ou o crime em apuração. Isso porque, conforme o artigo 243, II, do CPP, o mandado deverá mencionar o motivo e os fins da diligência, ou seja, deverá indicar o objetivo a ser alcançado. *O mandado genérico deixa ao arbítrio da autoridade policial a escolha do que apreender, considerando-se que não há nenhuma baliza a orientá-la. É a autoridade policial, e não mais a judicial, quem decide o que buscar e apreender. Além disso, ante a inexistência de indicação de elementos específicos no mandado, a autoridade policial não tem como saber o que buscar, nem apreender. Assim, tal generalidade não pode existir quando se está diante de restrição a direitos individuais.*⁸

Na decisão em análise, houve uma indicação exemplificativa de objetos e documentos a serem arrecadados, situação que implica,

7 BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 251540/SP. Rel Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. 05/08/2014. P. 18/08/2014.

8 BRASIL. STJ. Sexta Turma. RHC 44.052/RS. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. 30/06/2015. DJE em 17/08/2015 (trecho do voto).

data venia, em transformar o necessário controle prévio exercido pela Jurisdição em formalidade despida de efetividade.

O argumento que embasa a presente tese adquire maior robustez a partir da leitura da alínea “d” que, diante abertura semântica englobaria todas as três alíneas que a antecederam e abre um horizonte de indefinição e conseqüente insegurança dos limites da medida cautelar determinada.

A decisão judicial, em casos que representem limitação dos direitos fundamentais da intimidade, da privacidade e da inviolabilidade de domicílio, adquire uma relevância destacada, já que o indivíduo, ainda que sofra medida cautelar limitadora dos referidos direitos fundamentais não deixa de ser titular dos mesmos.

Eventual limitação à intimidade, à privacidade ou à inviolabilidade de domicílio está adstrita aos termos objetivos e concretos da decisão judicial e, por isso, uma decisão genérica abre o risco para exposição de fatos alheios à apuração e que podem gerar graves prejuízos.

Não por outra razão, para análise de todos os elementos colhidos a partir de tal devassa foi necessário instaurar um Procedimento Investigatório criminal autônomo (PIC ...) e um estudo de ao menos dois anos pelas autoridades – de 2016, quando da medida cautelar, até dezembro de 2018 quanto da notícia de fato que deu origem à presente apuração (id. ..., p...) – além de mais três anos para a específica investigação do novo recorte feito *in casu* – de 2018, quando da notícia de fato, até 2021, quando do oferecimento da denúncia em setembro de 2021.

Por tais motivos, considerando que a decisão que decretou a busca e apreensão que permitiu colher os elementos que embasam a presente apuração é genérica e viola os requisitos legais, além de infringir jurisprudência dos Tribunais Superiores, requer a decretação da nulidade das provas obtidas a partir dela, nos termos dos artigos 5º, X, e 93, IX, ambos da Constituição da República de 1988 e artigos 157, 240, 243 e 564, IV, todos do Código de Processo Penal, determinando-se, por conseqüência, seu desentranhamento dos autos.

PREJUÍZO: A ausência de motivação que demonstre de maneira concreta no caso a necessidade de exposição da intimidade e da privacidade por longo período, compromete o acesso da Defesa a informações fundamentais que permitem verificar a regularidade, a proporcionalidade e a necessidade da medida. Além disso, obrigam o indivíduo a suportar ofensa sem lastro em fundamentos sobre sua intimidade. Por fim, a ausência da fundamentação impede que se compreenda ter o juízo identificado a justa causa indispensável para se lançar mão de medida cautelar excepcional que, no caso concreto, torna o prejuízo mais relevante por não se verificar no requerimento do Ministério Público qualquer fundamentação que justificasse o período elástico de quebra de sigilo.

PREQUESTIONAMENTO: A determinação de medida cautelar de busca e apreensão por meio de decisão genérica representa afronta ao artigo 5º, X (direito à intimidade e à privacidade), e 93, IX (dever de motivação das decisões judiciais), ambos da CR/88, artigos 157 (prova ilícita), 240, 243 do (busca e apreensão) e artigo 564, IV (nulidade por omissão de formalidade essencial), todos do CPP, bem como aos julgados STF: HC 95009, STJ: HC 251540/SP, RHC 44.052/RS.

3. EXCESSO DE EXECUÇÃO EM RAZÃO DA QUEBRA DE DADOS TELEMÁTICOS A PARTIR DE DECISÃO QUE DETERMINOU APENAS INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEMÁTICAS

A tese foi apresentada em Habeas Corpus impetrado no âmbito de operação envolvendo supostos crimes de corrupção na esfera federal, cuja ordem foi concedida em favor de executivos de companhia do setor de siderurgia. O lastro probatório, no caso, encontrava-se inteiramente fundamentado em elementos obtidos a partir de medida cautelar de Interceptação das Comunicações Telemáticas. A tese discorre sobre as diferenças fundamentais entre a interceptação das comunicações telemáticas e a quebra de dados telemáticos, bem como sustenta a ausência de fundamentação da decisão em relação a uma das medidas.

Como cediço, a intervenção no sigilo telemático comporta duas modalidades distintas: a *interceptação das comunicações telemáticas*, que diz respeito à captura de e-mails em tráfego, regulada pela Lei n. 9.296/1996 (Lei de Interceptação); e a *quebra de dados telemáticos*, consistente no acesso às conversas de e-mail já efetivadas, porém armazenadas, regulada pela Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Essa distinção entre interceptação e quebra de dados, já

reconhecida pela jurisprudência do STJ⁹, consta do art. 7º do Marco Civil da Internet¹⁰ e do art. 3º da Lei de Organização Criminosa.¹¹

Não obstante essa diferenciação, o regramento legal da interceptação das comunicações telemáticas pode ser analogicamente empregado à quebra de dados telemáticos naquilo que lhe for aplicável. É o caso, por exemplo, do art. 5º da Lei nº 9.296/1996, segundo o qual “[a] decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência”. Destarte, ambas as medidas se sujeitam à reserva de jurisdição e exigem, para o seu deferimento, a satisfação ao dever de motivação das decisões judiciais, bem como para possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa pela pessoa investigada e o controle das decisões judiciais pela sociedade¹².

Assim, a legislação e a jurisprudência brasileira reconhecem tratar-se, cada uma dessas formas de intervenção estatal, de medidas

9 Nesse sentido, sobre a diferença entre as medidas de interceptação das comunicações telefônicas e de quebra de sigilo telefônico, cf. BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 237.006/DF. Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura. J. 27/06/2014: “Não se confundem as medidas de quebra de sigilo telefônico com a interceptação de comunicação telefônica, esta última albergada, ademais, pela cláusula de reserva de jurisdição. Daí, não são exigíveis, no contexto da quebra de sigilo de dados, todas as cautelas insertas na Lei 9.296/1996. *In casu*, o magistrado, em cumprimento do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, motivou a quebra do sigilo de dados, com base na intensa utilização de certo terminal telefônico, havendo a franca possibilidade de se desvendar, com base em dados cadastrais oriundos dos registros de companhia telefônica, a autoria de um quarto agente no concerto delitivo”.

10 Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial [...]”.

11 Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: [...] IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica [...]”.

12 SIDI, Ricardo. *A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 47-54. Segundo a jurisprudência do STJ, “a quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelariedade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência”. STJ, Sexta Turma. HC 315.220/RS. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. 15/09/2015.

distintas e autônomas de quebra de sigilo telemático. Diante disso, o seu deferimento deve ser realizado por meio de decisão devidamente motivada, que indique precisamente a medida cautelar autorizada – e.g. o monitoramento (ou interceptação) de comunicações telemáticas pelo período de quinze dias (art. 7º, II, da Lei nº 12.965/2014, que, a seu turno, remete à Lei nº 9.296/1996); a apreensão do conteúdo de mensagens armazenadas em período determinado (art. 7º, III, da Lei nº 12.965/2014); ou mesmo ambas. Destarte, a decisão judicial que defere uma dessas medidas de forma alguma permite a execução de outra delas.

Note-se que a necessidade de especificação e fundamentação se estende também às autoridades encarregadas da investigação, que devem consignar em seu requerimento a específica medida que almejam.

Ademais, importante ressaltar que a fundamentação concreta da decisão que determina o afastamento do sigilo telemático é requisito essencial para a legalidade da medida, seja em relação às comunicações em curso (art. 7º, II, da Lei nº 12.965/2014) seja em relação às comunicações armazenadas (art. 7º, III, da Lei nº 12.965/2014).

Para uma fundamentação idônea, a decisão sempre deverá especificar, com clareza e precisão, as condições e a forma pelas quais a autoridade policial está autorizada a realizar a diligência¹³, de maneira a afastar, ao máximo, a discricionariedade policial na vida privada dos investigados.

Assim, imprescindível que a decisão estabeleça a modalidade de intervenção estatal nas comunicações privadas, especificando se a intervenção estatal consistirá em interceptação das comunicações telemáticas ou quebra de dados telemáticos, qual será a forma de execução da medida, bem como quais fundamentos demonstram a necessidade da medida determinada. Nesse sentido está a já

13 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 1012.

mencionada determinação do art. 5º da Lei nº 9.296/1996, bem como doutrina sobre o tema:

Art. 5º da Lei nº 9.296/1996: A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

A exigência de uma concreta fundamentação da decisão judicial que determina a interceptação de comunicações telemáticas ou quebra de dados telemáticos, é decorrência direta do art. 93, IX, da Constituição da República de 1988, bem como do art. 315, §2º do Código de Processo Penal, tratando-se não apenas de direito dos investigados alvos da medida, mas, sim, de um verdadeiro interesse público ligado ao controle das decisões judiciais. Nesse sentido, leciona ADA PELEGRINI:

Outro importante princípio, voltado como o da publicidade ao controle popular sobre o exercício da função jurisdicional, é o da necessária motivação das decisões judiciárias. Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vista à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação (CPP, art. 381 - CPC, art. 165 c/c art. 458 - CLT, art. 832). Mais modernamente foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de

aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões¹⁴.

Nesse sentido, apresenta-se também o entendimento dos Tribunais Superiores, segundo os quais as decisões de quebra de sigilo, seja telefônico, telemático, fiscal etc. possuem como requisito indispensável a devida fundamentação concreta:

STF: [...] o tema da necessária motivação das decisões é constitucionalmente relevante, porque a garantia da proteção judicial efetiva impõe que tais decisões possam ser submetidas a um necessário processo de controle, a fim de evitar arbitrariedades, abusos, contradições por parte dos órgãos jurisdicionais. Nesses termos, motivar significa fornecer as razões, os fundamentos que legitimam dada decisão em um sentido ou em outro, expondo suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes. Nesse diapasão, tenho que uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional só deve ocorrer em situações pontuais, em que restem evidenciadas de forma flagrante a sua real necessidade. *No caso dos autos, a envolver o sigilo dos dados bancários, fiscais e das comunicações telefônicas, a regra é a inviolabilidade, a exceção, a sua violação, a qual somente se justifica quando devidamente fundamentada por autoridade judicial competente, consoante o disposto no art. 93, IX, da CF.*¹⁵

STJ: EMENTA PARCIAL: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PEDIDO DE EXTENSÃO NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE, CELERIDADE E ECONOMIA

14 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 92.

15 BRASIL. STF. Segunda Turma. HC nº 96.056. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 08/05/2012.

PROCESSUAL. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA MEDIDA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ORDEM CONCEDIDA EM FAVOR DO RECORRENTE. PEDIDO DE EXTENSÃO DEFERIDO AOS CORRÉUS REQUERENTES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS DEMAIS MEDIDAS CONSTRITIVAS. MATÉRIA NÃO INCLUÍDA NA ORDEM CONCEDIDA. NOVA ANÁLISE DA DECISÃO DO JUÍZO A QUO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A DECRETAÇÃO DAS MEDIDAS CONSTRITIVAS. DECISÃO DE PISO INTEGRALMENTE NULA. INVALIDADE DAS PROVAS DECORRENTES. ART. 580 DO CPP. EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS CORRÉUS. RECURSO PROVIDO. (...)

2. Constatada ilegalidade flagrante a ser sanada, pois a nulidade declarada pela Turma, cujos efeitos foram estendidos, restringiu-se à fundamentação da medida de interceptação telefônica e às provas consequentes, não abrangendo a fundamentação da medida de quebra de dados telemáticos (e-mails) e bancários e, quanto a esta matéria, por as medidas constritivas não terem sido concretamente fundamentadas pelo Juízo a quo, é integralmente nula a decisão e as provas dela decorrentes.

3. É nula a decisão que determina constrição de direitos (quebra do sigilo telefônico, fiscal, bancário, telemático e afins) sem fundamentação concreta apta a clarificar os motivos ensejadores da medida. Precedentes (...).¹⁶

Vale insistir, o poder no Estado de Democrático deve estar domesticado pelo Direito¹⁷ e, dessa maneira, pretende-se despedido de arbitrariedade, realizando-se no interesse dos cidadãos. A garantia

16 BRASIL. STJ. Sexta Turma. EDcl no PExt no RHC 120.939/SP. Rel. Ministro Nefi Cordeiro. J. 01/12/2020. P. 07/12/2020. No mesmo sentido: BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 497.699/MG. Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Rel. p/ Acórdão Min. Sebastião Reis Júnior. J. 13/08/2019. P. 26/08/2019; BRASIL. STJ. Quinta Turma. HC 432.408/SP. Rel. Min. Ribeiro Dantas. J. 11/06/2019. P. 18/06/2019; BRASIL. STJ. Sexta Turma. REsp nº 1.705.690. Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 15/02/2018; BRASIL. STJ. Sexta Turma. RHC 117.462/SP. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. J. 18/05/2021. P. 26/05/2021.

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares e Gradiva, 1999, p. 24.

contra os desvios de autoridade se dá, dentre outras maneiras, justamente pela previsibilidade advinda da motivação dos atos públicos praticados, isto é, supõe-se a explicitação das razões de atuação estatal¹⁸.

No caso, a decisão mencionada não autorizou a quebra do sigilo de dados telemáticos, ou seja, não houve decisão judicial apta a permitir o acesso aos e-mails pretéritos armazenados, uma vez que há a menção apenas às comunicações em curso e à quebra de sigilo de dados cadastrais. Assim, em relação à medida de quebra do sigilo de dados telemáticos deve-se reconhecer a nulidade das provas obtidas, visto que a decisão é eivada de nulidade, pois não se encontra fundamentada nesse âmbito. A ausência de fundamentação se evidencia pela decisão:

- não especificar expressamente que a modalidade de intervenção estatal nas comunicações privadas consistente na quebra de sigilo de dados telemáticos foi decretada;
- não indicar os motivos que levaram a necessidade da medida de quebra de sigilo de dados telemáticos;
- não determinar com precisão a forma de execução da diligência necessária à quebra de sigilo de dados telemáticos.

Reitera-se, que a exigência de fundamentação das decisões judiciais, em especial aquelas na quais há a determinação de intervenção estatal no âmbito de intimidade e privacidade dos cidadãos, inclui a necessidade de extrema precisão nas medidas interventivas determinadas, não sendo possível admitir que a partir da decretação de interceptação de comunicações telemáticas também seja

18 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A garantia da motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MALAN, Diogo (org.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 59-83, p. 67.

implicitamente determinada a quebra de sigilo de dados telemáticos, modalidades as quais, conforme já demonstrado possuem naturezas distintas.

Nesses termos, diante do exposto, requer a Defesa, o reconhecimento da nulidade da decisão, com a consequente decretação da nulidade das provas obtidas a partir da quebra de sigilo de dados telemáticos, em função da ausência da fundamentação desta, sendo decisão genérica que viola os requisitos legais, além de infringir jurisprudência dos Tribunais Superiores, nos termos dos artigos 5º, X, e 93, IX, ambos da Constituição da República de 1988 e artigos 157, 315, §2º e 564, IV, todos do Código de Processo Penal, determinando-se, por consequência, seu desentranhamento dos autos.

PREJUÍZO: A ausência de motivação que demonstre de maneira concreta no caso a necessidade da quebra de sigilo de dados telemáticos, intervenção estatal esta que expõe a intimidade e a privacidade dos investigados, compromete o acesso da Defesa a informações fundamentais que permitem verificar a regularidade, a proporcionalidade e a necessidade da medida. Além disso, obrigam o indivíduo a suportar ofensa a seus direitos fundamentais sem lastro em fundamentos jurídicos.

PREQUESTIONAMENTO: A determinação de quebra de sigilo de dados telemáticos por meio de decisão genérica representa afronta ao artigo 5º, X (direito à intimidade e à privacidade), e 93, IX (dever de motivação das decisões judiciais), ambos da CR/88, artigos 157 (prova ilícita), 315, §2º (dever de motivação das decisões judiciais) e artigo 564, IV (nulidade por omissão de formalidade essencial), todos do CPP, bem como ao entendimento firmado pelos Tribunais Superiores nos julgados STF: HC nº 96.05; STJ: RHC 117.462/SP; HC 432.408/SP; HC 497.699/MG; EDcl no PExt no RHC 120.939/SP; REsp nº 1.705.690.

4. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS A PARTIR DA QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TELEMÁTICOS ARMAZENADOS EM CONTAS DE E-MAIL DEVIDO AO EXCESSO DO LIMITE TEMPORAL DETERMINADO EM DECISÃO

A tese foi apresentada em defesa de executivo de empreiteira em processo relacionado à suposta fraude à licitação. O lastro probatório do caso encontrava-se inteiramente fundamentado em elementos obtidos por meio de Interceptação de Comunicações Telemáticas e resultou no oferecimento de denúncia com as imputações previstas no art. 90 da Lei n° 8.666/90 e arts. 312, 332 e 333, todos do CP. A tese em questão discorre sobre os requisitos da interceptação das comunicações telemáticas, bem como discute o desrespeito ao limite temporal fixado na decisão judicial, que deferiu a quebra de sigilo, pelo provedor dos e-mails em questão e a consequente ilicitude das provas.

A condenação do Apelante fundamenta-se em provas obtidas por meio ilícito, a saber: dados telemáticos armazenados nas contas de e-mail de dois dos investigados no âmbito da Operação Editor, os quais foram compartilhados com a presente ação penal, obtidos por meio de quebra de sigilo de dados telemáticos armazenados.

A Defesa faz o presente requerimento por força do disposto no art. 5, LVI, da CRFB/88 e da previsão do art. 157, *caput*, do CPP, por terem sido as referidas provas obtidas em violação: ao artigo 5º, X e XII, da Constituição da República de 1988, bem como ao artigo 7º, III, e artigo 10, *caput*, ambos da Lei 12.965/2014, à jurisprudência do STJ e do TRF-1 sobre ilicitude probatória, ao artigo 330, 151 e 153, todos do Código Penal e ao precedente do Recurso Extraordinário 1.116.949 do STF.

A seguir, será demonstrada a inadmissibilidade de referidas provas, bem como o prejuízo causado ao Apelante.

4.1. DISPONIBILIZAÇÃO ILEGAL POR PARTE DO PROVEDOR DA ÍNTEGRA DA CAIXA DE E-MAILS DOS INVESTIGADOS EM DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL QUE FIXOU LAPSO TEMPORAL ESPECÍFICO, DEVIDAMENTE DESCRITO NO MANDADO.

Em 20/04/2016, no bojo de medida cautelar vinculada à “Operação (...)” (...) – que deu origem à Ação Penal (...), a qual investigava possíveis crimes licitatórios supostamente praticados no âmbito da Concorrência nº (...) da “(...)” (ampliação do “(...)” daquela Instituição Federal de Ensino), foi proferida decisão que determinou a quebra do sigilo de dados vinculados a contas de e-mail de investigados naquele inquérito.

A decisão judicial que decretou a quebra do sigilo de dados telemáticos determinou aos provedores o dever de disponibilizar o conteúdo contidos nas caixas de mensagens no período compreendido entre 27/07/2011 e 20/04/2016, data da decisão:

[print excluído para preservação do caso]

Naquela oportunidade, foi decretada a quebra do sigilo de dados telemáticos armazenados na conta de e-mail (...), que pertenceria ao “Sr. (...)”, investigado naquele inquérito e corréu do Apelante na presente ação penal.

Apesar de a ordem judicial ter fixado um prazo (de 27/07/2011 a 24/04/2016) como delimitação do escopo da medida cautelar, o servidor UOL, responsável pelas contas (...) e (...), disponibilizou **a íntegra da caixa de e-mail das referidas contas**, que pertenceriam aos então investigados Srs. “(...)” e “(...)”.

A esse respeito, apresenta-se o comparativo entre a ordem judicial, emitida pelo Exmo. Juízo de primeiro grau no âmbito da “Operação (...)”, requisitando à Universo Online S.A. (UOL) os dados relacionados à decisão, com a resposta, via ofício, da Universo Online S.A. (UOL):

[print excluído para preservação do caso]

Frise-se que os e-mails armazenados na conta do “Sr. (...)”, remetidos e recebidos em período anterior a 27/07/2011, ou seja, disponibilizados pelo provedor em **descumprimento** do lapsotemporal determinado por ordem judicial emitida no âmbito da “Operação (...)”, deram origem à “Operação X”, que culminou na deflagração das Ações penais (...) e (...), nas quais o Apelante foi condenado e de cuja sentença se recorre por meio destas razões.

Ressalte-se, também, que o Apelante sequer era investigado na “Operação (...)”.

O fato de terem sido disponibilizados dados telemáticos que extrapolam o período determinado por ordem judicial é incontroverso, pois trata-se de fato admitido pelo próprio MPF e reconhecido na r. sentença recorrida:

A Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), já em vigor à época da decretação da quebra de sigilo de dados telemáticos armazenados nas contas de e-mail dos investigados no âmbito da “Operação (...)”, dispõe, em seu art. 7º, inciso III, como direito e garantia dos cidadãos a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas.

Dessa forma, o Marco Civil da Internet, em interpretação constitucionalmente adequada do alcance do princípio do art. 5º, inciso XII, da CRFB/88 (*garantia do sigilo das comunicações e do sigilo de dados*), reforça a garantia do sigilo e a inviolabilidade das comunicações privadas armazenadas. Nesse sentido:

“(...) A partir de sua vigência [do Marco Civil da Internet], os dados sob armazenamento, sobremaneira, quanto à nova modalidade de serviços, baseados na computação em nuvem, passar a contar com o mesmo nível de proteção que as comunicações têm, conforme se verificou, a partir de uma interpretação constitucionalmente adequada da nova legislação, em particular o disposto no art. 7º, III que se coaduna com os preceitos constitucionais

relativos à privacidade e ao sigilo de dados (ou de comunicação de dados)”¹⁹.

Portanto, conforme dispõe a CRFB/88 e o Marco Civil da Internet, o sigilo e a inviolabilidade das comunicações privadas armazenadas é a regra, excetuando-se única e exclusivamente por força de ordem judicial decorrente de decisão devidamente motivada (art. 93, inciso IX, da CRFB/88) com base nos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade ínsitos às medidas cautelares invasivas da esfera de privacidade dos investigados/acusados.

Assim, a relativização da garantia do sigilo das comunicações armazenadas está sujeita à reserva da jurisdição²⁰:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de

19 LEITE, George S.; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Grupo GEN, 2014. p. 413.

20 BRASIL. Ademar Borges; Daniel Sarmiento. *O sigilo dos dados e das comunicações telemáticas no direito brasileiro: ilicitude da apreensão de e-mails armazenados e ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal*. Parecer Jurídico, 04 de março de 2020. STJ. AgRg no AREsp 1.954.819/DF, Sexta Turma. Rel: Min. Rogério Schietti. J: 20/9/2022. DJe: 26/9/2022.

dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado²¹.

A reserva da jurisdição, portanto, implica que o executor da medida se atenha aos exatos termos da ordem judicial emitida pelo juízo decisor, o que no caso não ocorreu.

Desse modo, é vedado, quando da execução da medida, inovar em relação ao requisitado na ordem judicial, sobretudo se a inovação empreendida amplia o âmbito de ingerência da medida na violação do sigilo de dados e das comunicações, o que ocorreu *in casu*.

No presente caso, o provedor responsável pelas contas de e-mail atribuídas aos Srs. “(...)” e “(...)” descumpriu a ordem judicial ao fornecer a íntegra da caixa de e-mail de ambos os investigados.

Sendo o direito humano da privacidade e da intimidade, consubstanciado no sigilo das comunicações privadas armazenadas, a regra e estando sua relativização submetida à reserva da jurisdição, os e-mails que extrapolam o lapso temporal requisitado em ordem judicial estão acobertados pelo sigilo. Assim, os e-mails disponibilizados pelo provedor que sejam anteriores a 27/07/2011 e posteriores a 20/04/2016 constituem prova ilícita.

Ressalte-se, ainda, que o art. 10 do Marco Civil da Internet impõe aos provedores que não somente a guarda, como também a **disponibilização** do conteúdo de comunicações privadas armazenadas, atenda à preservação da intimidade e da vida privada das partes direta e indiretamente envolvidas:

Art. 10. **A guarda e a disponibilização** dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e

21 BRASIL. STF. Tribunal Pleno. MS 23.452/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. DJe: 12/05/2000.

do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

A disponibilização da íntegra dos e-mails vinculados às contas (...) e (...), em descumprimento do lapso temporal definido pelo juízo emissor da ordem judicial viola essa obrigação legal, pois:

- a. A uma, expõe ilegalmente o conteúdo comunicações privadas dos e-mails atribuídos aos Srs. “(...)” e “(...)” de um período indeterminado, inclusive conversas que sequer se relacionam com os fatos em apuração no inquérito que ensejou a medida (“Operação (...)”). Frise-se que o conteúdo privado disponibilizado ao MPF pode conter décadas de e-mails, fato que esta Defesa, lamentavelmente, foi impedida de verificar e precisar, uma vez que a íntegra dos e-mails disponibilizados pela UOL não foi juntada aos autos;
- b. A duas, foi justamente o conteúdo disponibilizado pela UOL fora do limite temporal definido em decisão judicial – e-mails que teriam sido trocados em período anterior a 27/07/2011 – os elementos ensejadores da instauração da investigação cujo objeto culminou com o oferecimento das denúncias pelo MPF contra o Apelante.

4.2. CONVALIDAÇÃO A *POSTERIORI* DE PROVA OBTIDA EM DESVIO DE FINALIDADE MODALIDADE DE *FISHING EXPEDITION*, NA EXECUÇÃO DA QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TELEMÁTICOS ARMAZENADOS.

A disponibilização da íntegra do conteúdo das comunicações armazenadas nas contas de e-mails dos Srs. “(...)” e “(...)” em descumprimento à limitação temporal fixada na ordem judicial relativa à quebra de sigilo de dados telemáticos evidencia um cenário

de desvio de finalidade no cumprimento da medida, que consiste em uma das espécies de pesca probatória (*fishing expedition*):

É [a pesca probatória] a procura especulativa, **no ambiente físico ou digital**, sem ‘causa provável’, alvo definido, finalidade tangível **ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade)**, de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém”²².

O STJ firmou entendimento, em suas duas Turmas Criminais, no sentido de censurar a apuração de ilícitos a partir de provas produzidas fora do escopo previsto na lei e/ou fora dos limites contidos em decisão judicial:

STJ: É ilícita a prova colhida em caso de desvio de finalidade após o ingresso em domicílio, seja no cumprimento de mandado de prisão ou de busca e apreensão expedido pelo Poder Judiciário, seja na hipótese de ingresso sem prévia autorização judicial, como ocorre em situação de flagrante delito. O agente responsável pela diligência deve sempre se ater aos limites do escopo - vinculado à justa causa - para o qual excepcionalmente se restringiu o direito fundamental à intimidade, ressalvada a possibilidade de encontro fortuito de provas. (...) Admitir a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (*fishing expedition*), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade²³.

22 DA ROSA, Alexandre Morais. *Guia do Processo Penal Estratégico*: de acordo com a Teoria dos Jogos, 1ª ed., Santa Catarina: Emais, 2021, p. 389-390.

23 BRASIL. STJ. Sexta Turma. RHC 165.982/PR. Rel: Min. Rogerio Schietti Cruz. J: 20/09/2022. DJe: 26/09/2022. Ementa parcial. No mesmo sentido: STJ. AgRg no RMS

Mesmo antes de se formar jurisprudência específica sobre pescaria probatória, o STJ já vinha reconhecendo a ilicitude de provas invasivas da esfera de privacidade, da intimidade e do sigilo das comunicações de indivíduos obtidas fora do período temporal autorizado judicialmente:

STJ: PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO. LIMITE TEMPORAL. CONTAGEM. ART. 10 DO CP. RESOLUÇÃO N.º 059/2008 DO CNJ. RECONHECIMENTO DO TERMO INICIAL E TERMO FINAL DA PRIMEIRA MEDIDA DE INTERCEPTAÇÃO. CAPTAÇÃO FORA DESTE PRAZO. ILICITUDE. ÁUDIO A SER RETIRADO DO PROCESSO PENAL. ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. QUESTÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. LICITUDE, EM TESE, MANTIDA.

Consoante jurisprudência consolidada nesta Superior Instância, o prazo de 15 dias autorizado para a interceptação telefônica inicia-se com a efetivação da medida, tendo por parâmetro de contagem o art. 10 do Código Penal por envolver a restrição de uma garantia constitucional.

Verificando-se a existência de captação de áudio fora do período autorizado, por certo que nula é a prova colhida, devendo ser extraída dos autos da ação penal.

In casu, o próprio relatório de atividade policial descreve a existência de interceptação em dia não acobertado pelo prazo legal, o que resulta no reconhecimento da nulidade do áudio colhido no dia 18/2/2004.

No entanto, em princípio, não está comprovada nos autos a ilicitude por derivação das demais provas, porquanto não trouxe a defesa qualquer indicação de que o diálogo impugnado tenha sido relevante para a

62.562/MT. Quinta Turma. Rel: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF). J: 07/12/2021. DJe: 13/12/2021.

investigação e nem que qualquer outra prova tenha dele derivado diretamente. Ainda mais quando a impetração reconheceu que a investigação foi extensa e o Tribunal a quo indicou que a matéria deverá ser analisada no decorrer da instrução.

Recurso provido em parte apenas para reconhecer a nulidade do áudio colhido no dia 18/2/2004, determinando a exclusão desta prova dos autos do processo penal²⁴.

Além disso, cite-se decisão paradigmática do TRF-1, confirmada pelo STJ, que trata, especificamente, da necessidade de limitação temporal da medida de quebra de sigilo de dados telemáticos armazenados em e-mails e da obrigatoriedade da observância do referido lapso quando do cumprimento da medida, sob pena de nulidade, a qual foi reconhecida no caso concreto:

TRF-1: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. “OPERAÇÃO ZELOTES”. DENÚNCIA. PROVA. COMUNICAÇÃO TELEMÁTICA. ACESSO A DADOS ARMAZENADOS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE DA PROVA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA EM PARTE.

Busca-se com o presente Habeas Corpus que seja declarada a ilicitude das conversas de e-mails que, obtidas relativamente ao período anterior a 15/8/2014 (data da decisão que determinou a interceptação do fluxo das conversas telemáticas dos investigados), embasaram a peça acusatória. Postula-se também que, reconhecida a ilicitude aqui alegada, seja determinado o trancamento da ação penal em relação aos pacientes, por ausência de justa causa.

4. Assiste razão à parte impetrante quando alega que teria havido excesso na execução da medida de

24 BRASIL. STJ. Sexta Turma. RHC nº 63.005/DF. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J: 15/12/2015. DJe: 01/2/2016.

interceptação do fluxo das comunicações telemáticas deferidas pelo Juízo.

13. A autoridade impetrada, ao expedir o Ofício às Operadoras, extrapolando o que havia deferido na decisão de quebra de comunicação telemática, determinou o acesso “a todas as caixas de armazenamento de mensagens já existentes e/ou arquivadas na conta (ex: enviadas, recebidas, lixeiras, rascunhos...), bem como acesso a discos virtuais de armazenamento vinculados à conta de correspondência eletrônica”, permitindo, pois, uma verdadeira devassa na comunicação dos envolvidos, sem que, para tanto, tivesse havido decisão judicial anterior que, devidamente fundamentada, autorizasse tal invasão de privacidade.

15. Certo é que, cuidando-se de interceptação telemática, ou de acesso a conteúdo de dados já armazenados, consoante doutrina e jurisprudência, como se viu, exige-se decisão judicial que, expressamente fundamentada, além de autorizar tais medidas, com relação a este último caso (acesso a conteúdo de dados já armazenados), evidentemente, deve delimitar o período a que esse acesso deverá se restringir, sob pena de indevida devassa do conteúdo de comunicação privada entre os indivíduos.

16. Na ausência de expressa autorização judicial e, de um jeito ou de outro, diante de inexistência de limite temporal para tanto, o ofício que, extrapolando o que decidido, permitiu acesso ao conteúdo armazenado de comunicação eletrônica dos pacientes revela-se indiscutivelmente, no caso, ilegítimo, autorizando a determinação de que esse material seja retirado dos autos.

18. Ordem de Habeas Corpus que se concede em parte para, na linha do que decidido em sede liminar, declarar a ilicitude das conversas de e-mails que embasam a denúncia e que foram obtidas relativamente ao período anterior a 15/8/2014 (data da

decisão que determinou a interceptação do fluxo das conversas telemáticas dos investigados) e determino que tais elementos de prova sejam desentranhados dos autos da ação penal 0045023-90.2017.4.01.3400²⁵.

Conforme a fundamentação da decisão judicial, a limitação temporal foi estabelecida em observância à justa causa para a qual excepcionalmente se restringiu o direito à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações, em consonância com a Constituição da República e com o Marco Civil da Internet:

[print excluído para preservação do caso]

Mesmo assim, o lapso temporal definido em decisão e ordem judiciais foi descumprido pela empresa UOL, responsável pelos e-mails citados.

Reforce-se que eventual justificativa por parte da UOL para o descumprimento do mandado não teria o condão de convalidar a presente nulidade. No entanto, no presente caso, a empresa sequer justificou o descumprimento da ordem judicial.

Ressalte-se: os fatos descritos na presente tese não se enquadram nas hipóteses de encontro fortuito de provas, a qual apenas teria ocorrido caso elementos indiciários de outros delitos tivessem sido descobertos a partir da observância da decisão judicial que autorizou a medida, ou seja, se fossem encontrados indícios de outros delitos dentro do limite temporal fixado pelo Exmo. Juízo, o que não ocorreu *in casu*, no qual houve verdadeiro desvio de finalidade na execução das diligências. Nesse sentido:

Segundo a Teoria do Encontro Fortuito de Provas (princípio da serendipidade), admitida pela jurisprudência desta Corte, independentemente da ocorrência da identidade de investigados ou réus,

25 BRASIL. TRF-1. Quarta Turma. Habeas Corpus 1029467-75.2019.4.01.0000. Rel: Des. Fed. Néviton Guedes. J: 07/04/2020. Publicação: 09/04/2020. Ementa parcial.

consideram-se válidas as provas encontradas casualmente pelos agentes da persecução penal, relativas à infração penal até então desconhecida, por ocasião do cumprimento de medidas de investigação de outro delito regularmente autorizadas, ainda que inexistam conexão ou continência com o crime supervenientemente encontrado, **desde que não haja desvio de finalidade na execução das diligências das quais se originaram os elementos probatórios²⁶.**

Apesar de a disponibilização de dados telemáticos para além do período autorizado se tratar de fato incontroverso, a Defesa diverge da conclusão alcançada pelo juízo de primeiro grau na r. sentença recorrida a respeito da ilicitude da prova obtida por esse meio:

[print excluído para preservação do caso]

Data venia, a fundamentação do Exmo. Juízo de primeiro grau de que a prova contida nos e-mails armazenados fora do lapso temporal determinado por decisão judicial “em nada interfere na prova obtida a partir da quebra de sigilo telemático estendida para 01/01/2010” e que tal elemento “constituiu-se prova lícita, posto que autônoma”, ao mesmo tempo desconsidera a ordem dos fatos, não encontra amparo legal e nem teórico.

O Exmo. Juízo *a quo*, mesmo magistrado que deferiu a medida naquela investigação, apresentou fundamentação inconsistente, pois: de um lado, determinou um lapso temporal específico para o cumprimento da medida de quebra de sigilo de dados telemáticos armazenados. De outro, já em posse do material ilícito, constatando que havia outros possíveis ilícitos a serem investigados, aceitou o descumprimento de ordem judicial de sua própria lavra ao não invalidar os elementos obtidos em descumprimento a sua decisão judicial.

²⁶ BRASIL. STJ. Quinta Turma. Agravo Regimental no Habeas Corpus 533.348/CE. Rel: Min. Jorge Mussi. J: 01/10/2019. DJe: 10/10/2019. Ementa parcial.

Ademais, a afirmação do Exmo. Juízo busca incutir a sugestão de que a prova teria sido obtida a partir de uma autorização judicial de extensão do período da quebra de sigilo de dados telemáticos em relação ao que fora inicialmente deferido, de modo a buscar conferir ares de legalidade à prova.

No entanto, ao fazê-lo, o Exmo. Juízo de primeiro grau, *data venia*, inverteu a ordem dos fatos.

De fato, houve decisão judicial que determinou a extensão da quebra de sigilo de dados telemáticos de modo a que fosse disponibilizado o acesso aos dados armazenados nos e-mails de (...) e (...) no período compreendido entre 01/01/2010 e 20/04/2016:

[*print excluído para preservação do caso*]

Porém, ao contrário do que a r. sentença recorrida sugere, a decisão judicial que prorroga o período da quebra de sigilo de dados telemáticos relativos às contas de e-mail citadas foi proferida após o MPF já ter sob sua posse a íntegra do conteúdo das caixas de e-mail dos Srs. “(...)” e “(...)”, ilegalmente disponibilizado pela UOL.

Nesse sentido, a verdadeira ordem dos fatos foi a seguinte:

- **20/04/2016 - DECISÃO DE QUEBRA DE SIGILO DOS DADOS TELEMÁTICOS:** o Exmo. Juízo de primeiro grau proferiu decisão na qual deferiu a disponibilização dos dados armazenados nos e-mails (...), (...), (...) e (...) no período compreendido entre 27/07/2011 e 20/04/2016 (Autos (...), fls...);
- **23/05/2016 – OFÍCIO DA UOL CONTENDO A INTEGRALIDADE DA CAIXA DE MENSAGENS RELATIVAS AOS E-MAILS (...) e (...):** Ofício da UOL, empresa responsável pelas contas de e-mail (...) e (...), que pertenceriam, segundo a acusação, aos Srs. “(...)” e “(...)”, em resposta ao mandado expedido pelo Exmo. Juízo de primeiro grau, disponibilizando a íntegra do conteúdo da caixa de e-mail das referidas contas (Autos (...), fls...).

- **15/08/2016 – MANIFESTAÇÃO DO MPF SOLICITANDO MANIFESTAÇÃO JUDICIAL PARA VALIDAR O ENVIO DA INTEGRALIDADE DAS MENSAGENS DOS E-MAILS ALVO:** Manifestação do MPF “inclusive no tocante aos dados telemáticos já apresentados, autorize que a investigação alcance mensagens trocadas desde 01/01/2010”; (Autos (...), fls...);
- **AGOSTO DE 2016 - DECISÃO JUDICIAL QUE BUSCOU VALIDAR A JUNTADA IRREGULAR DA INTEGRALIDADE DAS MENSAGENS DOS E-MAILS ALVO:** Decisão que determinou “o afastamento do sigilo telemático já apresentados em relação às trocas de mensagens ocorridas desde 01/01/2010” (Autos (...), fls...).

Assim, constata-se que, primeiramente, o MPF teve acesso à íntegra da caixa de e-mails dos Srs. “(...)” e “(...)”, em descumprimento à decisão judicial que havia definido prazo mais restrito de acesso aos dados armazenados.

Em um segundo momento, **já em posse do conteúdo ilícito**, o MPF solicitou que o Exmo. Juízo autorizasse “que a investigação alcance mensagens trocadas desde 01/01/2010”:

[print excluído para preservação do caso]

Assim, a manifestação do MPF pela prorrogação do lapso temporal de acesso aos dados telemáticos buscou conferir aparência de legalidade à ilicitude que já estava consumada desde que o órgão acusatório obteve acesso à cópia completa da caixa de e-mail das contas de e-mail atribuídas aos Srs. “(...)” e “(...)” sem prévia autorização judicial.

Frise-se, desde já, que o objetivo da presente tese não é imputar má-fé ao ilustre RMP.

A Defesa busca, tão somente, dar concretude ao princípio da legalidade que informa o processo penal, como corolário da segurança jurídica, o qual não admite que exceções subjetivas embasadas em

expectativa de boa-fé dos ocupantes das esferas de poder, como a alegação de que o MPF, apesar de ter tido acesso aos dados ilegalmente disponibilizados, optou por não os analisar até que fosse deferida a prorrogação do prazo.

No processo penal, o princípio da legalidade e os limites à atividade instrutória decorrentes desse princípio devem ser estritamente observados porque a forma de realização dos atos do poder, nessa seara, é uma garantia do acusado contra possíveis arbítrios do Estado:

E é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. (...) Assim entendido, o rito probatório não configura formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um valor de verdade. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é de garantia²⁷.

In casu, a prova foi obtida em violação aos direitos fundamentais do sigilo de dados (art. 5º, inciso XII, da Constituição da República), da intimidade e da vida privada (art. 5º, inciso X, da Constituição da República) e em ofensa ao art. 7º, III, do Marco Civil da Internet, em

27 PELLEGRINI, Ada; MAGALHÃES, Antonio; SCARANCE, Antonio. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 124.

descumprimento à decisão judicial que autorizou medida invasiva de tais direitos.

Apesar de a Defesa entender que o conteúdo da presente tese trata de hipótese de nulidade absoluta, sabe-se que há jurisprudência no sentido de ser necessária a comprovação do prejuízo advindo da nulidade levantada.

Destaque-se que a própria r. sentença recorrida admite a ligação entre os e-mails obtidos a partir da quebra de sigilo de dados nos Autos nº (...) e a deflagração das investigações que culminaram na presente ação penal:

[print excluído para preservação do caso]

Além disso, a própria portaria do MPF que instaurou a investigação que deu origem à presente ação penal menciona os e-mails obtidos na cautelar vinculada à “Operação (...)”:

[print excluído para preservação do caso]

Consigne-se que os três novos fatos mencionados no trecho acima, que teriam ocorrido no âmbito da “(...)” e que seriam objeto da investigação decorrente da “Operação (...)”, foram **i**) a licitação para a aquisição de mobiliário, **ii**) o projeto do Parque Científico e Tecnológico da “(...)” e **iii**) o projeto “(...)”.

O Apelante se viu investigado e processado em razão dos fatos relacionados ao Parque Científico e Tecnológico da “(...)” e, em relação a esses fatos, o MPF colacionou exclusivamente os e-mails disponibilizados ilegalmente, ou seja, referentes a período anterior a 27/07/2011.

Por fim, consigne-se que todos os e-mails que embasaram a presente denúncia em relação ao Apelante são de período anterior ao autorizado na decisão judicial de que trata a presente tese.

4.3. DA MAGNITUDE DO PREJUÍZO:

4.3.1. VIOLAÇÕES TIPIFICADAS COMO CRIME CONTRA OS BENS JURÍDICOS ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, INVIOABILIDADE DA CORRESPONDÊNCIA E INVIOABILIDADE DOS SEGREDOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 330, 151 E 153, TODOS DO CP.

Desde já, consigne-se que o foco da Defesa não é a imputação de crimes aos colaboradores da UOL responsáveis pela disponibilização da íntegra do conteúdo das caixas de e-mails, em descumprimento de ordem judicial.

No entanto, para fins de raciocínio demonstrativo acerca da ilicitude da prova e da sua gravidade, não se pode deixar de consignar que o Código Penal tipifica a conduta do indivíduo que desobedece a ordem legal de funcionário público (art. 330) por meio de omissão ou ação²⁸.

Com isso, o ordenamento jurídico brasileiro deixa claro que a desobediência aos exatos termos de uma ordem judicial não é uma mera irregularidade sanável a qual se possa menoscabar, mas sim ilicitude grave, que configura inclusive crime.

A magnitude da consequência da conduta do provedor UOL transcende a aptidão de caracterizar nulidade e adquire relevância tão significativa a ponto de merecer tratamento penal (crime de desobediência).

In casu, a desobediência da ordem legal emitida por funcionário público ofendeu não somente ao bem jurídico Administração Pública, mas também, e principalmente, ao jurisdicionado a quem a lei e a Constituição conferem proteção por meio dos comandos que submetem a quebra de sigilo de dados telemáticos armazenados à reserva da jurisdição.

28 GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral: crimes contra a administração pública*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 277-279. No mesmo sentido: SOUZA, Luciano A. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 1081.

Nessa linha, destaque-se a centralidade do povo para a concepção constitucional da Administração Pública:

Como se pode depreender das diversas disposições constitucionais referidas, o povo é fonte da legitimação democrática e o responsável pela concessão ou outorga dessa legitimação (...) A nova ciência do direito administrativo, porém, avança de um conceito de povo como unidade coletiva para uma nova noção plural; e estende o objeto para além do poder estritamente estatal, abrangendo as autoridades administrativas independentes e as entidades privadas que exercem poderes públicos, em sistemas de cooperação e parcerias público-privadas²⁹.

Assim, é sobremaneira grave a violação que, como *in casu*, a um só tempo promove ofensa ao poder (Administração Pública) e à sua essência legitimadora, qual seja o povo, titular dos direitos humanos da privacidade, da intimidade e do sigilo das comunicações e de dados agredidos no caso concreto, diante do descumprimento de ordem legal por um particular que implicou na exposição de mensagens privadas.

Façamos o exercício de imaginação de um cenário no qual o Judiciário não reconheça a ilicitude pretendida e considere admissível a prova consubstanciada nos e-mails armazenados nas contas dos usuários (...) e (...).

Nessa hipótese, haveria inaceitável e contraditória legitimação estatal da desobediência de ordem legal, ou seja, haveria a aceitação do Estado, em prejuízo do réu, de uma conduta ilícita, tão grave que foi tipificada como crime, de modo que seria conferido ao particular o poder de fazê-lo ainda que se trate de matéria submetida à reserva de jurisdição e que o descumprimento importe na exposição de conteúdo abarcado por sigilo nos termos da Constituição e de lei federal.

29 MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 1848-1849.

Além disso, consigne-se que o Código Penal, ramo do direito que dispõe das sanções mais graves do ordenamento jurídico, também tipifica a violação às comunicações privadas. Nesse sentido, definiu como crime a violação de correspondência (art. 151) e a violação de segredo (art. 154):

Violação de correspondência

Art. 151 - Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Divulgação de segredo

Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou **detentor**, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.

Frise-se que as normas penais incriminadoras dos artigos 151 e 153 do Código Penal protegem a intimidade, a privacidade e, mais especificamente, o sigilo das comunicações, não se restringindo à proteção da definição antiga de correspondência:

O Código Penal não define o que deve ser entendido por correspondência. No entanto, na era das comunicações é natural que sua compreensão seja suficientemente abrangente para abarcar **todo e qualquer meio de comunicação**³⁰.

Mas, no atual estágio da evolução tecnológica, poder-se-á sustentar, como se fazia até pouco tempo, que documento ou correspondência somente podem ser escritos? À evidência que não, embora admitamos que não possa ser considerada documento ou correspondência a informação ou transmissão de

30 BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal: parte especial*. v.2. São Paulo: Editora Saraiva, 2024. p. 327.

dados oralmente; **contudo, ninguém pode ignorar que, na atualidade, pode-se receber documento ou correspondência confidencial das mais variadas formas, como, por exemplo, via e-mail, gravações em fitas cassete, fitas de vídeo etc**³¹.

Ambas as normas penais possuem elementos normativos, de modo que a sua interpretação depende da aplicação de técnica remissiva que busca o sentido de tais elementos em dispositivos legais que as complementem.

Nesse sentido, em relação à norma penal incriminadora descrita no art. 151 do CP, configura crime a devassa *indevida* do conteúdo da correspondência. Em sentido similar, constitui elemento do tipo penal do art. 153 a divulgação *sem justa causa* do conteúdo de correspondência confidencial.

In casu, o significado dos elementos normativos dos tipos penais citados pode ser encontrado no art. 5º, inciso XII, da CR/88 e no art. 7º, inciso III, da Lei 12.965/2014, que determinam a inviolabilidade e o sigilo de dados e das comunicações privadas armazenadas **como regra**, excetuando-a tão somente na hipótese de autorização judicial.

Contrario sensu, a conduta daquele que devassa ou divulga correspondência de outrem fora dos limites estabelecidos em ordem judicial, **tendo em vista que a regra segundo a Constituição e a legislação federal é o sigilo e inviolabilidade desses dados**, configuraria, ao menos em tese, os tipos penais mencionados, uma vez que se caracterizaria a devassa *indevida* e a divulgação *sem justa causa*.

Não é demais reforçar que as comunicações armazenadas nos e-mails que foram transmitidas ou recebidas fora do lapso temporal autorizado pelo Juízo que emitiu a ordem de quebra estão protegidas pelo sigilo previsto em Constituição e lei federal e são, portanto, invioláveis.

31 BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de direito penal: parte especial*. v.2. São Paulo: Editora Saraiva, 2024. p. 336.

No presente caso, a violação é evidente: a empresa UOL disponibilizou a íntegra da correspondência eletrônica dos investigados quando a ordem judicial determinava um lapso temporal específico, ação que é, além de violadora das normas constitucionais e legais citadas no item anterior, proibida pela legislação penal vigente por caracterizar violação de correspondência.

4.3.2. VIOLAÇÃO DO PRECEDENTE DO STF (RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 1.116.949 – TEMA 1041).

Vale destacar que o STF, em atenção aos preceitos constitucionais protetores do sigilo dos dados, do sigilo das comunicações, da privacidade e da intimidade, fixou o seguinte entendimento em sede de repercussão geral:

Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, **é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo**. Salvo se ocorrido em estabelecimento penitenciário quando houver fundados indícios da prática de atividades ilícitas³².

Assim, a prova obtida em violação de decisão judicial, *in casu*, também viola o precedente vinculante do STF. Nesse sentido, merece destaque a fundamentação utilizada no referido precedente:

Não vivêssemos tempos estranhos seria desnecessário discutir se a inviolabilidade a envolver a intimidade, a privacidade e a livre expressão deve ou não ser flexibilizada. É inadequado manejar argumentos metajurídicos – no caso a suspeita quanto ao conteúdo do pacote –, no afastamento de garantia constitucional

32 BRASIL. STF. Tema Repetitivo 1041. Tribunal Pleno. Rel: Min. Marco Aurélio. Tese fixada em: 17/8/2020. Leading Case: Recurso Extraordinário 1.116.949. J: 07/08/2020 a 17/8/2020. DJe: 31/8/2020.

cujos contornos devem ser preservados. O material aberto e apreendido, em razão de ter sido regularmente despachado, estava protegido pela garantia constitucional. Se existia suspeita, a via adequada ao acesso do conteúdo estava na busca de ordem judicial fundamentada e não na violação, diga-se, a direito constitucionalmente assegurado. É esse o preço que se paga por viver em um Estado Democrático de Direito, não sendo demasia relembrar Rui Barbosa quando, recém-proclamada a República, no ano de 1892, ressaltou: “Com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há salvação”.

In casu, a situação parece ainda mais grave, uma vez que existia decisão expressa que autorizava o acesso somente a determinado lapso temporal, excluindo-se expressamente, assim, do seu âmbito de autorização, o restante do conteúdo das caixas de e-mail dos investigados Srs. “(...)” e “(...)”.

Diante do exposto, a Defesa requer o reconhecimento da ilicitude do conteúdo dos e-mails, incluindo seus anexos, oriundos das contas (...) e (...), disponibilizados ilegalmente pela UOL em descumprimento do lapso temporal fixado pelo Exmo. Juízo de primeiro grau, pugnando, desde já, pelo seu desentranhamento dos autos, na forma do art. 5º, LVI, da CR/88 e art. 157, *caput*, do CPP, por terem sido obtidos por meio da violação do art. 5º, XII, CR/88, dos arts. 7º, inciso III, e 10, *caput*, ambos da Lei 12.965/2014, bem como por terem sido obtidas por meio de *fishing expedition*, na modalidade desvio de finalidade, vedada pela jurisprudência do STJ, e em desconformidade à jurisprudência do TRF-1.

Consequentemente, considerando se tratar da principal justa causa utilizada contra o Apelante, requer que sejam declaradas nulos todos os atos processuais que se valeram das provas ilícitas, nos termos do art. 564, IV, do CPP, desde a denúncia, determinando abertura de vistas ao MPF para que analise os elementos de convicção lícitos remanescentes e avalie a viabilidade de oferecimento de denúncia.

PREJUÍZO: O descumprimento do lapso temporal fixado por decisão judicial e requisitado em ordem judicial para a execução de medida invasiva da esfera de intimidade e de sigilo dos investigados (quebra de sigilo de dados telemáticos armazenados em contas de e-mail), ou seja, a disponibilização de mensagens privadas ainda abarcadas pela cláusula de sigilo *deu causa* à instauração de investigação, ao oferecimento de denúncia e à condenação do Apelante.

PREQUESTIONAMENTO: : O descumprimento do lapso temporal fixado por decisão judicial e requisitado em ordem judicial para a execução de medida invasiva da esfera de intimidade e de sigilo dos investigados (quebra de sigilo de dados telemáticos armazenados em contas de e-mail) viola o art. 5º, LVI, X e XII, da CR/88, o art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, art. 7º, III, e art. 10, *caput*, ambos da Lei 12.965/2014, o art. 157, *caput*, do CPP, os arts. 151, 153 e 330, todos do CP, o precedente do STF (Recurso Extraordinário 1.116.949), bem como a jurisprudência do STJ (Agravo Regimental no Habeas Corpus 533.348/CE) e do TRF-A (Habeas Corpus 1029467-75.2019.4.01.0000).

5. EXCESSO DE EXECUÇÃO EM PROVA OBTIDA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEMÁTICAS

A tese foi apresentada em Habeas Corpus impetrado no âmbito de operação envolvendo supostos crimes de corrupção na esfera federal, cuja ordem foi concedida em favor de executivos de companhia do setor de siderurgia. O lastro probatório, no caso, encontrava-se inteiramente fundamentado em elementos obtidos a partir de medida cautelar de Interceptação das Comunicações Telemáticas. A tese processual em questão discorre sobre os requisitos e diferenças fundamentais entre a interceptação das comunicações telemáticas, a quebra de dados telemáticos e a obtenção de dados cadastrais, bem como discute sobre os limites da execução em provas obtidas por meio de interceptação das comunicações telemáticas.

No caso em questão, em relação aos Defendentes, a denúncia é substancialmente baseada em conversas de e-mail armazenadas que foram apreendidas por meio de Medida Cautelar de Interceptação das Comunicações Telemáticas em trâmite perante a respectiva Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Ocorre que as conversas de e-mail que lastreiam a acusação formulada foram obtidas illicitamente, tendo em vista o excesso de execução verificado no cumprimento das decisões judiciais de interceptação das comunicações telemáticas dos investigados.

Conforme se verifica a partir da análise dos autos, os ofícios aos provedores de e-mail expedidos pela respectiva Vara possuíam conteúdo mais amplo do que o conteúdo das decisões judiciais de afastamento do sigilo. Ao invés de se limitarem a decretar a interceptação do fluxo de correios eletrônicos por 15 (quinze) dias e a quebra de sigilo de dados cadastrais – conforme previsto nas decisões judiciais –, os ofícios requisitaram também acesso às mensagens de e-mail privadas armazenadas junto aos provedores, relativas a período anterior ao monitoramento eletrônico autorizado.

O excesso na execução da medida de interceptação do fluxo das comunicações telemáticas pode ser verificado a partir do cotejo entre as decisões judiciais de quebra de sigilo e os respectivos mandados judiciais que foram expedidos para dar-lhes-cumprimento. Para a comodidade do exame, colaciona-se o quadro abaixo:

DECISÕES	OFÍCIOS
Decisão inicial de fls. (...) <i>linformação recortada para preservação do caso</i>	Ofício de fls. (...) <i>linformação recortada para preservação do caso</i>
1ª decisão de prorrogação de fls. (...) <i>linformação recortada para preservação do caso</i>	Ofício de fls. (...) <i>linformação recortada para preservação do caso</i>
2ª decisão de prorrogação de fls. (...) <i>linformação recortada para preservação do caso</i>	Ofício de fls. (...) <i>linformação recortada para preservação do caso</i>
3ª decisão de prorrogação de fls. (...) <i>linformação recortada para preservação do caso</i>	Ofício de fls. (...) <i>linformação recortada para preservação do caso</i>

Como se percebe pela análise do quadro acima, a decisão judicial que inicialmente determinou o afastamento do sigilo telemático dos investigados, ao deferir a representação policial de interceptação telemática, especificou as medidas que deveriam ser implementadas: (i) o monitoramento das comunicações telemáticas das contas de e-mail indicadas, por 15 (quinze) dias, a contar da instalação dos equipamentos, e (ii) a quebra do sigilo dos dados cadastrais das referidas contas de e-mail.

Não se verifica, nessa decisão, qualquer determinação de quebra do sigilo dos dados telemáticos que autorizasse o acesso às conversas privadas já armazenadas (apreensão do conteúdo de atos de comunicação pretéritos) nessas contas de e-mail.

As decisões judiciais que se seguiram limitaram-se a renovar as medidas já deferidas por mais 15 (quinze) dias cada, alterando apenas a lista de e-mails interceptados, mediante a inclusão e/ou a exclusão de

endereços eletrônicos segundo era conveniente para as investigações. Note-se que, nas decisões judiciais de prorrogação, também não há qualquer referência acerca da quebra de dados telemáticos.

Apesar disso, os ofícios que determinaram o cumprimento da decisão judicial de interceptação telemática requisitaram às empresas operadoras das contas de e-mail o acesso a mensagens eletrônicas dos investigados, pré-existentes ao período monitorado. No caso da decisão inicial, os respectivos ofícios decretaram o acesso a todas as mensagens eletrônicas armazenadas, sem qualquer limitação temporal.

Com efeito, requisitaram a criação de uma conta-espelho da conta de correspondência eletrônica indicada, em ambiente web (*webmail*), o fornecimento à equipe de investigação usuário e senha para acesso a todas as caixas de armazenamento de mensagens já existentes e/ou arquivadas na conta (ex.: enviadas, recebidas, lixeiras, rascunho ...), bem como o acesso a discos virtuais de armazenamento vinculados à conta de correspondência eletrônica.

Já os ofícios relativos às decisões de prorrogação solicitaram acesso às mensagens pré-existentes ao período monitorado que estejam armazenadas e/ou arquivadas na conta até o ano (...), ou seja, aproximadamente pelo período de 10 (dez) anos.

Dessa forma, os ofícios requisitaram às companhias operadoras dados telemáticos (conversas armazenadas) que não estavam abarcados pela autorização judicial em questão, o que permitiu devassa generalizada em todos os e-mails trocados pelos investigados durante todo esse larguíssimo período de uma década, independentemente de sua pertinência temporal com o objeto da investigação em curso.

Importante observar que o ordenamento brasileiro, tanto com base na legislação^{33/34} quanto na jurisprudência³⁵, estabelece a autonomia e independência das diferentes medidas de intervenção no sigilo telemático, nomeadamente a *interceptação das comunicações telemáticas* e a *quebra de dados telemáticos*. Destarte, torna-se inviável a execução de uma dessas medidas com base apenas na decretação de outra. Para ocorrer a execução da medida de quebra de dados telemáticos, como ocorreu no caso em questão, é imprescindível que essa seja explicitamente decretada por meio de decisão judicial concretamente fundamentada, na qual os motivos e a essencialidade da medida sejam claramente expostos.

Não se poderia supor que o deferimento da interceptação das comunicações telemáticas dos investigados e a quebra dos seus dados cadastrais houvesse autorizado a polícia a acessar também às conversas armazenadas, considerando que:

33 Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; **II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial [...]**”.

34 Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: [...] **IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica [...]**”.

35 Nesse sentido, sobre a diferença entre as medidas de interceptação das comunicações telefônicas e de quebra de sigilo telefônico, v. BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 237.006/DF. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. 27/06/2014: “*Não se confundem as medidas de quebra de sigilo telefônico com a interceptação de comunicação telefônica, esta última albergada, ademais, pela cláusula de reserva de jurisdição. Daí, não são exigíveis, no contexto da quebra de sigilo de dados, todas as cautelas insertas na Lei 9.296/1996. In casu, o magistrado, em cumprimento do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, motivou a quebra do sigilo de dados, com base na intensa utilização de certo terminal telefônico, havendo a franca possibilidade de se desvendar, com base em dados cadastrais oriundos dos registros de companhia telefônica, a autoria de um quarto agente no concerto delitivo*”.

- a parte dispositiva da primeira decisão é suficientemente clara, tendo determinado apenas a implementação das medidas de interceptação telemática e quebra de dados cadastrais;
- em nenhum momento, houve determinação expressa da apreensão de e-mails armazenados;
- todas as medidas foram deferidas com base na Lei nº 9.296/1996 (aplicável diretamente à interceptação dos fluxos de comunicação), e não na Lei nº 12.965/2014 (que rege especificamente a obtenção, mediante ordem judicial, de “comunicações privadas armazenadas”, conforme os seus arts. 7º, III e 10, §2);
- além disso, não houve qualquer justificativa para a quebra do sigilo das conversas armazenadas; e
- por fim, todas as decisões fazem referência a um prazo de 15 (quinze) dias, sem qualquer indicação do exato intervalo de tempo ou das datas de envio/recebimento das mensagens de e-mail armazenadas que poderiam ser acessadas pela autoridade policial.

Tudo indica, *data venia*, que foi um equívoco cometido pela autoridade policial que conduziu a Secretaria da respectiva Vara ao incluir nos ofícios dirigidos aos provedores a determinação de quebra de sigilo de dados telemáticos armazenados. É que a autoridade policial incluiu, na parte final de cada representação de quebra de sigilo telemático, algumas sugestões de ordem técnica acerca de como os eventuais mandados judiciais deveriam ser elaborados, dentre as quais (i) determinação às operadoras para que criassem “*uma conta-espelho da conta de correspondência eletrônica indicada, em ambiente web (webmail), devendo prover à equipe de investigação usuário e senha para acesso a todas as caixas de armazenamento de mensagens já existentes e/ou arquivadas na conta (ex.: enviadas, recebidas, lixeiras, rascunho ...), bem como acesso a discos virtuais de armazenamento vinculados à conta de correspondência eletrônica*”; (ii) a obrigação de “*prover à equipe de*

investigação usuário e senha para acesso a todas as caixas de armazenamento de mensagens já existentes e/ou arquivadas na conta (ex.: enviadas, recebidas, lixeiras, rascunho ...), bem como acesso a discos virtuais de armazenamento vinculados à conta de correspondência eletrônica”; e (iii) a advertência para que as operadoras conferissem “acesso às mensagens pré-existentes ao período monitorado” que estivessem “armazenadas e/ou arquivadas na conta até 01/01/2005”.

Ocorre que, as sugestões de ordem técnica sugeridas pela autoridade policial não estavam abarcadas pela diligência que efetivamente foi requerida, consistente na interceptação das comunicações telemáticas, uma vez que eram relacionadas à obtenção de conversas armazenadas, e não à captura de conversas em fluxo. A necessária vinculação do mandato aos termos das respectivas decisões judiciais impediria que aos mandados judiciais de simples monitoramento de e-mails por prazo determinado (quinze dias) fosse incluída determinação para a disponibilização de todos os e-mails armazenados nas contas dos investigados.

Fato é que se não consta expressamente da decisão autorização para apreensão de e-mails armazenados (quebra de sigilo de dados telemáticos): ela simplesmente não existe. E não se pode conceber algo como a quebra de sigilo de dados implícita. A exigência legal de fundamentação prevista no art. 5º da Lei nº 9.296/1996 – igualmente aplicável a quebra do sigilo de dados telemáticos – impede uma interpretação nesse sentido. Segundo esse dispositivo, “[a] decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência”.

Houvesse dúvida quanto à extensão da quebra de sigilo autorizada, ela deveria ser resolvida segundo as diretrizes impostas pelo princípio da interpretação restritiva das restrições a direitos fundamentais. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem decidido que “a regra é a inviolabilidade do sigilo. O afastamento, por revelar exceção, não admite potencialização. A interpretação há de ser estrita. Surge inconcebível que o Ministério Público Federal almeje

obter do Judiciário uma carta branca para vasculhar todo e qualquer dado do investigado, sem especificar quais e por quê”. É conferir:

STF: “DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO — AUSÊNCIA DE ENQUADRAMENTO NO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL — NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. O Tribunal de Justiça do Estado do Acre, reformando o entendimento do Juízo, rejeitou a denúncia, considerada a ilicitude da prova. No extraordinário, o recorrente aponta a violação do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Diz que em se tratando de situação de flagrante e consequente apreensão de objeto relacionado à prática de fato criminoso, não há se falar em ilegalidade da análise de registros de troca de mensagens pelo aplicativo whatsapp, armazenados na memória do celular. Discorre sobre o caráter relativo da regra da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, tendo-a por excepcionada para o fim de assegurar a segurança pública. 2. A decisão impugnada está em harmonia com a jurisprudência do Supremo no Inquérito 3515, de minha relatoria, no Pleno, acórdão publicado no Diário de justiça eletrônica de 14 de março de 2014, porquanto incompatível com o preconizado no regramento constitucional da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, o acesso a mensagens de texto constantes de aparelhos telefônicos apreendidos para o fim de investigação criminal ou instrução processual penal, sem autorização judicial. Eis a síntese do citado precedente: 2. No Recurso Extraordinário nº 389.808, de minha relatoria, julgado em 15 de dezembro de 2010, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 10 de maio de 2011, o Pleno assentou que, segundo o disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto

à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. Embora o afastamento do sigilo de dados requerido não se restrinja às chamadas telefônicas realizadas e recebidas, conforme especificado no item (ii), alcançando também o acesso à agenda eletrônica – item (i) – e ao conteúdo das mensagens de texto, arquivos, documentos e correspondências eletrônicas – item (iii) –, não deixam de ser dados e, enquanto tais, passíveis de acesso, desde que por determinação judicial e para fins penais. A quebra pleiteada pelo Ministério Público Federal guarda pertinência com o objeto da investigação e, pela natureza e dinâmica dos crimes versados, mostra-se imprescindível à elucidação destes. *Descabe, entretanto, o acesso a ‘qualquer outro dado que porventura exista nos referidos aparelhos e que sejam de interesse da investigação’, consoante veiculado no item (iii), segunda parte. A regra é a inviolabilidade do sigilo. O afastamento, por revelar exceção, não admite potencialização. A interpretação há de ser estrita. Surge inconcebível que o Ministério Público Federal almeje obter do Judiciário uma carta branca para vasculhar todo e qualquer dado do investigado, sem especificar quais e porquê. Invasões à vida privada autorizadas genericamente pelo Judiciário, sem definir-se o que se pretende, são repudiadas pelo Supremo, haja vista, a título ilustrativo, a óptica adotada no julgamento do Habeas Corpus nº 95.009, da relatoria do ministro Eros Grau, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 19 de dezembro de 2008, alusivo a tema correlato (buscas domiciliares). Se, no curso de um procedimento regularmente delimitado, sobrevir o levantamento de provas a ele estranhas, incumbe apreciar a viabilidade de aproveitamento, ante as peculiaridades do caso concreto, e não dar ao Órgão acusatório permissão ilimitada para*

*vasculhar todo e qualquer dado do investigado. 3. Ante o quadro, nego seguimento ao extraordinário*³⁶.

Em síntese, não havia autorização judicial para a obtenção das conversas relativas ao período anterior ao monitoramento, motivo pelo qual são ilícitas as provas angariadas em desconformidade às decisões judiciais de quebra de sigilo telemático. Segundo a doutrina, “a coleta de mensagens pretéritas armazenadas pelo indivíduo ou por seu provedor não será válida se estas não datarem do período compreendido pela autorização judicial”.³⁷ Também nesse sentido, a jurisprudência tem reconhecido a ilicitude de provas obtidas mediante quebra de sigilo de dados telemáticos sem autorização judicial específica para tanto.³⁸

Nesses termos, diante do exposto, requer a Defesa o reconhecimento da nulidade das provas obtidas a partir da quebra de sigilo de dados telemáticos, em função da ausência de decisão judicial a respeito dessa medida, violando os requisitos legais, além de infringir jurisprudência dos Tribunais Superiores, nos termos dos artigos 5º, X e XII, da Constituição da República, artigos 3º, 4º e 5º, todos da Lei nº 9.296/96, determinando-se, por consequência, seu desentranhamento dos autos.

PREJUÍZO: A execução excessiva de medida cautelar de quebra de dados telemáticos, compromete os direitos à privacidade, intimidade e inviolabilidade de comunicação dos investigados, fazendo-os suportar uma restrição de seus direitos fundamentais sem nenhum embasamento jurídico ou decisão judicial existente a respeito.

36 BRASIL. STF. RE 1.131.143. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 01/06/2018. P. 06/06/2018.

37 SIDI, Ricardo. *A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 304.

38 São inúmeros os julgados que reconhecem a ilicitude da obtenção de conversas de WhatsApp sem prévia ordem judicial. Confirmam-se, exemplificativamente, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: BRASIL. STJ. Quinta Turma.

PREQUESTIONAMENTO: A determinação de quebra de sigilo de dados telemáticos desprovida de decisão judicial nesse sentido representa afronta aos artigos 5º, X (direito à intimidade e à privacidade) e XII (inviolabilidade das comunicações), ambos da CR/88, artigos 3º, 4º e 5º, todos da Lei nº 9.296/96 e artigos 564, IV (nulidade por omissão de formalidade essencial), e art. 157 (prova ilícita), ambos do CPP, bem como ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgado RE 1.131.143.

RHC 101.585/MG. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. J. 18/10/2018; BRASIL. STJ. Quinta Turma. RHC 77.232/SC. Rel. Min. Felix Fischer. J. 03/10/2017; BRASIL. STJ. Sexta Turma. REsp 1661378/MG. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. 23/05/2017; e BRASIL. STJ. Sexta Turma. RHC 51.531-RO. Rel. Min. Nefi Cordeiro. J. 19/04/2016.

6. DESPROPORCIONALIDADE DO PRAZO ESTABELECIDO NA DECISÃO DE MEDIDA CAUTELAR DE QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TELEMÁTICOS

A tese foi apresentada em Habeas Corpus impetrado no âmbito de operação envolvendo supostos crimes de corrupção na esfera federal, cuja ordem foi concedida em favor de executivos de companhia do setor de siderurgia. O lastro probatório, no caso, encontrava-se inteiramente fundamentado em elementos obtidos a partir de medida cautelar de Quebra de Sigilo de Dados Telemáticos. A tese processual em questão discorre sobre a desproporcionalidade do prazo determinado na decisão.

Em relação aos Defendentes, a denúncia é substancialmente baseada em conversas de e-mail armazenadas que foram apreendidas por meio da Medida Cautelar de quebra de sigilo de dados telemáticos nº (...), em trâmite perante a Vara (...).

Ocorre que as conversas de e-mail que lastreiam a acusação formulada contra os Defendentes foram obtidas ilicitamente, face à desproporcionalidade da apreensão de e-mails armazenados pelo período de dez anos. Apreensão essa que ocorreu sem que houvesse qualquer justificção nas decisões judiciais de quebra de sigilo para que se devassasse o teor de todas as mensagens de e-mail dos investigados pelo longo período de uma década.

O excesso se sobressai quanto se considera que o extenso lapso temporal abarcado pela medida implementada não guarda qualquer relação com os supostos atos de corrupção investigados, que supostamente teriam ocorrido entre os anos de 2011 e 2014.

Dessa forma, evidencia-se que a apreensão das conversas de e-mail já armazenadas pelo longo período de quase *uma década* se deu em evidente violação ao princípio da proporcionalidade em suas vertentes da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da necessidade foi violado pela ausência de demonstração na decisão da essencialidade da medida, ou seja,

não foi demonstrado a inexistência de meios menos invasivos para obtenção de provas, recorrendo-se desde logo a uma medida cautelar extremamente invasiva, de quebra de sigilo de dados telemáticos pelo período de 10 anos.

Ademais, com a ausência de demonstração da essencialidade da medida também foram violados diversos dispositivos legais reguladores da matéria e que determinam a imprescindibilidade de demonstração que não existem outros meios disponíveis para a obtenção da prova. Nesse sentido, os artigos art. 2º, II, e 4º, *caput*, ambos da Lei nº 9.296/1996, bem como o art. 10, incisos IV e V, da Resolução nº 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça.

Por sua vez, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito também foi frontalmente violado, tendo em vista a desproporcionalidade da determinação de apreensão de e-mails armazenados pelo lapso temporal de 10 anos. Esse tipo de medida cautelar, apresenta-se no ordenamento jurídico como hipótese excepcional, pois vulnera consideravelmente direitos fundamentais dos acusados. Assim, conforme o próprio art. 5º da Lei nº 9.296/96, há a necessidade de determinação de um prazo de no máximo trinta dias, para que se possa considerar a medida proporcional.

Nesse sentido, estão as lições de GERALDO PRADO:

Nessa perspectiva o art. 5º da Lei nº 9.296/96 encontra a medida de sua racionalidade, ao dispor que o prazo da interceptação não poderá exceder a quinze dias renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova. É interessante observar que a expressão usada para delimitar o tempo de duração da interceptação por si só denota o caráter excepcional que a regulamentação de restrição ao exercício de direito fundamental há de ter. Utiliza-se a expressão “não poderá exceder”. É visível aí, ao nosso juízo, o caráter limitativo desse meio de captação de informações! Ao contrário de outras regras que fixam prazos em procedimento

penal, na hipótese optou-se por indicação clara da natureza excepcional. Não poderá exceder significa *o prazo final é esse, pois reconheço a gravidade dessa intervenção na esfera das comunicações o indivíduo investigado!* É como se a lei explicitasse dessa maneira sua condição excepcional. [...]

Assim, sendo evidente a violação do princípio da proporcionalidade, aplica-se o entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é nula a quebra sigilo de correio eletrônico no período de 10 anos sem a devida demonstração da proporcionalidade da medida:

STJ: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO REVELAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. MEDIDAS CAUTELARES DETERMINADAS. AFASTAMENTO DE SIGILO DE CORREIO ELETRÔNICO. DURAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. PRAZO: DE 2004 A 2014. FUNDAMENTAÇÃO PARA A QUEBRA DO SIGILO DO E-MAIL NO PERÍODO. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência.

2. *In casu*, a constrição da comunicação eletrônica abrangeu um ancho período, superior a dez anos, de 2004 a 2014, sem que se declinasse adequadamente a necessidade da medida extrema ou mesmo os motivos para o lapso temporal abrangido, a refugar o brocardo da proporcionalidade, devendo-se, assim, prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública.

3. Lastreadas as decisões de origem em argumentos vagos, sem amparo em dados fáticos que pudessem dar azo ao procedimento tão drástico executado nos endereços eletrônicos do acusado, de se notar certo açodamento por parte dos responsáveis pela persecução penal.

4. Ordem concedida, com a extensão aos co-investigados em situação análoga, a fim de declarar nula apenas a evidência resultante do afastamento dos sigilos de seus respectivos correios eletrônicos, determinando-se que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue aos respectivos indivíduos o material decorrente da medida.³⁹

Nesses termos, diante do exposto, requer a Defesa, o reconhecimento da nulidade da decisão, com a consequente decretação da nulidade das provas obtidas a partir da quebra de sigilo de dados telemáticos, em função violação do princípio da proporcionalidade, em suas vertentes da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, violando os requisitos legais, além de infringir jurisprudência dos Tribunais Superiores, nos termos dos artigos 5º, X e XII, da Constituição da República de 1988, art. 2º, II, art. 4º, *caput*, e 5º, todos da Lei nº 9.296/96, determinando-se, por consequência, seu desentranhamento dos autos.

PREJUÍZO: A ausência de proporcionalidade na determinação do lapso temporal da quebra de sigilo de dados telemáticos, compromete os direitos à privacidade, intimidade e inviolabilidade de comunicação dos investigados, uma vez que enquanto perdura a medida de intervenção estatal não existe privacidade alguma para o investigado, havendo verdadeira supressão desses direitos fundamentais.

39 BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 315.220/RS. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. 15/09/2015.

PREQUESTIONAMENTO: A determinação de quebra de sigilo de dados telemáticos pelo período de tempo desproporcional de 10 anos representa afronta ao artigo 5º, X (direito à intimidade e à privacidade) e XII (inviolabilidade das comunicações), da CR/88, artigos 2º, II, art. 4º, *caput*, e 5º, todos da Lei nº 9.96/96, artigo 564, IV (nulidade por omissão de formalidade essencial), e art. 157 (prova ilícita), ambos do CPP, bem como ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgado HC 315.220/RS.

7. PROVA ILÍCITA EM DECORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO ÀS REGRAS E PRINCÍPIOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

A tese foi apresentada em caso relacionado a suposto crime contra o sistema financeiro nacional, inaugurado a partir de documentos encaminhados pela United States Securities and Exchange Commission – SEC e encaminhado diretamente à Comissão de Valores Mobiliários - CVM. A tese discorre sobre a ilicitude das provas, nos termos do art. 5º, LVI, da CR/88 e art. 157, caput e §1º do CPP, em decorrência da infração ao modelo das Autoridades Centrais, adotado no Brasil.

O Paciente responde à ação penal pela suposta prática do crime previsto no tipo penal do artigo 7º, inciso I, da Lei nº 7.492/86 (emitir, oferecer ou negociar títulos ou valores mobiliários falsos ou falsificados), na forma do artigo 29 do Código Penal. A denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal (fls...) dispõe que os fatos teriam ocorrido no período entre 2009 e 2013, tendo por objeto as Letras do Tesouro Nacional Brasileiro nº (...) e nº (...).

As investigações que lastrearam a denúncia têm por origem requisição ministerial oferecida em função do recebimento de um pedido de colaboração da United States Securities and Exchange Commission (SEC) encaminhado diretamente à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), contendo informações ligadas aos fatos objeto da referida ação penal, as quais, por sua vez, foram repassadas ao Ministério Público Federal, à Polícia Federal e ao Banco Central.

Ocorre que, de acordo com as regras e princípios de cooperação jurídica internacional, as informações não poderiam ter sido encaminhadas diretamente à CVM, devendo, necessariamente, ser primeiro encaminhadas à Autoridade Central, competente para o recebimento e por conduzir a tramitação de atos de cooperação internacional, bem como de fiscalizar e assegurar sua conformidade às normas nacionais e do país de origem.

Quando regularmente citada, a Defesa apresentou Resposta à Acusação, na qual requereu o reconhecimento da ilicitude do lastro probatório utilizado como base para o oferecimento e recebimento da denúncia pela violação das normas que regulamentam a cooperação jurídica internacional.

Não obstante as ilegalidades ocorridas, a r. decisão contra a qual se impetra o presente *writ* manteve o recebimento da denúncia e determinou o prosseguimento do feito. A omissão da r. decisão impugnada em decretar a nulidade dos elementos de prova que sustentam a denúncia oferecida contra o paciente desafia a impetração deste Habeas Corpus. Isso porque, ao deixar de decretar a ilicitude da prova que sustenta a acusação lançada contra o ora paciente, a r. decisão que recebera a inicial acusatória incorreu na coação ilegal, a qual é uma das ilegalidades que se pretende afastar com este Habeas Corpus.⁴⁰

Conforme mencionado acima, o inquérito policial nº (...) foi instaurado a partir de requisição ministerial. A requisição ocorreu em função do recebimento de informações da CVM, as quais, por sua vez, foram encaminhadas à CVM pela SEC. É o que se verifica na representação policial de fls. (...) e na petição do Ministério Público Federal, à fl. (...).

No entanto, todo esse procedimento se deu em expressa violação às normas brasileiras para a cooperação jurídica internacional. Conforme se demonstrará à frente, são três os argumentos centrais que fundamentam a presente tese:

ARGUMENTO 1: o auxílio direto no Brasil ocorre pelo acionamento da Autoridade Central, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI, salvo determinação diversa em

40 A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que é possível discutir a validade da prova em sede de *habeas corpus*, sendo ainda admissível o próprio trancamento da ação penal como resultado do reconhecimento da ilicitude da prova. Cf., por todos, BRASIL. STJ. Sexta Turma. RHC 104.682/MG. Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz. J. 13/12/2018.

tratado entre os países envolvidos no ato de cooperação jurídica, cujo objeto seja o compartilhamento de provas, do qual o país seja signatário. (Normas: artigo 29 do Código de Processo Civil; artigo 2º e 6º da Convenção de Haia - Decreto legislativo nº137/2013; Decreto nº 6.061/2007; Precedentes: STJ AgRg nos EDcl na CR: 2260 MX 2007/0000685-3; STJ AgInt na CR 11.165/EX)

ARGUMENTO 2: Existe tratado entre Brasil e Estados Unidos regulamentando a cooperação jurídica internacional entre as partes e o compartilhamento de provas (Decreto Executivo nº 3.810/2001, que internalizou no Direito brasileiro o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América – MLAT). Esse tratado também exige que o auxílio seja realizado por meio da Autoridade Central.

ARGUMENTO 3: ao contrário do que afirma a autoridade coatora em sua decisão que manteve o recebimento da denúncia, Memorandos de Entendimento institucionais NÃO possuem natureza de norma, afinal não são tratados, não possuem introdução formal em nosso ordenamento, não passam pelo Congresso ou por sanção do Executivo e não tem o condão de afastar a aplicabilidade das normas processuais.

Passemos então à análise específica e fundamentada de cada um desses pontos.

Inicialmente, destaca-se que a instituição norte americana (SEC) encaminhou seu pedido de auxílio diretamente à uma autarquia brasileira (CVM) e não à Autoridade Central competente para o recebimento e por conduzir a tramitação de atos de cooperação internacional, bem como de fiscalizar e assegurar sua conformidade às normas nacionais e do país de origem.

Ao receber o pedido de auxílio, a CVM, ao invés de encaminhá-lo para a Autoridade Central, encaminhou-o para o Ministério Público Federal de Minas Gerais, para a Polícia Federal e para o Banco Central. As mencionadas autoridades não são competentes para a condução de atos de cooperação internacional, não possuindo permissão legal para, com base nesse material, adotarem quaisquer providências.

Nas tratativas diretas com a CVM (fls...), a própria autoridade policial afirma que “não recebemos, senão os comunicados da CVM (fls...), sem quaisquer documentos” e que na sequência “entrou em contato com a superintendência da referida autarquia, tanto por telefone como por e-mail, e até o momento, nada nos foi encaminhado”. Assim, representou para que o Juiz determinasse à CVM o envio de todas as informações e documentos noticiados. Foram então encaminhados os documentos pela CVM, os quais foram juntados aos presentes autos e fundamentaram toda a investigação.

O problema em todo esse procedimento, está no descumprimento das normas que regulamentam a cooperação jurídica internacional, cujas disposições determinam que: qualquer ato de cooperação jurídica internacional deve ser realizado mediante carta rogatória ou auxílio direto. Esses instrumentos devem ser recebidos exclusivamente pelas Autoridades Públicas Centrais, conforme disposto no artigo 2º e 6º da Convenção de Haia (Decreto legislativo nº137/2013)⁴¹.

Da mesma forma o disposto no artigo 29 do Código de Processo Civil, que introduziu no ordenamento brasileiro o instituto do auxílio

41 Artigo 2º

Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central que se encarregará de receber as Cartas Rogatórias procedentes de uma autoridade judiciária de outro Estado Contratante e de transmiti-las à autoridade competente para cumprimento. A Autoridade Central é organizada de acordo com a legislação prevista por cada Estado.

As Cartas Rogatórias serão remetidas à Autoridade Central do Estado requerido, sem intervenção de qualquer outra autoridade deste Estado.

Artigo 6º

Se a Carta Rogatória tiver sido transmitida a uma autoridade que não possua competência para cumpri-la, esta deverá enviá-la imediatamente à autoridade judiciária competente do mesmo Estado para que seja cumprida de acordo com sua legislação.

direto: “Art. 29. A solicitação de auxílio direto será encaminhada pelo órgão estrangeiro interessado à autoridade central, cabendo ao Estado requerente assegurar a autenticidade e a clareza do pedido.”

No Brasil, a Autoridade Central competente, na forma do Decreto nº 6.061/2007 é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), órgão do Ministério da Justiça⁴².

Assim, tanto a carta rogatória como o pedido de auxílio direto devem sempre ser encaminhados e providenciados pela Autoridade Central,⁴³ o DRCI. É esse o órgão competente para analisar e tramitar os pedidos de cooperação jurídica internacional, assegurando sua conformidade às normas internas, requisitos da lei brasileira, fundamento do pedido, dentre outros⁴⁴.

Nesse sentido, a “Cartilha cooperação jurídica internacional em matéria penal”⁴⁵ elaborada pelo próprio Ministério da Justiça, bem descreve a relevância do papel exercido pela Autoridade Central e a sua competência exclusiva:

Autoridade Central é o órgão responsável pela boa condução da cooperação jurídica que cada Estado realiza com os demais países. Cabe à Autoridade Central receber, analisar, adequar, transmitir e acompanhar o cumprimento dos pedidos de

42 Art. 11. Ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional compete:

III - negociar acordos e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional;
IV - exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional;

43 ZAVASCKI, Teori Albino. Cooperação jurídica internacional e a concessão de exequatur. *Revista de Processo*, v. 183, p. 09-24, mai. 2010.

44 CANESTRARO, Anna Carolina. Cooperação internacional em matéria de lavagem de dinheiro: da importância do auxílio direto, dos tratados internacionais e os mecanismos de prevenção. *Revista brasileira de direito processual penal*, n. 2, v. 5, p. 623-658, 2019. p. 644.

45 Ressalta-se que as informações descritas também estão dispostas na Cartilha de Cooperação jurídica internacional em matéria Civil, uma iniciativa do Ministério da Justiça no âmbito da Enccla (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro).

cooperação jurídica. Essa análise tem o objetivo de verificar o atendimento aos requisitos da lei do Estado requerido, bem como do tratado que fundamenta o pedido, conferindo, assim, maior agilidade ao procedimento.

Cada país, cada tratado, cada medida gera um rol específico de requisitos. São inúmeras, portanto, as variantes. É papel da Autoridade Central, conhecendo todas essas particularidades, adequar o pedido e cuidar para que o seu cumprimento se dê da maneira mais célere possível.

A Autoridade Central tem, portanto, a atribuição de coordenar a execução da cooperação jurídica internacional realizada por seu país, inclusive para buscar junto à comunidade internacional melhorias no sistema de cooperação jurídica entre os Estados⁴⁶.

Destaque-se ainda as disposições da Portaria conjunta MJ/PGR/AGU nº 1/2005 acerca da competência e atribuição do DRCI sobre a tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Art. 3º Compete ao DRCI:

I - verificar a formalização adequada dos pedidos ativos e passivos em razão das exigências dos Estados requeridos e do Estado brasileiro;

V - providenciar junto à Advocacia-Geral da União ou às autoridades competentes o atendimento dos pedidos passivos que não demandem decisão judicial para seu cumprimento;

46 BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça (SNJ). *Cartilha cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Elaboração e organização: Ricardo Andrade Saadi, Camila Colares Bezerra. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), 2012, p.07.

Ademais, importante mencionar também a Portaria interministerial nº 501, de 21 de março de 2012, que estabelece o Ministério da Justiça como o responsável por diligenciar o cumprimento de pedidos de cooperação jurídica internacional passiva, demonstrando que deve necessariamente existir a atuação de algum órgão deste Ministério, não podendo haver a transmissão de informações diretamente das autoridades administrativas envolvidas:

Art. 3º - Nos casos em que o pedido de cooperação jurídica internacional passivo não enseje a concessão de *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça, e puder ser atendido pela via administrativa, não necessitando da intervenção do Poder Judiciário, caberá ao Ministério da Justiça diligenciar seu cumprimento junto às autoridades administrativas competentes.

A regularidade do trâmite sob a competência da Autoridade Central é que assegura a legalidade das medidas obtidas, conforme dispõe o próprio Ministério da Justiça em sua Cartilha cooperação jurídica internacional em matéria penal:

É importante mencionar, principalmente, que o trâmite do pedido de cooperação jurídica pela Autoridade Central reveste de legalidade a medida obtida, uma vez que garante sua lisura e autenticidade, habilitando-a para ser utilizada como meio válido em processo judicial⁴⁷.

Nesse sentido, está também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na medida que determina a necessidade de atuação da autoridade central para satisfazer os requisitos de legalidade e autenticidade:

47 BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça (SNJ). *Cartilha cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Elaboração e organização: Ricardo Andrade Saadi, Camila Colares Bezerra. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), 2012, p.08.

STJ: CARTA ROGATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. CHANCELA CONSULAR. TRÂMITE POR MEIO DE AUTORIDADE CENTRAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE. – Encaminhado o pedido rogatório via autoridade central, estão satisfeitos os requisitos da legalidade e da autenticidade, nos termos dos arts. 5º e 6º da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias – Decreto n. 1.899/1996. – A cooperação judicial internacional por carta rogatória não se fundamenta apenas em acordos específicos firmados entre o Brasil e os países rogantes. Funda-se, também, na garantia, expressa no pedido rogatório, de aplicação do princípio da reciprocidade. Agravo regimental improvido.⁴⁸

Além de todo o arcabouço normativo nacional, que indica a competência exclusiva da DRCI para mediar atos de cooperação jurídica internacional, esse entendimento ainda é reforçado pelo Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América – MLAT, internalizado no Brasil pelo Decreto Executivo nº 3.810/2001.

Referido tratado também determina, em seu artigo II, que os atos de cooperação sejam conduzidos pela autoridade central. *In verbis*:

Artigo II

Autoridades Centrais

1. Cada Parte designará uma Autoridade Central para enviar e receber solicitações em observância ao presente Acordo.
2. Para a República Federativa do Brasil, a Autoridade Central será o Ministério da Justiça. No caso dos Estados Unidos da América, a Autoridade Central será o Procurador-Geral ou pessoa por ele designada

48 BRASIL. STJ. Corte Especial. AgRg nos EDcl na CR: 2260 MX 2007/0000685-3. Rel. Min. Barros Monteiro. J. 17/10/2007. DJ de 29/11/2007.

3. As Autoridades Centrais se comunicarão diretamente para as finalidades estipuladas neste Acordo.

1. A solicitação de assistência deverá ser feita por escrito, a menos que a Autoridade Central do Estado Requerido acate solicitação sob outra forma, em situações de urgência. Nesse caso, se a solicitação não tiver sido feita por escrito, deverá ser a mesma confirmada, por escrito, no prazo de trinta dias, a menos que a Autoridade Central do Estado Requerido concorde que seja feita de outra forma. A solicitação será redigida no idioma do Estado Requerido, caso não haja disposição em contrário.

Ressalta-se que o auxílio direto, forma de cooperação jurídica internacional, deveria ter sido realizado por meio da autoridade central designada no tratado internacional cujos países envolvidos (Brasil e EUA) são signatários, o que não ocorreu no presente caso.⁴⁹ Essa exigência é confirmada em precedente dos Tribunais Federais:

TRF-4: EMENTA: PROCESSO PENAL. PEDIDO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. AUXÍLIO DIREITO. AUSÊNCIA DE ACORDO BILATERAL VIGENTE ENTRE BRASIL E ALEMANHA. COMPETÊNCIA. JUÍZO DE DELIBERAÇÃO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXEQUATUR. 1. A cooperação jurídica internacional é mecanismo pelo qual um Estado postula a outro que execute uma decisão sua ou profira decisão ou medidas, a fim de diligenciar em seu território acerca de litígios e/ou investigações que tramitem no país requerente, havendo, dentre eles o auxílio direito. Contudo, a tramitação desses pedidos é coordenada pela autoridade central designada em cada tratado firmado. 2. A Convenção de Palermo,

49 PINTO, Felipe Martins; BRENER, Paula. *Problemas do auxílio direto informal em matéria penal: um desafio do direito penal econômico. Delictae*, v. 6, n. 11, pp. 314-338, 2021.

internalizada através do Decreto nº 5.015/04, versa sobre o crime organizado transnacional e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, recepcionada pelo Decreto nº 154/91, não incidem ao delito cometido por Klaus Werner Stolle na Alemanha, já que a ‘sentença alemã não explicita envolver o delito crime organizado (tão somente concurso de agentes) ou, muito menos, tráfico ilícito de drogas’. 3. Inexistindo acordo bilateral vigente entre estes países, o pedido de cooperação deve, primeiramente, passar sob o crivo da Corte Superior, onde verificará acerca da existência - ou não - do juízo de delibação, bem como a competência da autoridade estrangeira em peticionar auxílio direto, nos termos do artigo 105, I, alínea i, da Constituição Federal, c/c parágrafo único do artigo 7º da Resolução nº 09/2005, do STJ.⁵⁰

No mesmo sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

STJ: [...] 2. A carta rogatória e o auxílio direto convivem no ordenamento jurídico como sistemas de cooperação internacional em matéria penal, entretanto são institutos com ritos e procedimentos diversos, mormente em razão das normas aplicáveis e da origem da decisão que ensejou o pedido estrangeiro. 3. O pedido de assistência direta dos Estados Unidos da América (mutual legal assistance) firmou-se no Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal, celebrado entre Brasil e Estados Unidos, devidamente integrado ao nosso ordenamento jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que os tratados e convenções internacionais de caráter

50 BRASIL. TRF4. Sétima Turma. Ação penal nº 5009170-36.2013.4.04.7200. Relatora Salise Monteiro Sanchoatene. juntado aos autos em 03/10/2013.

normativo incorporados ao sistema jurídico brasileiro têm eficácia de lei ordinária e força normativa. 4. Na carta rogatória passiva, existe decisão judicial oriunda de juízos ou tribunais estrangeiros que, para serem executados em território nacional, precisam do juízo de delibação do Superior Tribunal de Justiça, sem, contudo, adentrar-se no mérito da decisão proveniente do país alienígena. No auxílio direto, há um pedido de assistência do Estado estrangeiro diretamente ao Estado rogado, no exercício de atividade investigatória, para que este preste as informações solicitadas ou, havendo necessidade legal, submeta o pedido à Justiça Federal competente para julgar a providência requerida (medidas acautelatórias), conforme o caso concreto. A assistência direta decorre de acordo ou tratado internacional de cooperação em que o Brasil é, necessariamente, signatário. 5. No caso em apreço, não há decisão judicial norteamericana a ser submetida ao juízo deliberatório do Superior Tribunal de Justiça. O que se tem é pedido de assistência direta formulado por autoridade estrangeira no exercício de atividade investigatória, dirigido à autoridade congênera no Brasil, qual seja, o Ministério Público Federal, que, no intuito de cooperação internacional, submeteu o pedido estrangeiro ao crivo da Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro. 6. Prescindibilidade da concessão do exequatur, uma vez que o pedido estrangeiro não se amolda na definição de carta rogatória, podendo, dessa forma, prosseguir o feito como auxílio direto. Precedentes. 7. Agravo interno desprovido.⁵¹

Observe-se ainda, que provas obtidas por meio de cooperação jurídica internacional somente podem ser utilizadas no procedimento que enseja os pedidos, em conformidade ao princípio da especialidade.

51 BRASIL. STJ. Corte Especial. AgInt na CR 11.165/EX. Rel. Min. Laurita Vaz. J. 06/09/2017, DJe de 15/09/2017.

Conforme o referido princípio geral da cooperação jurídica é vedada a divulgação de conteúdo objeto de cooperação, bem como o seu repasse para qualquer outra instituição, processo ou investigação.

Mais do que isso, sua utilização em procedimentos exige um pedido de compartilhamento ao Estado requerido⁵².

Curioso apontar ainda, que o próprio pedido de auxílio da SEC se encerra com uma solicitação de que o documento e seu conteúdo sejam mantidos em sigilo, ou seja, para que não haja comunicação a terceiros sem o consentimento prévio da SEC, o que também não foi cumprido. Pelo contrário, o que ocorreu foi a juntada do documento ao presente inquérito, o que o tornou conhecido por todos os envolvidos que estavam sob investigação da instituição norte-americana.

Consigne-se que decisão de fls. (...) não tem o condão de sanar todos esses vícios, pois foi proferida em resposta a pedido ministerial justamente fundamentado nos documentos irregularmente recebidos, derivando diretamente destes. Ademais, a decisão apenas determina o envio e compartilhamento de documentos pela CVM com as

52 Nesse sentido, também as disposições do já citado Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América – MLAT, internalizado no Brasil pelo Decreto Executivo nº 3.810/2001:

“Artigo VII Restrições ao Uso

1. A Autoridade Central do Estado Requerido pode solicitar que o Estado Requerente deixe de usar qualquer informação ou prova obtida por força deste Acordo em investigação, inquérito, ação penal ou procedimentos outros que não aqueles descritos na solicitação, sem o prévio consentimento da Autoridade Central do Estado Requerido. *Nesses casos, o Estado Requerente deverá respeitar as condições estabelecidas.*

2. A Autoridade Central do Estado Requerido poderá requerer que as informações ou provas produzidas por força do presente Acordo sejam mantidas confidenciais ou usadas apenas sob os termos e condições por ela especificadas. Caso o Estado Requerente aceite as informações ou provas sujeitas a essas condições, ele *deverá respeitar tais condições.*

3. Nenhum dos dispositivos contidos neste Artigo constituirá impedimento ao uso ou ao fornecimento das informações na medida em que haja obrigação constitucional nesse sentido do Estado Requerente, no âmbito de uma ação penal. O Estado Requerente deve notificar previamente o Estado Requerido de qualquer proposta de fornecimento de tais informações.

4. Informações ou provas que tenham sido tornadas públicas no Estado Requerente, nos termos do parágrafo 1 ou 2, podem, daí por diante, ser usadas para qualquer fim.”

autoridades investigativas, restando ausente o filtro da Autoridade Central.

Assim, o inquérito policial foi instaurado a partir de um ato absolutamente contrário a todo o acervo normativo que regulamenta a cooperação jurídica internacional. Descumpridas as normas que determinam o trâmite do pedido de cooperação jurídica, as medidas realizadas deixam de encontrar amparo legal, tornando-se viciadas, restando inviabilizada a sua utilização em processos penais, na forma do artigo 157, *caput* e §1º do Código de Processo Penal⁵³.

No presente caso, contudo, não obstante os argumentos apresentados pela Defesa em sua Resposta à Acusação, a Exma. Juíza *a quo* optou por aderir aos argumentos apresentados pelo Ministério Público, ao qual foi oportunizada vista aos autos após a Resposta à Acusação. Assim, a decisão que manteve o recebimento da denúncia não enfrentou a presente questão, limitando-se a reproduzir o alegado pelo Ministério Público Federal (fls...), que apresenta como solução para a questão suscitada pela Defesa a existência de um Memorando de Entendimento entre a SEC e a CVM.

Entretanto, como abaixo será demonstrado, referido documento é um mero negócio jurídico entre instituições, que, por não se tratar de um tratado internacional, não possui aplicabilidade em matéria penal e processual penal.

O Memorando de Entendimento (*Memorandum of Understanding*) possui natureza preliminar negocial e estabelece diligências mínimas para que possam ser viabilizadas interações entre as instituições que o assinam. Assim, trata-se de um negócio de abrangência limitada, concernente às partes que o assinam, trate-se de negócio jurídico bilateral ou multilateral, não tendo o condão de suplantar quaisquer

53 Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

normativas processuais. Conforma, portanto, documento que estabelece o entendimento entre as partes sobre determinado assunto, firmando-se espécie de contrato. No caso, as partes signatárias do Memorando descrito são a CVM e a SEC, as quais se comprometem a atuar em suas relações conforme o entendimento que firmaram entre si.

Esse contrato assinado pela CVM, entidade autárquica brasileira, de forma alguma tem natureza de tratado e não integra o ordenamento brasileiro como norma geral e abstrata, haja vista não cumprir quaisquer dos requisitos formais que conformam um tratado, bem como os tramites democráticos para sua inserção no ordenamento nacional. Memorandos de entendimento, tanto bilaterais como multilaterais, não possuem natureza de tratado internacional, sendo meros acordos institucionais, que não podem suplantar garantias constitucionais vinculadas ao direito e processo penal.

De acordo com Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, *tratado* significa: “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

No direito brasileiro, para que um tratado firmado possa efetivamente ser aplicado e possa produzir efeitos, deve haver um processo de internalização, processo este que contém diversas fases, e necessariamente passa pela análise do Congresso Nacional (art. 49, inciso I, CR/88)⁵⁴. Percebe-se assim, que no âmbito do Direito Internacional, a existência de normas obrigatórias e aplicáveis no território nacional, depende de Tratados internacionais promulgados e não de meros acordos institucionais.

Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, determinando que somente com a promulgação do Tratado, este

54 Art. 49, CF. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

passaria a ser obrigatório no território nacional, demonstrando a importância de que todas as fases de internalização dos tratados sejam respeitadas:

STF: EMENTA PARCIAL: [...] A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. *É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do iter procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos - inclusive daqueles celebrados no contexto regional do MERCOSUL - concluídos pelo Estado brasileiro. Precedente: ADI 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. - Embora desejável a adoção de mecanismos constitucionais diferenciados, cuja instituição privilegie o processo de recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, esse é um tema que depende, essencialmente, quanto à sua solução, de reforma do texto da Constituição brasileira, reclamando, em consequência, modificações de jure constituendo. Enquanto não sobrevier essa necessária reforma constitucional, a questão da vigência doméstica dos acordos celebrados sob a égide do MERCOSUL continuará sujeita ao mesmo tratamento normativo que a Constituição brasileira dispensa aos tratados internacionais em geral. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL). - A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos:*

(a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NÃO CONSAGRA O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E NEM O POSTULADO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, de jure constituto, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata). [...].⁵⁵

Diversamente dos tratados, os memorandos são documentos extremamente simples, os quais fixam princípios de relacionamento entre as partes que o assinam. O conceito desses memorandos é trazido por diversos sites oficiais do Estado, como o site do Ministério Público Federal, do Ministério de Minas e Energia e o do Ministério do Meio Ambiente, que em linhas gerais assim os definem:

55 BRASIL. STF. Tribunal Pleno. CR 8279 AgR. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 17/06/1998. DJ de 10/08/2000.

Os Memorandos de Entendimento, enquanto instrumento de Direito Internacional, têm sido utilizados para atos de forma mais simplificada, com menor formalidade, destinados a registrar princípios gerais que orientarão as relações entre as Partes, seja nos planos político, econômico, jurídico, cultural ou em outros.⁵⁶

Memorando de Entendimento. Tem sido utilizado para atos de forma bastante simplificada, destinados a registrar princípios gerais que orientarão as relações entre as Partes, seja nos planos político, econômico, cultural ou em outros. O memorando de entendimento é semelhante ao acordo, com exceção do articulado, que deve ser substituído por parágrafos numerados com algarismos arábicos. Seu fecho é simplificado e normalmente entra em vigor na data da assinatura⁵⁷. Memorando de entendimento: atos redigidos de forma simplificada. Têm a finalidade de registrar princípios gerais que orientam as relações entre as partes em planos político, econômico, cultural ou em outros. Um exemplo: Brasil e Cingapura mantém um memorando de entendimento para cooperação em ciência e tecnologia que prevê, dentre outras coisas, implementar projetos e programas conjuntos em áreas como microbiologia e imunologia.⁵⁸

Considerar tal memorando um tratado, equivaleria a atribuir essa mesma natureza aos contratos firmados pelas demais autarquias nacionais, como as Universidades Federais, a Agência Nacional de Energia elétrica (ANVISA), a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANEEL), a Instituto

56 Disponível em < <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/memorandos-de-entendimento>>. Acesso em 23.mar.2020.

57 Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/comunicacao/item/871-denominacao-dos-atos-internacionais>>. Acesso em 23 mar.2020.

58 Disponível em: < <http://www.mme.gov.br/web/guest/assuntos-internacionais/memorando-de-entendimento>>. Acesso em 23 mar.2020.

Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA), ou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBIO), etc.

Conforme tal raciocínio hipotético, admitir tal construção proposta pelo Ministério Público Federal equivaleria a conferir a natureza de tratado a um contrato entre a Universidade Federal de Minas Gerais, por exemplo, e uma universidade americana o poder se suplantar a determinação constitucional do devido processo, a regulamentação processual brasileira e os tratados jurídicos internacionais retromencionados.

Damesma forma, ainda com base em um raciocínio fundamentado em ilações, um documento consolidando entendimentos entre o IBAMA e o Greenpeace, para a determinação de assuntos concernentes a crimes ambientais. Tratar-se-ia de inadmissível desrespeito aos princípios da ordem jurídica brasileira.

Percebe-se, portanto que a natureza da cooperação entre tais agências – como a SEC e a CVM – é completamente distinta da cooperação em matéria penal e processual penal, em função da maior exigência de formalidades e rigor que esses ramos exigem. Os próprios conceitos apresentados ligam esses memorandos de entendimento a atos simplificados, o que não se conforma com a natureza dos procedimentos processuais penais, que exigem formalidades rigorosas e aptas a impedir a violação de garantias e de direitos fundamentais dos cidadãos investigados.

Vale destacar, ainda, que ausente a correta tramitação dos procedimentos por meio da Autoridade Central, viola-se não apenas a normativa brasileira e os tratados mencionados, como também se inviabiliza a segurança sobre a regularidade dos procedimentos que fundamentaram a obtenção dos documentos que instruem o pedido de cooperação. Isso porque, como visto anteriormente, a Autoridade Central é justamente a autoridade responsável pela análise da forma e regularidade na obtenção desses documentos no exterior, bem como a sua compatibilidade com os procedimentos admitidos no Brasil.

Sem a atuação dessa instituição, resta obscura e incerta a autenticidade dos documentos, bem como a regularidade da obtenção dos documentos encaminhados ao Brasil.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

STJ: AGRAVO INTERNO NA CARTA ROGATÓRIA. TRADUÇÃO JURAMENTADA DOS DOCUMENTOS. AUSÊNCIA. TRAMITAÇÃO PELA AUTORIDADE CENTRAL. EXEQUATUR CONCEDIDO. POSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE AUTENTICIDADE. REMARCAÇÃO DA DATA PARA A AUDIÊNCIA NA JUSTIÇA ROGANTE. PREJUÍZO AO INTERESSADO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE NOVEL MANIFESTAÇÃO DO CURADOR ESPECIAL. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO INAUGURAL IMPUGNADO E NOVA CITAÇÃO REALIZADA POR OFICIAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Corte Especial decidiu que “[o] ofício de encaminhamento de documentos pela autoridade central brasileira ou pela via diplomática garante a autenticidade, dos documentos, bem como da tradução enviada pela Justiça rogante, dispensando assim, legalização, autenticação e outras formalidades.” (AgRg na CR 8.553/EX, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/03/2015, DJe 29/04/2015). 2. Inocorrência de prejuízo ao Interessado pela não abertura de vista ao curador especial para novel manifestação após a remarcação da data de audiência, uma vez que o pedido inaugural fora devidamente impugnado pela Defensoria Pública da União e a citação da nova data foi realizada por oficial de justiça. Agravo interno desprovido.⁵⁹

59 BRASIL. STJ. Corte Especial. AgInt na CR 9.923/EX. Rel. Min. Laurita Vaz. J. 06/09/2017. Dje de 14/09/2017.

Em suma, a infração ao modelo das Autoridades Centrais, adotado no Brasil, representa violação ao artigo 29 do Código de Processo Civil, ao artigo 11 do Decreto nº 6.061/2007, à Portaria conjunta MJ/PGR/AGU nº 1/2005, à Portaria interministerial nº 501/2012, à Convenção de Haia (Decreto legislativo nº 137/2013), de forma que deve ser reconhecida não apenas a ilicitude da prova (artigo 157, *caput e*/ §1º do Código de Processo Penal e do artigo 5º, inciso LVI, da CR/88), como a nulidade de todo o processo, uma vez que todos os seus atos delas se originaram (artigo 564, IV, do CPP).

Por todo o exposto, requer a decretação da nulidade das provas, nos termos dos artigos 5º, LVI, CR/88 e artigo 157, *caput e* §1º do CPP, determinando-se o seu desentranhamento dos autos e, por consequência, o encerramento do processo que restaria por completo esvaziado e visivelmente nulo, na forma do artigo 564, IV, do CPP.

PREJUÍZO: A ausência da correta tramitação dos procedimentos por meio da Autoridade Central, compromete gravemente o direito do Defendente ao devido processo legal e à segurança jurídica de que não se poderá ser condenado com base em provas ilícitas, uma vez que sem a observância das regras e princípios de cooperação internacional, a regularidade e legalidade da obtenção dos elementos probatórios não é passível de verificação e comprovação. Isso porque, como visto anteriormente, a Autoridade Central é justamente a autoridade responsável pela análise da forma e regularidade na obtenção desses documentos no exterior, bem como a sua compatibilidade com os procedimentos admitidos no Brasil.

PREQUESTIONAMENTO: A utilização de provas obtidas em violação às regras e princípios de cooperação jurídica internacional, com infração ao modelo das Autoridades Centrais, adotado no Brasil, representa violação ao artigo 29 do CPC, ao art. 11 do Decreto nº 6.061/2007, à Portaria conjunta MJ/PGR/AGU nº 1/2005, à Portaria interministerial nº 501/ 2012, à Convenção de Haia (Decreto legislativo nº 137/2013), ao art. 5º, LVI, CR/88 e aos artigos 564, IV (nulidade por omissão de formalidade essencial), e art. 157 (prova ilícita) do CPP.

8. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E NULIDADE DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE PERÍCIA EM CRIME DE DEIXA VESTÍGIO

A tese foi apresentada em defesa de executivo de empresa do ramo de saneamento no âmbito de caso que discute suposto crime ambiental. Foi imputado ao Defendente, em razão do seu cargo na Empresa, também denunciada, a prática dos delitos previstos no art. 54, §2º, V, da Lei nº 9.605/98 c/c art. 71 do CP e art. 60 da Lei nº 9.605/98. A tese discorre sobre a necessidade de rejeição da denúncia diante da ausência de comprovação do dano ou de perigo concreto gerado ao meio ambiente.

O Ministério Público de Minas Gerais, ao oferecer denúncia em face do Defendente, fundamenta a imputação nos seguintes documentos: i) Autos de Infração nº... (ID..., p...); ii) Auto de Infração nº... (ID..., p...); iii) Auto de Fiscalização nº... (ID..., p...); iv) Parecer Técnico nº... (ID..., p...) confeccionados pela “(...). Assim a denúncia:

[print excluído para preservação do caso]

Trata-se de documentos que atestam o descumprimento de condicionantes de licenciamento ambiental, sem, contudo, a apresentação de um laudo pericial técnico-científico que ateste resultado ou perigo de dano.

Note-se que, em âmbito doutrinário, o posicionamento adotado consiste na classificação de ambos os delitos analisados como de perigo concreto, sendo imprescindível a prova da ocorrência de uma situação de perigo ao bem jurídico tutelado, não sendo possível uma mera presunção.

Assim, confira-se doutrina referente ao art. 60 da Lei 9.605:

Por outro lado, como se trata de crime de perigo concreto, indispensável a demonstração, por perícia, de que a obra, estabelecimento ou serviço

tem real capacidade poluidora. Não demonstrada essa circunstância, não é possível a comprovação da infração⁶⁰.

Faz-se necessário que o estabelecimento, obra ou serviço seja potencialmente poluidor, ou seja, que seja suscetível – de maneira virtualmente provável – de causar poluição – sem sentido amplo, podendo ser hídrica, atmosférica, sonora etc., vez que o tipo não faz restrição alguma⁶¹.

Em sentido semelhante, confira-se doutrina referente ao art. 54 da Lei 9.605:

(...) Por poluição, em sentido amplo, compreende-se a alteração ou degradação de qualquer um dos elementos físicos ou biológicos que compõem o ambiente. Entretanto, não se pune toda emissão de poluentes, mas tão-somente aquela efetivamente danosa ou perigosa para a saúde humana, ou aquela que provoque a matança de animais ou destruição (desaparecimento, extermínio) significativa da flora. Isto é, exige-se a real lesão ou o risco provável de dano à saúde humana, extermínio de exemplares da fauna local ou destruição expressiva de parcela representativa do conjunto de vegetais de uma determinada região. Nesse sentido, afirma-se que ‘ apenas devem ser consideradas como poluentes as substâncias presentes em concentrações bastantes para produzir um efeito mensurável sobre o homem, os animais, o vegetais ou os materiais’ (...).⁶²

60 GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. *Crimes ambientais*. Comentários à Lei 9.605/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.238.

61 PRADO, Luiz Régis. *Crimes contra o ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. 170-172.

62 PRADO, Luiz Régis: *Crimes contra o Ambiente: Anotações à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1998. P. 147/148.

Assim, ambos os delitos requerem, para sua configuração, a comprovação de dano ou, ao menos, de risco concreto de dano ao meio ambiente, o que, segundo determina o artigo 158 do Código de Processo Penal, deve ser demonstrado mediante exame de corpo de delito.

Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

STJ: CRIMINAL. HABEAS CORPUS. **POLUIÇÃO AMBIENTAL. DESTRUIÇÃO OU DANO A FLORESTA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CORRUPÇÃO DE ÁGUA POTÁVEL. AB-ROGAÇÃO PELA LEI Nº 9.605/98. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA NO DELITO DE DANO E DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE NO CRIME DE POLUIÇÃO AMBIENTAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.**

I. O tipo penal, posterior, específico e mais brando, do art. 54 da Lei nº 9.605/98 engloba completamente a conduta tipificada no art. 271 do Código Penal, provocando a ab-rogação do delito de corrupção ou poluição de água potável.

II. Para a caracterização do tipo citado, mister a ocorrência de efetiva lesão ou perigo de dano, concreto, real e presente, à saúde humana, à flora ou à fauna.

III. Mostra-se inepta a denúncia que carece de comprovação da possibilidade de danos à saúde humana pelo suposto fato de a paciente de ter deixado, em data específica, que seu rebanho bebesse em dique que abastece cidade, pela ausência de conclusão técnica sobre a salubridade da água.

IV. A mera descrição de dano a floresta de preservação permanente é insuficiente para a configuração do delito do art. 38, caput, da Lei nº 9.605/98, sendo necessária a demonstração de indícios mínimos de autoria.

V. A simples descrição do dano ambiental e conseqüente atribuição da responsabilidade à proprietária do imóvel rural, quanto mais se recentemente adquirido, consiste em responsabilização penal objetiva, inadmissível no ordenamento jurídico.

VI. Ausentes da denúncia os elementos mínimos de autoria e materialidade, cabível o trancamento da ação penal.

VII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator⁶³.

Reitera-se, que conforme o entendimento doutrinário e jurisprudencial mencionado, o efetivo dano/perigo concreto de dano ambiental teria que ser comprovado por meio de perícia técnica, único meio hábil a realizar essa comprovação.

Por se tratar de meio de prova indispensável, por força de lei, a sua ausência gera um conjunto probatório inapto a caracterizar a prova da materialidade do delito e, portanto, a justa causa exigida para o recebimento da denúncia.

Nesses termos, por todo o exposto, requer-se o reconhecimento da ausência de justa causa para o exercício da ação penal, nos termos do art. 395, III, do CPP, bem como de evidente nulidade, na forma do artigo 564, IV, do CPP, diante de violação a comando expresso disposto no artigo 158 do CPP.

PREJUÍZO: A manutenção do recebimento de denúncia ausente justa causa para ação penal, prejudica gravemente o acusado pois o submete a todas as gravosas conseqüências da instauração de um processo penal- exposição de sua intimidade e privacidade, impactos midiáticos e de estigmatização, custos financeiros- sem que haja razões jurídicas para isso.

63 BRASIL. STJ. Quinta Turma. HC n. 178.423/GO. Rel. Min. Gilson Dipp J: 6/12/2011. DJe: 19/12/2011.

PREQUESTIONAMENTO: A manutenção do recebimento de denúncia ausente justa causa para ação penal e marcada por evidente nulidade, caracteriza violação ao 564, IV, art. 158 e art. 395, III, do CPP, art. 5º, LV (contraditório e ampla defesa), da CR/88 e art. 8º, item 2, alínea f, da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como dos seguintes julgados do **STJ**: HC n. 178.423/GO.

9. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE CORPO DE DELITO: NECESSIDADE DE PERÍCIA PARA COMPROVAR A SUPOSTA ILEGALIDADE DE SOFTWARE DESENVOLVIDO PELA EMPRESA

A tese foi apresentada em defesa de Executivos de Empresa do ramo de tecnologia em uma apuração sobre supostos crimes tributários. Como dirigentes de empresa criadora do software de emissão de cupom fiscal utilizado por diversas sociedades empresariais, lhes foram imputados os delitos descritos no art. 1º, II e V, e art. 2º, V, da Lei nº 8.137/1990. A tese discorre sobre a nulidade decorrente da ausência de realização de exame de corpo de delito, apontado a violação ao disposto no art. 158 do CPP.

As infrações penais que deixam vestígios exigem, para sua comprovação, a realização de um meio de prova específico, consubstanciado no exame de corpo de delito, a teor do que determina o art. 158 do Código de Processo Penal⁶⁴.

É que o sistema brasileiro que vigora em matéria de valoração da prova é o do livre convencimento motivado e, sendo assim, uma vez produzida a prova conforme os ditames legais, o magistrado terá a liberdade de apreciá-la livremente.

Registre-se que, ao contrário do que pensam alguns, a adoção do sistema do livre convencimento motivado não concede ao julgador a faculdade de dispensar um meio de prova que a lei exige, mas, tão somente, de apreciá-la de acordo com sua convicção e subjetividade regrada, analisando sempre o conjunto probatório. Em outras palavras, livre convencimento motivado é um sistema de valoração e não de produção da prova. A disciplina legal do exame de corpo de delito impõe a obrigatoriedade de sua realização para toda e qualquer infração penal que resulte em vestígios materiais, enquanto existirem.

64 Código de Processo Penal. Art. 158: Quando a infração penal deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Nesse sentido está também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

STJ: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO RECONHECIDO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA SEM JUSTIFICATIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. ACLARATÓRIOS REJEITADOS.

I - Os embargos de declaração são cabíveis somente nas hipóteses do art. 619 do Código de Processo Penal, isto é, nos casos de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão embargado. São inadmissíveis, portanto, quando, a pretexto da necessidade de esclarecimento, aprimoramento ou complemento da decisão embargada, objetivam, em essência, o re julgamento do caso.

II - A jurisprudência deste Tribunal Superior é assente no sentido de que o exame de corpo de delito é indispensável nas infrações que deixam vestígios, de modo que, somente nos casos de desaparecimento dos elementos probatórios, a perícia poderá ser suprida pela prova testemunhal.

III - Na hipótese, considerando que não se demonstrou o desaparecimento dos vestígios ou eventual excepcionalidade, que justificasse a inexistência do exame pericial, a qualificadora do rompimento de obstáculo deve ser decotada da dosimetria.

IV - A alegação de que “cuidando-se de estabelecimento comercial, não tinha como deixar o mesmo arrombado, até que se realizasse a perícia, que, como se sabe, demora a ser realizada”, não constam no acórdão impugnado, tratando-se de ilação e inovação recursal. De fato, não houve omissão ou contradição no julgado, de modo que demais ilações a respeito da insurgência da embargante, acarretará no reexame de matéria já julgada, situação que não se coaduna com o instrumento dos declaratórios.

Embargos de declaração rejeitados⁶⁵.

Deste modo, conforme aponta GUSTAVO BADARÓ “a necessidade de um exame de corpo de delito como meio apto à comprovação da materialidade delitiva é limite epistemológico para a busca da verdade” e tem como fundamento a “premissa de que, sendo possível a produção de uma prova com melhor idoneidade e potencial cognitivo, não se pode aceitar uma prova menos qualificada”⁶⁶.

A Defesa, de forma diligente, alertou para a necessidade de perícia em pelo menos duas oportunidades. Em primeiro lugar, nos itens (...) da resposta à acusação dos defendentes. Ademais, às fls. (...), formulou expressamente requerimento de exame pericial no *software* (...), bem como a oitiva dos peritos em audiência.

A tese da Defesa está longe de representar um simples artifício para prolongar a demanda. Na realidade, a necessidade de realização de perícia justifica-se, como dito acima, primeiro por ser uma imposição legal e, segundo, pois seria um meio apto a comprovar se o *software* desenvolvido pela empresa e credenciado junto à Receita Estadual é diferente ou se é o mesmo daquele encontrado nas padarias e supermercados que o operavam.

Isso porque, evidentemente, uma vez que a “Sociedade Empresarial (...)” realizava a comercialização do programa, o uso que era dado a ele por parte de quem o operava não pode ser, jamais, atribuído como sendo de responsabilidade dos defendentes. Ora, se alguém fabrica um carro ou uma arma e outrem vem a utilizá-los para a prática de crimes, é evidente que o fabricante não tem qualquer responsabilidade penal. Isso vale também para os desenvolvedores do *software*, que o registraram e credenciaram, seguindo todos os parâmetros legais, junto ao Fisco.

65 BRASIL. STJ. Quinta Turma. EDcl no AgRg no HC 680.740/SE. Rel. Min. Jesuíno Rissato (desembargador convocado do TJDFT). J. 16/11/2021. DJe de 19/11/2021.

66 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 302.

A simples perícia comparando o *software* desenvolvido pela empresa com aquele encontrado em operação nos estabelecimentos comerciais seria capaz de solucionar o impasse aqui colocado.

Percebe-se que, apesar dessa perícia ser factível e dever ser realizada para fins de comprovação da autoria e materialidade delitivas, o Ministério Público não se desincumbiu do seu ônus probatório, sequer solicitando ou se preocupando em comprovar tal circunstância.

Parece óbvio que a destinação que é dada ao *software* não é de responsabilidade dos seus desenvolvedores. Apesar disso, na presente ação penal, o Ministério Público veicula imputação aos denunciados tomando por base exatamente o raciocínio contrário, de que a destinação dada ao *software* pelos usuários é de responsabilidade dos desenvolvedores, como se esses fossem responsáveis pelas condutas daqueles.

Ademais, sequer a questão da suposta “tela alternativa que permitia que a venda da mercadoria fosse executada sem a emissão de cupom fiscal” foi objeto de perícia para comprovar se deveria ou não existir. A Defesa, inclusive, novamente comprometida com a escorreita apuração dos fatos, requereu, em sede de diligências complementares, na fase do art. 402 do CPP, a juntada de diversos documentos, inclusive, os Roteiros de Análise Funcional do Programa PAF-ECF, confeccionado pelos próprios técnicos da entidade que inspecionava o programa para credenciá-lo junto ao Fisco, autorizando sua comercialização e divulgação.

Quando confrontadas com tais perguntas, as testemunhas de acusação, auditores fiscais, não souberam esclarecer tal exigência e, em diversas passagens, se esquivaram de responder os questionamentos que lhes foram formulados. Verificou-se, até mesmo, que a prova produzida em audiência revelou a dificuldade dos auditores fiscais em responder questões relacionadas ao *software* e ao PAF-ECF, uma vez que extrapolavam seu âmbito de atuação e seu conhecimento técnico.

Por outro lado, em seus interrogatórios, os defendentes, que possuíam conhecimento técnico em programação na “Sociedade

Empresarial (...)", explicaram de forma unânime, muito contundente, precisa e estritamente técnica que foram os próprios técnicos da "Entidade de Inspeção (...)" que exigiram a criação da suposta "tela alternativa" para permitir a emissão manual de cupom fiscal, caso a impressora fiscal apresente alguma impossibilidade de operação.

De fato, é nítido que em um dos pontos, o Roteiro de Análise Funcional do PAF-ECF exige expressamente a disponibilização de uma "TELA DE INTERFACE COM O USUÁRIO PARA QUE ESTE POSSA REGISTRAR MANUALMENTE AS INFORMAÇÕES PREVISTAS NA ALÍNEA "c" (fls...).

E, uma vez observados os requisitos do Roteiro de Análise Funcional, conforme comprovado nos autos, o *software* elaborado pela "Sociedade Empresarial (...)" foi analisado pelo órgão instituído pela Secretaria da Fazenda, o qual emitiu laudo reconhecendo que o *software* estava apto a operar de acordo com as regras do roteiro de análise, de acordo com os requisitos do roteiro de análise. Assim, o *software* foi cadastrado na Secretaria da Fazenda, baseado num laudo oficial após ter sido inspecionado.

Diante do exposto, portanto, ao final da instrução processual, duas questões permanecem sem resposta:

- O *software* desenvolvido pela "Sociedade Empresarial (...)" e homologado pela instituição que o inspecionou (...) é o mesmo que vinha sendo utilizado pelos estabelecimentos comerciais que foram alvo de fiscalização pela Receita, ou houve alguma alteração ou mau uso do programa por parte de seus operadores/usuários?
- A suposta "tela alternativa que permitia que a venda da mercadoria fosse executada sem a emissão de cupom fiscal" era ou não uma exigência que constava no Roteiro de Análise Funcional do PAF-ECF e, portanto, deveria ter sido criada pela empresa para fins de homologação do *software* desenvolvido?

Como visto, a solução de tais dúvidas somente seria possível caso uma perícia no programa tivesse sido realizada, de maneira a responder tais questionamentos.

Porém, enquanto a acusação, em suas razões finais, sequer tocou neste assunto, a Defesa, ao longo de todo o processo, trouxe argumentos sólidos, consistentes, e os elementos colhidos de forma unilateral na investigação não permitiram que a prova fosse colhida em contraditório, o qual somente existiu na audiência de instrução e serviu, exatamente, para desmontar a tese acusatória do Fisco.

Daí a necessidade de realização de perícia, na qual se oportunize às partes a formulação de quesitos e a nomeação de assistente técnico, a fim de que todas essas dúvidas, que fogem do domínio da seara jurídica, pudessem ser devidamente solucionadas. Com efeito, salvo melhor juízo, nem os auditores fiscais, nem o Promotor de Justiça, nem os advogados que patrocinam a Defesa dos réus, *data venia*, entendem da área da informática e programação de computadores, razão pela qual a atuação de um *expert*, como auxiliar do juízo, seria de todo indispensável.

Ante o exposto, requer a Defesa, novamente em sede de alegações finais, a realização de perícia no *software* desenvolvido pela “Sociedade Empresarial (...)”, a fim de que seja avaliada sua legalidade, pelos fundamentos concretos acima colocados, sob pena de nulidade, com fulcro no art. 564, inciso III, alínea “b”, do Código de Processo Penal brasileiro. Na eventualidade de não acolhimento do pleito defensivo, requer sejam absolvidos os denunciados, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

PREJUÍZO: A produção de prova pericial em delitos que deixam vestígios constitui verdadeira manifestação do direito à ampla defesa, sendo a ausência de realização desse exame pericial um grave prejuízo ao direito do Defendente à ampla defesa e ao devido processo legal, uma vez que o Estado se omite em averiguar detidamente os fatos ocorridos e imputados, de forma que não tendo sido a prova produzida e dependendo a produção de uma atuação estatal, ao Defendente é negado o direito de utilizar-se de todas as provas necessárias à sua defesa, sendo impossibilitado de comprovar sua inocência e estando sujeito a ser injustamente condenado.

PREQUESTIONAMENTO: A ausência de realização de exame pericial em infração penal que deixa vestígio, configura infringência ao disposto no art. 158 do CPP, bem como ao entendimento firmado no julgado do STJ: EDcl no AgRg no HC 680.740/SE, sendo causa de nulidade absoluta, por força do art. 564, inciso III, alínea “b” do CPP.

10. LAUDO PERICIAL ELABORADO SEM OBSERVÂNCIA DE REQUISITOS DE VALIDADE E CONFIABILIDADE

A tese foi apresentada em defesa de empresário do agronegócio diante de processo em que se apuravam supostos crimes ambientais, com a imputação dos delitos previstos nos artigos 40 e 40-A, §1º, da Lei nº 9.605/95. A tese discorre sobre nulidade caracterizada pela incapacidade técnica do responsável pela elaboração do laudo pericial, inapto a considerar as peculiaridades da vegetação analisada.

O laudo pericial “(...)” (ID... – fls...) foi elaborado, como se demonstrará a seguir, sem a observância de requisitos de validade e confiabilidade, não sendo apto a provar a materialidade do delito, uma vez que não aponta minimamente os métodos e parâmetros técnicos utilizados, foi realizado extemporaneamente e por um profissional não capacitado para a sua realização, conforme reconhece o próprio autor do laudo.

Reitere-se que o Apelante, desde o primeiro momento, assumiu como objetivo inegociável o completo esclarecimento de todas as circunstâncias que envolvem o caso em apuração e não se pode negar a frustração com uma condenação que parte de um recorte dos fatos excluindo circunstâncias relevantes e deixando de considerar inúmeros requerimentos de prova da Defesa para, ao final, amparar-se em prova ilícita, pois se trata de laudo carente de confiabilidade metodológica, extemporâneo e elaborado por profissional que, como ele mesmo reconheceu, não possuía aptidão para o exame.

10.1. AUSÊNCIA DE PARÂMETROS TÉCNICOS E METODOLÓGICOS QUE CONFIRAM CONFIABILIDADE E CIENTIFICIDADE PARA O LAUDO PERICIAL.

Cada vez mais percebemos uma positiva evolução para superar os modelos de valoração da prova baseados na simples “experiência” ou no “bom senso” os quais redundam, na maioria das vezes, na prevalência de argumentos de autoridade, num cenário de completo menosprezo à cientificidade do Direito. Assim:

A correta valoração da prova passa, precisamente, pela utilização desse método científico até as últimas consequências, aproximando-nos, para tanto, das ciências que estudam cada meio de prova. Do contrário, a atividade probatória virá guiada simplesmente por (pré)juízos, como digo, intuitivos, olvidando que existem ciências que oferecem todo um acervo extraordinário de conhecimentos para que o juiz tome suas conclusões da maneira mais satisfatória.⁶⁷

[...] a valoração da prova depende de critérios lógicos e não de arbitrárias e/ou não articuladas orientações legais.⁶⁸

A fiabilidade das provas produzidas no processo penal encontra-se, portanto, intimamente ligada à utilização de metodologia adequada, ou seja, dentro dos parâmetros reconhecidos pela comunidade científica⁶⁹.

67 NIEVA FENOLL, Jordi. *Inmediación y valoración de la prueba*: el retorno de la irracionalidade. *Civil Procedure Review*, v.3, n.1: 3-24, jan.-apr., 2012. p. 14, tradução nossa.

68 NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 212, tradução nossa.

69 NIEVA FENOLL, Jordi. *Inmediación y valoración de la prueba*: el retorno de la irracionalidade. *Civil Procedure Review*, v.3, n.1: 3-24, jan.-apr., 2012. pp. 14-15, tradução nossa.

No presente caso, contudo, verifica-se que o laudo pericial “(...)” (ID... – fls...), o qual lastreou a sentença condenatória de forma fundamental, não possui amparo na aplicação de qualquer metodologia científica.

De início, foram colacionadas fotos, por sinal absolutamente ilegíveis, obtidas a partir de sensoriamento remoto via satélite e, em seguida, após afirmar não possuir capacitação técnica para valorar eventuais danos, o Perito tece suas “sugestões” opinativas.

Verifica-se, com isso, que não houve a aplicação de qualquer tratamento dos dados extraídos por meio do sensoriamento remoto.

O sensoriamento remoto consiste em uma ciência orientada à obtenção de imagens da superfície terrestre, a qual, *per si*, não se revela conclusiva. É necessário aplicar na sequência um índice ou método de tratamento de dados (e.g. *Normalized Difference Vegetation Index* – NDVI, *Enhanced Vegetation Index* – EVI; Índice de Vegetação Ajustado ao Solo – SAVI; Índice de área foliar – LAI; GCI – Índice de clorofila verde; RECI – Índice de clorofila da borda do vermelho; etc) para que se possa alcançar conclusões, inclusive com o cuidado para que sejam considerados fatores como a interferência de nuvens, variação sazonal da vegetação e demais fatores de impacto no resultado da análise.

Uma vez ausente a aplicação de qualquer método científico de tratamento e análise de dados, não se pode constatar se houve alteração e qual a causa do impacto no local dos fatos.

Ademais, não bastasse, não foi realizado um estudo das espécies que teriam sido impactadas, tampouco uma análise *in loco* do seu estágio de regeneração, ou se tratava-se de fato de uma floresta semidecidual como descrito na denúncia.

Não se atestou sequer a quantidade de eventual rendimento lenhoso ou a delimitação, a qualidade, a quantidade, o grau de impacto ou de supressão.

Nesse sentido, ausente qualquer parametrização, descrição de metodologia ou identificação no Laudo, sequer é possível haver certeza se a área analisada via satélite (3.8ha) se encontrava dentro da área de propriedade do Apelante ou apenas adjacente a ela.

10.2. EXTEMPORANEIDADE. PERÍCIA *IN LOCO* REALIZADA MAIS DE 05 (CINCO) MESES APÓS OS FATOS.

A perícia que deu origem ao laudo pericial “(...)” (ID... – fls...) somente foi realizado mais de 05 meses após os fatos, o que, como visto, se traduz em impactos em seu resultado já que, partindo da premissa contida na denúncia de que se tratava de floresta semidecidual, hipótese que não condiz com a prova dos autos, a extemporaneidade do laudo prejudica também a possibilidade de atestar qual o fator de impacto e a causalidade dos fatos, com severa perda de segurança, cientificidade e credibilidade do exame.

Na legenda das fotos colacionadas no Laudo afirma-se que algumas delas são tomadas anteriores e outras posteriores aos fatos, sem qualquer indicação de datas, não sendo possível aferir o nexo de causalidade entre a supressão constatada e os fatos narrados na denúncia, podendo, a depender da data, ter sido causada por fatores sazonais, decorrentes da passagem de animais, de intervenções de outros indivíduos etc.

Ademais, quanto às fotos tiradas em campo não há identificação de quais os espécimes identificados, da metodologia quantitativa ou qualitativa para apuração de eventuais danos, da quantidade de eventual rendimento lenhoso, de uma averiguação da data de sua ocorrência e de suas causas, cujos fatores podem ser, novamente, de ordem natural, sazonais, decorrentes da passagem de animais selvagens, etc.

10.3. PERITO QUE SE DECLAROU INCOMPETENTE PARA AVALIAR OCORRÊNCIA DE DANO.

A credibilidade das provas produzidas no processo penal demanda não apenas a utilização de metodologia adequada, como também a necessidade de comprovação da adequada formação dos profissionais para a execução da correspondente metodologia.

Nesse sentido:

[A valoração da prova pericial] se trata, provavelmente, do meio de prova que, com mais facilidade, pode escapar à valoração judicial, basicamente porque os conhecimentos que expressa o perito normalmente não pertencem à chamada <<cultura geral>> e, por isso, não é possível utilizar juízos quase intuitivos, como é o caso na maioria dos demais meios de prova.⁷⁰

Antes de mais nada, o que se deve controlar primeiramente é que o perito possua os conhecimentos necessários para poder ditar sobre a matéria de que se trate. Para isso, não é suficiente que seja o titular de um título profissional, senão que, ademais, é necessário que comprove a solvência no exercício de sua profissão⁷¹.

Nesse sentido, a Lei nº 12.030/2009 estabelece normas gerais para as perícias de natureza criminal dispondo o seguinte:

Art. 2º: No exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal, é assegurado autonomia técnica, científica e funcional, exigido concurso público, com formação acadêmica específica, para o provimento do cargo de perito oficial (Grifamos).

Essas disposições demonstram que a atividade de perícia oficial criminal observa especificidades, como a exigência de concurso público e formação acadêmica específica, que garantem a confiabilidade de seus resultados para a apuração de ilícitos penais.

No presente caso, o r. Perito signatário do Laudo Pericial “(...)” (ID... – fls...) **se declarou incompetente, no sentido de não possuir**

70 NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 285, tradução nossa.

71 NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. pp. 288-289, tradução nossa.

sequer capacitação técnica, para avaliar eventual dano ocorrido no local:

“[...] Este Perito não possui capacitação técnica para valorar os danos causados, no entanto, sugere que, no mínimo, a área deva ser recomposta por espécimes nativas do bioma em questão [...]” (ID..., fl...)

Não podemos deixar de reconhecer a lealdade e o compromisso do r. Perito que, expressamente, admite não possuir capacidade técnica para aferir o suposto dano pelo qual o Apelante é acusado.

O fato de o Perito signatário do laudo ter reconhecido não possuir capacidade técnica para apurar dano explica diversas ausências de informações e apurações em seu laudo.

Por outro lado, lamentavelmente, impressiona o fato de ter, em primeiro grau, uma evidência tão relevante ter sido ignorada e o laudo, com mácula insuperável, haver prestado como alicerce essencial da sentença condenatória.

Não possuindo o r. Perito capacidade técnica para aferição do suposto dano necessário para a configuração do delito previsto no art. 40 e 40-A, §1º da Lei nº 9.605/1998, ao que se soma a ausência de parâmetros técnicos e metodológicos e a extemporaneidade do laudo, verifica-se tratar-se de laudo ilícito, nos termos do art. 157 do CPP e art. 5º, LVI, da CR/88.

Enquanto lastro probatório central para a condenação, reconhecida a nulidade da prova pericial em razão: **i)** da ausência de parâmetros técnicos e metodológicos que lhe confirmam confiabilidade e cientificidade; **ii)** da extemporaneidade em sua realização; **iii)** da incapacidade técnica autodeclarada pelo perito, inexistindo, portanto, o preenchimento pelo laudo pericial de requisitos de validade e confiabilidade, deve a r. sentença de primeiro grau ser reformada para absolver o Apelante em função da ausência de provas, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

PREJUÍZO: A existência de laudo pericial que não preenche requisitos de validade e confiabilidade em razão da ausência de parâmetros técnicos e metodológicos que lhe confirmam confiabilidade e cientificidade, da extemporaneidade em sua realização e da incapacidade técnica autodeclarada pelo perito traz evidente prejuízo ao Apelante pois o referido laudo foi utilizado como fundamento para sua condenação.

PREQUESTIONAMENTO: A realização de perícia com ausência de observância de parâmetros técnicos e metodológicos que lhe confirmam confiabilidade e cientificidade, sendo sua realização extemporânea e realizada por perito com autodeclarada incapacidade técnica viola o art. 5º, LVI, da Constituição da República, os arts. 157 e 158 do Código de Processo Penal e o art. 2º da Lei nº 12.030/2009.

11. AUSÊNCIA DE PERÍCIA ESPECIALIZADA PELO INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA: NÃO OBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES ESSENCIAIS

A tese foi apresentada em defesa de uma empresa que atua no ramo da indústria alimentícia em processo para apuração de supostos crimes ambientais, tendo sido imputado à empresa e ao seu representante legal, os delitos previstos nos arts. 54, §§ 1º e 2º, II, e 60, ambos da Lei nº 9.605/98. A tese discorre sobre a ausência de justa causa, uma vez que os laudos produzidos, além de não observarem as formalidades necessárias, não possuem natureza criminal.

Nos termos da peça acusatória, descreve-se como datas dos supostos fatos delituosos os seguintes dias: 14/11/2019 e 28/09/2021 (poluição sonora); 23/11/2018 (poluição hídrica); 26/02/2019 até a presente data (poluição atmosférica); 26/02/2019 até a presente data (fazer funcionar empresa sem licença ou autorização).

O órgão acusatório baseou-se nos relatórios de vistoria, autos de infração e de notificação e nos pareceres técnicos, todos estes documentos de natureza administrativa. A própria denúncia destaca, inclusive, tabela com o histórico dos autos de infração e notificação exarados pela municipalidade de “(...)” (fls... da Denúncia, ID...).

A peça acusatória baseou-se exclusivamente em documentos de cunho administrativo, que foram elaborados pela administração municipal no exercício de seu poder de polícia administrativa e com objetivo de identificar eventuais infrações administrativas, ignorando a conclusão do Instituto de Criminalística, órgão competente para a realização de perícias criminais, que em seus relatórios concluiu pela ausência de materialidade delitiva no presente caso:

- Laudo pericial nº... (fls...-juntado também em fls...) referente à perícia realizada em 13/05/2019 (análise da poluição sonora):

[print excluído para preservação do caso]

- Laudo pericial nº... (fls...), referente à perícia realizada em 30/04/2020 (análise de poluição hídrica, do solo, atmosférica e de existência de licença para funcionamento):

[print excluído para preservação do caso]

- No mesmo sentido dos laudos mencionados, está o relatório policial (fls...), que com base nas perícias realizadas, concluiu pela não comprovação da materialidade dos crimes de poluição atmosférica, sonora e hídrica:

[print excluído para preservação do caso]

Com base nos elementos acima colacionados, bem como na premissa legal de que nos crimes que deixam vestígios a perícia oficial é imprescindível para a comprovação da materialidade (art. 158 do CPP), percebe-se que não está devidamente configurada a justa causa para a ação penal, exatamente pelo fato de não ter sido comprovada a materialidade dos delitos.

A Lei nº 12.030/2009 dispõe estabelece normas gerais para as perícias de natureza criminal:

Art. 2º No exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal, é assegurado autonomia técnica, científica e funcional, exigido concurso público, com formação acadêmica específica, para o provimento do cargo de perito oficial.

Art. 3º Em razão do exercício das atividades de perícia oficial de natureza criminal, os peritos de natureza criminal estão sujeitos a regime especial de trabalho,

observada a legislação específica de cada ente a que se encontrem vinculados.

Art. 5º Observado o disposto na legislação específica de cada ente a que o perito se encontra vinculado, são peritos de natureza criminal os peritos criminais, peritos médico-legistas e peritos odontologistas com formação superior específica detalhada em regulamento, de acordo com a necessidade de cada órgão e por área de atuação profissional.

Essas disposições demonstram que a atividade de perícia oficial criminal observa especificidades, como a exigência de concurso público e formação acadêmica específica, que garantem a confiabilidade de seus resultados para a apuração de ilícitos penais.

Assim, a perícia realizada pelo Instituto de Criminalística da Polícia Civil é mais específica e precisa para a análise do presente caso quando comparada a relatórios de vistoria, autos de infração e pareceres técnicos produzidos pela administração pública municipal, pois o Instituto de Criminalística é especializado na realização de perícias voltadas à apuração de materialidade e autoria de **crimes** que deixam vestígios, os quais de forma alguma se confundem com infrações administrativas

Ressalta-se que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já reconheceu expressamente que nos crimes ambientais que deixam vestígio a perícia oficial com todos seus consectários é imprescindível:

TJMG- EMENTA PARCIAL: APELAÇÃO CRIMINAL - DELITO AMBIENTAL - ARTIGO 38-A, DA LEI 9.605/98 - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PRELIMINAR SUSCITADA PELA PGJ - NÃO CONHECIMENTO POR INTEMPESTIVIDADE - INACOLHIMENTO - PRELIMINAR DE NULIDADE - INOCORRÊNCIA - MÉRITO - LAUDO PERICIAL OFICIAL - INEXISTÊNCIA - DELITO QUE DEIXA VESTÍGIOS - MATERIALIDADE DELITIVA NÃO COMPROVADA - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE.

- Tendo em vista que o prazo para a interposição do recurso de apelação começa a correr a partir da última intimação, neste caso a intimação das partes pelo DJE/TJMG, não há que se falar em intempestividade. Preliminar rejeitada.

- O não comparecimento do acusado em juízo, mesmo após devidamente intimado, sob a alegação de receio de ser contaminado pela COVID-19 configura verdadeira escusa despida de plausibilidade, já que nem mesmo a sua Defesa declinou tal situação na própria audiência e somente após um ano da realização da audiência é que sobreveio aos autos tal alegação, fato que não enseja a nulificação do feito por cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada.

- **Por se tratar de delito que deixa vestígios é indispensável a perícia, nos moldes do art. 158 do CPP e de acordo com os ditames dos dispositivos subsequentes, sendo suprível a prova pericial somente em caso de desaparecimento de vestígios, o que não ocorre no caso.**⁷²

TRECHOS DO INTEIRO TEOR: Também, imprescindível que a perícia seja realizada de acordo com as formalidades determinadas pelos dispositivos subsequentes, oportunizando a ampla defesa, com resposta a quesitos e descrição minuciosa do constatado pelo perito oficial.⁷³

TJMG- EMENTA: CRIME AMBIENTAL- ARTIGO 46, DA LEI 9.605/98 - INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO - OBRIGATORIEDADE - PRELIMINAR REJEITADA - AUSÊNCIA DE PERÍCIA OFICIAL - MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. A intimação do defensor dativo deve ser pessoal, se aplicando o mesmo regramento que rege a Defensoria Pública quanto à necessidade de

72 BRASIL. TJMG. 7ª Câmara Criminal. Apelação Criminal 1.0003.15.001037-3/001. Rel. Des. Sálvio Chaves. J: 27/10/2021. P: 03/11/2021.

73 BRASIL. TJMG. 7ª Câmara Criminal. Apelação Criminal 1.0003.15.001037-3/001. Rel. Des. Sálvio Chaves. J: 27/10/2021. P: 03/11/2021.

intimação pessoal, nos termos do art. 5º, parágrafo 5º, da Lei n. 1.060/50 e artigo 370, § 4º, do Código de Processo Penal. Ausente a intimação pessoal do defensor, não há falar-se em intempestividade do recurso. **Em tema de infração que deixa vestígios, tal como ocorre na esfera dos crimes ambientais, revela-se indispensável a realização do exame de corpo de delito oficial, nos termos da Lei Processual Penal. Inexistindo nos autos laudo pericial oficial, que deveria ter sido elaborado pelo Instituto de Criminalística do Estado de Minas Gerais ou por perito nomeado para este fim específico, não há comprovação da materialidade do delito que se imputou ao apelante, sendo a absolvição medida que se impõe.** Provimento ao recurso é medida que se impõe.⁷⁴

A partir desse contexto evidencia-se que a análise oficial da existência da materialidade de delitos é legalmente atribuída a determinados profissionais, vinculados a determinado órgão público, o que confere a atividade de perícia criminal absoluta especialidade no que concerne à constatação dos elementos necessários a justa causa de crimes que deixam vestígios.

Além disso, acrescenta-se ainda, que os relatórios, autos de infração e pareceres técnicos utilizados como fundamento para a denúncia não constituem juridicamente prova pericial, mas meramente documental, visto que são laudos elaborados de forma unilateral, sem apresentação de quesitos por autoridade policial, membro do Ministério Público ou pela Defesa. Nesse sentido já se manifestou o STF:

STF- EMENTA PARCIAL: LAUDO – ALCANCE. Laudo elaborado de forma unilateral não constitui prova pericial, mas documental, não se submetendo ao

74 BRASIL. TJMG. 3ª Câmara Criminal. Apelação Criminal 1.0775.14.002149-1/001. Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel. J: 03/08/2021. P: 13/08/2021.

previsto nos artigos 158 e seguintes do Código de Processo Penal.⁷⁵

Os relatórios, autos de infração e pareceres técnicos, meros documentos no contexto de uma instrução penal, constataam potencial ilícito administrativo.

Esses documentos se fundamentam em normas, premissas e preceitos de natureza administrativa e são elaborados por profissionais cujo escopo, formação e regras de atuação funcional não guardam vínculo com a área criminal.

Fazer a correlação entre o ilícito administrativo e o ilícito criminal, mais do que fazer uma presunção, é tentar agir contra a prova técnica, especializada, específica e oficial

Importante destacar que os ramos do direito criminal e administrativo são muito distintos, desde sua principiologia até os ilícitos puníveis por cada um deles. Pelo consagrado princípio penal da subsidiariedade, a intervenção penal deve ser a “*ultima ratio*”, ou seja, só se deve utilizar desse ramo do direito quando nenhum outro se mostrar suficiente.

Dessa forma, os tipos penais, os quais descrevem as condutas passíveis de pena no âmbito criminal, são dotados de particularidades únicas, não se confundindo com meros ilícitos administrativos.

Portanto, pode-se concluir que uma análise técnica voltada para o âmbito administrativo ainda que se mostrasse apta a aferir a existência dos elementos materiais indispensáveis para ocorrência de um fato de relevância penal – o que, no caso, não procede –, jamais pode prosperar em detrimento de perícias realizadas por órgão oficial de persecução penal, seguindo parâmetros técnicos e com escopo específico de apuração de crimes.

Assim, diante do exposto, requer a Defesa o reconhecimento da ausência de justa causa para ação penal pela comprovação da ausência

75 BRASIL. STF. Primeira Turma. HC 136964. Rel. Min. Marco Aurélio. J: 18/02/2020, DJe: 07/04/2020.

de materialidade dos delitos imputados, com a consequente rejeição da denúncia, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

PREJUÍZO: O prosseguimento da ação penal a despeito de ausência de justa causa, decorrente da inexistência de materialidade dos delitos imputados, demonstrada por meio de perícias criminais oficiais, causa grave prejuízo a acusada pois a submete a todas as gravosas consequências da instauração de um processo penal-exposição negativa de sua imagem (honra objetiva), estigmatização, prejuízos à rotina dos funcionários, impactos sobre a relação com clientes e custos financeiros.

PREQUESTIONAMENTO 1: O prosseguimento da ação penal a despeito de ausência de justa causa, decorrente da inexistência de materialidade dos delitos imputados, demonstrada por meio de perícias criminais oficiais, configura nulidade manifesta, nos termos do art. 564, IV, do CPP violando os artigos 158, 159, 160, 41 e 395, III, todos do CPP.

PREQUESTIONAMENTO 2: A não observância do procedimento das perícias oficiais para comprovação da materialidade de delitos que deixam vestígios, impossibilitando a participação defensiva, viola o art. 5º, LV (*contraditório e ampla defesa*), da CR/88 e art. 8º, item 2, alínea f, da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como os dispositivos que determinam quais formalidades devem ser observadas: artigos 158, 159, 160 CPP. Violação também do entendimento do **STF**: HC 136964.

12. AUSÊNCIA DE TRADUÇÃO JURAMENTADA AO LONGO DA APURAÇÃO ACARRETA A NULIDADE DE TODOS OS ATOS PRODUZIDOS

A tese foi apresentada em caso relacionado a suposto crime contra o sistema financeiro nacional, inaugurado a partir de documentos encaminhados pela United States Securities and Exchange Commission – SEC e encaminhado diretamente à Comissão de Valores Mobiliários – CVM. A tese busca demonstrar a ilicitude das provas, nos termos dos art. 5º, LVI, da CR/88 e art. 157, caput e §1º do CPP, em decorrência da ausência de tradução juramentada em violação ao art. 18 do decreto n° 13.609/1943, bem como aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, positivados no artigo 5º, LV, da CR/88.

O Paciente, responde à ação penal pela suposta prática do crime previsto no tipo penal do artigo 7º, I, da Lei nº 7.492/86 (emitir, oferecer ou negociar títulos ou valores mobiliários falsos ou falsificados), na forma do artigo 29 do Código Penal. A denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, em 02 de agosto de 2018 (fls...), alega que os fatos teriam ocorrido no período entre 2009 e 2013, tendo por objeto as Letras do Tesouro Nacional Brasileiro nº (...) e nº (...).

As investigações que lastrearam a denúncia (IPL nº ...) têm por origem requisição ministerial oferecida em função do recebimento de um pedido de colaboração da *United States Securities and Exchange Commission* – SEC encaminhado diretamente à Comissão de Valores Mobiliários - CVM, contendo informações ligadas aos fatos objetos da referida ação penal, as quais, por sua vez, foram repassadas ao Ministério Público Federal, à Polícia Federal e ao Banco Central.

Ocorre que, de acordo com as regras e princípios de cooperação jurídica internacional, as informações não poderiam ter sido encaminhadas diretamente à CVM, devendo, necessariamente, serem primeiro encaminhadas à Autoridade Central, competente para

o recebimento e por conduzir a tramitação de atos de cooperação internacional, bem como de fiscalizar e assegurar sua conformidade às normas nacionais e do país de origem.

Para além da irregularidade no procedimento de cooperação jurídica internacional, que deveria ocorrer sob a coordenação da Autoridade Central competente, observa-se que o referido pedido de auxílio feito pela SEC e os documentos anexados ao pedido (fls...) não foram traduzidos de forma juramentada antes que se desse continuidade ao feito.

Não obstante a apuração ter se iniciado em 2014, a juntada dos documentos traduzidos (fls...) somente ocorreu em maio de 2019, por intermédio do Ofício nº (...), após adoção de inúmeras medidas e diversos atos processuais. Ou seja, durante SEIS ANOS todos os atos processuais e provas produzidas se desenvolveram a partir da incerta tradução e interpretação dessa documentação por todos os envolvidos.

Dessa forma, foi dado prosseguimento à apuração, baseando-se o seu desenvolvimento em uma presumida compreensão da língua por parte de todos os envolvidos, desde as autoridades policiais e judiciárias, assistentes, assessores, escrivães, estagiários, autoridades do Banco Central, autoridades da CVM, advogados, depoentes e acusados.

Assim, quase a totalidade da apuração, instaurada em 2014, se debruçou sobre documentos em outra língua, permitindo toda sorte de desvios, interpretações adversas, distorções, dentre outros.

Assim, todos os atos processuais anteriores à tradução juramentada encontram-se maculados por vício processual grave, sendo incerta a quantidade de distorções que sobre eles podem ter incidido, em função de uma incorreta leitura por parte daqueles que tiveram contato com referidos documentos.

Observe-se ainda, que na forma do artigo 18 do Decreto 13.609/43, a tradução para a língua portuguesa e sua ajuramentação ou autenticação são OBRIGATÓRIAS para que qualquer documento possa ter efeitos processuais no Brasil. Destaca-se:

Art. 18. Nenhum livro, documento ou papel de qualquer natureza que fôr exarado em idioma estrangeiro, produzirá efeito em repartições da União dos Estados e dos municípios, em qualquer instância, Juízo ou Tribunal ou entidades mantidas, fiscalizadas ou orientadas pelos poderes públicos, sem ser acompanhado da respectiva tradução feita na conformidade dêste regulamento.

O descumprimento dessa norma ao longo de toda a instrução representa quebra da cadeia de custódia, colocando em questão a fiabilidade de todos os atos produzidos em continuação. Nesses termos, o entendimento já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça:

STJ: RECURSO ESPECIAL. ART. 305 DO CPM. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. FALTA DE ACESSO À INTEGRALIDADE DAS CONVERSAS. EVIDENCIADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM A EXISTÊNCIA DE ÁUDIOS DESCONTINUADOS, SEM ORDENAÇÃO, SEQUENCIAL LÓGICA E COM OMISSÃO DE TRECHOS DA DEGRAVAÇÃO. FILTRAGEM ESTABELECIDADA SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR. NULIDADE RECONHECIDA. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. RECURSOS PROVIDOS. DECRETADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. A quebra da cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade (RHC 77.836/PA, Rel. Ministro

RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019).

2. É dever o Estado a disponibilização da integralidade das conversas advindas nos autos de forma emprestada, sendo inadmissível a seleção pelas autoridades de persecução de partes dos áudios interceptados.

3. A apresentação de parcela do produto extraído dos áudios, cuja filtragem foi estabelecida sem a presença do defensor, acarreta ofensa ao princípio da paridade de armas e ao direito à prova, porquanto a pertinência do acervo probatório não pode ser realizado apenas pela acusação, na medida em que gera vantagem desarrazoada em detrimento da defesa.

4. Reconhecida a nulidade, inegável a superveniência da prescrição, com fundamento no art. 61 do CPP.

5. Recursos especiais providos para declarar a nulidade da interceptação telefônica e das provas dela decorrentes, reconhecendo, por consequência, a superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, de ofício.⁷⁶

O consolidado entendimento dos tribunais e o apelo doutrinário levou à positivação normativa da cadeia de custódia, reforçando a sua importância para que se assegure o devido processo legal, a segurança e credibilidade da apuração penal.

A quebra da cadeia de custódia probatória, em função da violação de normas legais, impõe a exclusão das evidências do processo, as quais perdem a sua fiabilidade e tornam-se inadmissíveis na forma do artigo 157 do Código de Processo Penal.

Ademais, ressalta-se que a jurisprudência pátria já possui entendimento assentado de que a tradução juramentada apenas é dispensável quando o trâmite dos documentos ocorrer por procedimento formal, ou seja, por meio das Autoridades Centrais

76 BRASIL. STJ. Sexta Turma. REsp 1795341/RS. Rel. Min. Nefi Cordeiro. J. 07/05/2019. DJe 14/05/2019.

dos países envolvidos, o que não ocorreu no caso em questão. Mesmo em tais casos, ressalte-se ainda, não foi dispensada a tradução em si de documentos, mas apenas a tradução oficial, e, pise-se e repise-se, somente quando preenchidos determinados requisitos, quais sejam, o trâmite formal, com a atuação da autoridade central.

O que o ocorre no presente caso é uma total ausência de tradução, seja ela oficial ou extraoficial, o que não é permitido e nem aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em particular tendo em vista a ausência de atuação da Autoridade Central brasileira no trâmite das informações e documentos, utilizados como base para as investigações e denúncia oferecida. Não havendo o trâmite formal e regular, não é possível dispensar a necessidade de uma tradução juramentada, pois não há oficialidade e autenticidade para ser presumida.

Nesse sentido está a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que determina que a eventual dispensa de formalidades como a tradução oficial, apenas pode ocorrer se houver a atuação da autoridade central no envio dos documentos:

STJ: AGRAVO INTERNO NA CARTA ROGATÓRIA. TRADUÇÃO JURAMENTADA DOS DOCUMENTOS. AUSÊNCIA. TRAMITAÇÃO PELA AUTORIDADE CENTRAL. EXEQUATUR CONCEDIDO. POSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE AUTENTICIDADE. REMARCAÇÃO DA DATA PARA A AUDIÊNCIA NA JUSTIÇA ROGANTE. PREJUÍZO AO INTERESSADO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE NOVEL MANIFESTAÇÃO DO CURADOR ESPECIAL. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO INAUGURAL IMPUGNADO E NOVA CITAÇÃO REALIZADA POR OFICIAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Corte Especial decidiu que “[o] ofício de encaminhamento de documentos pela autoridade central brasileira ou pela via diplomática garante a autenticidade, dos documentos, bem como da tradução enviada pela Justiça rogante, dispensando assim, legalização, autenticação e outras

formalidades.” (AgRg na CR 8.553/EX, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/03/2015, DJe 29/04/2015). 2. Inocorrência de prejuízo ao Interessado pela não abertura de vista ao curador especial para novel manifestação após a remarcação da data de audiência, uma vez que o pedido inaugural fora devidamente impugnado pela Defensoria Pública da União e a citação da nova data foi realizada por oficial de justiça. Agravo interno desprovido.⁷⁷

A ausência de tradução para a língua portuguesa, sua ajuramentação ou autenticação representa violação ao artigo 18 do decreto 13.609/1943⁷⁸, bem como aos princípios do contraditório, da ampla defesa positivados respectivamente nos artigos 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988.

Diante do exposto, requer a defesa seja reconhecida a nulidade de todos os atos antecedentes à juntada das traduções juramentadas (fls...), bem como dos atos deles derivados, em respeito à regra do §1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, o qual define a ilicitude das provas derivadas daquelas obtidas ilícita ou ilegalmente.

77 BRASIL. STJ. Corte Especial. AgInt na CR 9.923/EX. Rel. Min. Laurita Vaz. J. 06/09/2017. DJe 14/09/2017.

78 “Art. 18. Nenhum livro, documento ou papel de qualquer natureza que fôr exarado em idioma estrangeiro, produzirá efeito em repartições da União dos Estados e dos municípios, em qualquer instância, Juízo ou Tribunal ou entidades mantidas, fiscalizadas ou orientadas pelos poderes públicos, sem ser acompanhado da respectiva tradução feita na conformidade dêste regulamento”.

PREJUÍZO: A utilização de documentos no âmbito do processo penal, com a ausência de tradução para a língua portuguesa, sua ajuramentação ou autenticação compromete gravemente o direito do Paciente ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa, uma vez que sem a devida tradução não pode-se exercer de forma plena o direito à informação que provém do contraditório, bem como o direito à ampla defesa, considerando que para defender-se o Paciente precisa compreender corretamente os elementos probatórios que estão sendo apresentados contra ele. Além disso, essa ausência de tradução ainda coloca o Defendente em uma posição de total insegurança jurídica, pois diversos atos processuais foram realizados sem que houvesse qualquer certeza sobre a compreensão dos documentos que instruíram o processo.

PREQUESTIONAMENTO: A utilização de provas que originalmente estão em língua estrangeira, sem o devido acompanhamento de tradução para a língua portuguesa, sua ajuramentação ou autenticação representa violação ao artigo 18 do decreto 13.609/1943, ao art. 5º, LV, CR/88, aos artigos 564, IV (nulidade por omissão de formalidade essencial), e 157 (prova ilícita), ambos do CPP e ao entendimento fixado no julgado do STJ: REsp 1795341/RS.

13. HIPÓTESE INCONSTITUCIONAL DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA POR IMPUTAÇÃO TOP DOWN

A tese foi apresentada em processo que imputava a um dirigente de uma autarquia o suposto delito de desabamento, conduta tipificada no art. 256, parágrafo único, c/c art. 258, ambos do Código Penal. A tese questiona a responsabilidade objetiva de gestores pela mera posição ocupada na gestão de uma instituição, em violação ao modelo de imputação individual e ao princípio da legalidade.

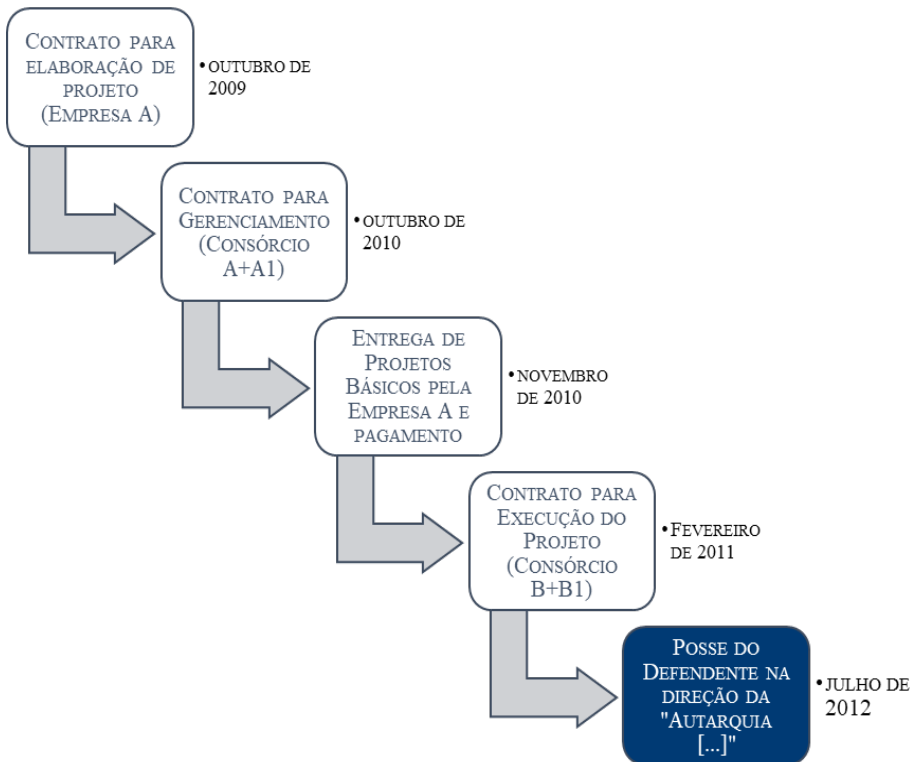
O Defendente assumiu o cargo de dirigente da “Autarquia (...)” em julho de 2012. Não obstante, conforme se verifica dos autos, o Ministério Público, *data venia*, de forma indiscriminada, promoveu uma narrativa linear sem relevar a ausência do Defendente no deslinde dos fatos até meados de 2012, mas, ao contrário, atribuindo-lhe responsabilidade por períodos anteriores ao início de sua gestão.

Impressiona a relevância e a quantidade de fatos indicados como graves pelo Ministério Público e todos ocorridos antes do ingresso do Defendente na “Autarquia (...)”:

- Outubro 2009: o contrato para elaboração do projeto foi celebrado com a Empresa A, sem qualquer participação do Defendente.
- Dezembro de 2010: os projetos básicos desenvolvidos pela Empresa A foram entregues e a Empresa A recebeu o pagamento, sem qualquer participação do Defendente.
- Outubro de 2010: o contrato para gerenciamento (contrato guarda-chuva) foi celebrado com o consórcio formado pelas empresas A e A1, sem qualquer participação do Defendente.
- Fevereiro de 2011: o contrato para execução do projeto elaborado pela Empresa A foi celebrado

com o consórcio formado pelas empresas B e B1, sem qualquer participação do Defendente.

O deslinde dos fatos pode ser representado graficamente a partir da seguinte linha do tempo:



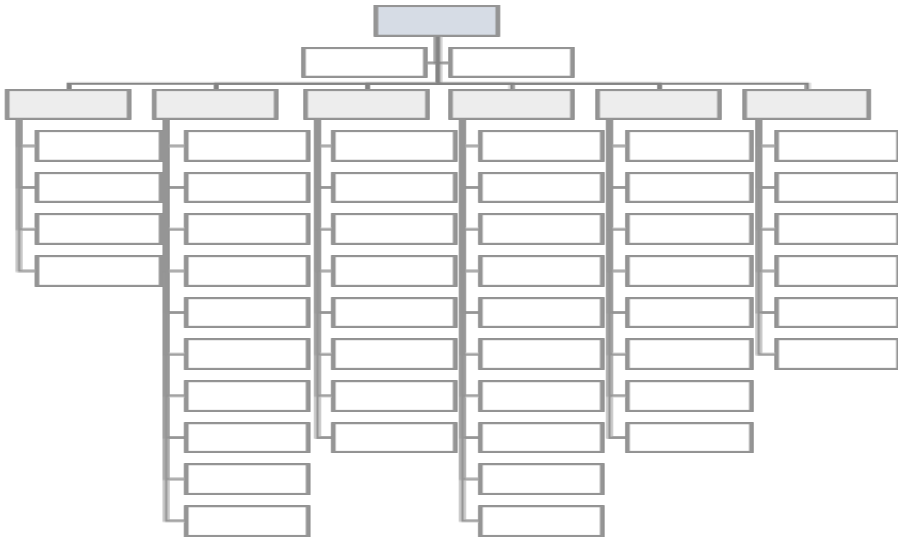
Percebe-se que os problemas que compõem a narrativa do Ministério Público e da sentença ocorreram muito antes da entrada do Defendente na “Autarquia (...)”. É nesse período anterior, inclusive, que o Consórcio B+B1 foi contratado para executar a obra, mas teria se recusado iniciar as atividades sob a alegação de erros nos projetos da Empresa A.

O Ministério Público afirma haver “má administração da Autarquia (...)” em razão de fatos ocorridos em 2010, 2011 e 2012 e quer imputá-los ao Defendente?

Por que não foram incluídos neste processo os gestores que atuaram direta e efetivamente nos fatos ocorridos de 2009 a junho de 2012?

Para além da atribuição de fatos anteriores à sua posse na “Autarquia (...)”, foram também imputados ao Defendente fatos que não pertenciam às suas incumbências.

Não se pode perder de vista que a gestão da obra pela “Autarquia (...)” se caracteriza por relevante divisão de tarefas tanto no plano horizontal, com a departamentalização da “Autarquia (...)”, quanto verticalmente, com a delegação de funções, conforme se percebe a partir da análise do organograma abaixo:



Fl. [...]

O quadro de divisão de tarefas organizado hierarquicamente, impõe, para a identificação dos responsáveis e para a individualização de responsabilidade penal, que se indique, para cada conselheiro e diretor, qual o dever de agir para evitar o resultado descumprido, haja vista a possibilidade jurídica de agir limitada pelos poderes que de fato lhe competem.

Uma estratégia de responsabilização penal atenta à legalidade e à lesividade penal, especialmente em um quadro de divisão de tarefas organizado hierarquicamente, deveria se orientar à identificação dos responsáveis em uma abordagem denominada pela moderna doutrina como “*bottom-up*”, ou seja, de baixo para cima. Nesse sentido:

[E]m caso de pluralidade de intervenientes em estruturas hierárquicas, propõe que se parta sempre da pessoa mais próxima à causa direta do resultado, para então, ascender percorrendo os diversos extratos da hierarquia, ou seja, de “baixo para cima”⁷⁹.

Essa estratégia privilegia a identificação de comportamentos e condutas, a partir de sua relação direta com o resultado, respeitando o princípio *nullum crimen sine conducta*. Trata-se de garantia jurídica elementar, a qual permite que o cidadão tenha a segurança de que somente será punido em razão de uma conduta pessoal que venha a praticar. Assim, deve-se partir do agente mais próximo ao fato, ou seja, aquele encarregado da vigilância direta da fonte de perigo para, então, seguir na cadeia causal “investigando a eventual contribuição de outras pessoas nos mesmos níveis de hierarquia e em níveis superiores”⁸⁰. Dessa forma, individualizam-se as condutas a partir de seu contexto fático, seguindo-se a cadeia causal de acontecimentos e identificando-se as possibilidades de intervenção que eventuais dirigentes poderiam diante de si.

Entretanto, à revelia do sustentado acima, ao pedir a condenação do Defendente, o Ministério Público desenvolve uma abordagem diametralmente oposta: sempre descreve condutas da “Autarquia (...)”, e não de seus funcionários e gestores, posteriormente atribuindo-lhes

79 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 52.

80 *ibidem*.

essa responsabilidade pela posição que ocupam no topo dos quadros da pessoa jurídica. Assim, a partir de uma responsabilização genérica da “Autarquia (...)” é que o Ministério Público, *data venia*, presume a responsabilidade de algumas pessoas físicas, aleatoriamente pinçadas.

E, ao não descrever condutas, mas presumi-las a partir de um raciocínio de responsabilidade da pessoa jurídica, o Ministério Público faz, *permissa venia*, imputações e exclusões de responsabilidade sem critério e lógica, v.g., deixar de denunciar a diretora de projeto e o Dirigente da “Autarquia (...)” que atuaram entre 2009 até 2012. E nunca nos esqueçamos, em período anterior ao ingresso do Defendente na “Autarquia (...)”.

A questão adquire maior relevância em razão da própria linha do tempo traçada pelo MP em alegações finais:

[print excluído para preservação do caso]

Ao invés da descrição individualizada de condutas, o que se percebe é uma utilização excessiva da prosopopeia, o que se percebe na denúncia, nas alegações finais do Ministério Público e nas alegações finais do assistente de acusação:

[print excluído para preservação do caso]

A “Autarquia (...)” assistia, a “Autarquia (...)” pasma, a “Autarquia (...)” estupefata, a “Autarquia (...)” ingênua, a “Autarquia (...)” pagou a Empresa A, a “Autarquia (...)” considerou os projetos regulares, a “Autarquia (...)” afirma, a “Autarquia (...)” não fiscalizava, a “Autarquia (...)” queria que as empresas se entendessem, a “Autarquia (...)” possui peculiar método de trabalho, a responsabilidade da “Autarquia (...)”, a “Autarquia (...)” cumpriu de forma amadora, a “Autarquia (...)” é responsável pela má condução dos trabalhos.

- Quem assistia pasmo e estupefato?
- Quem foi ingênuo?
- Quem pagou a Empresa A?
- Quem considerou os projetos regulares?

- Quem deixou de fiscalizar e queria que as empresas se entendessem?
- Quem possui método de contratação no qual divide a obra em projeto e execução?
- Quem foi amador?
- Quem é responsável pela má condução dos trabalhos?

Essas perguntas seriam apenas um começo e servem apenas para demonstrar o risco de se estar diante de uma tentativa inconstitucional de responsabilização criminal da pessoa jurídica.

Essa forma de imputação – abordagem *top down* – em que se atribui diretamente ao dirigente de uma instituição a responsabilidade por qualquer fato ocorrido no âmbito da pessoa jurídica, sem se identificar sua participação na cadeia de condutas que levaram ao suposto ilícito, não é compatível com o modelo de responsabilização subjetiva, individual e pessoal adotado no Direito Penal Brasileiro, disposto nos artigos 13 e 29 do Código Penal. Ademais, viola o princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da Constituição da República e artigo 1º do Código Penal), na medida em que “qualquer abordagem de exame de responsabilidade penal só pode partir do que dispõe o direito positivo”⁸¹.

Com efeito, a abordagem apresentada aproxima-se de uma responsabilização objetiva, amparada apenas na posição ocupada pelos agentes da “Autarquia (...)”, sem que se identifique o seu conhecimento específico sobre os fatos, as suas condições de previsibilidade dos acontecimentos, as medidas adotadas etc.

A falta de descrição da conduta e a atribuição de responsabilidades pela mera posição indicada em organogramas, de maneira genérica e imprecisa como redigidos os supostos fatos criminosos na denúncia, levam à conclusão de que a imputação é tão somente uma curva hermenêutica desprovida de qualquer substrato fático ou teórico, de qualquer embasamento no ordenamento jurídico

81 ESTELLITA, Heloisa. *Op cit*, p. 58.

vigente, uma tentativa juridicamente inválida de responsabilizar ao Defendente enquanto representante da pessoa jurídica. Em outros termos, a maneira genérica e imprecisa como estão redigidos os fatos na denúncia conduzem à possível conclusão de que a imputação dirigida ao Defendente é um “drible hermenêutico” para burlar a impossibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica pelos fatos em apuração.

A ideia de desviada responsabilidade penal de pessoa jurídica fica mais evidente quando se verifica o oferecimento de denúncia contra quem estava à frente da “Autarquia (...)” na época do desabamento e apenas por isso, já que não participou dos fatos anteriores a julho de 2012.

A prosopopeia é uma figura de linguagem que enriquece o texto literário, mas esvazia a segurança jurídica se utilizada em uma peça que prescinde indeclinavelmente da indicação de conduta humana, comissiva ou omissiva, como base da estruturação de um crime.

Quando se afirmou que as perguntas acima seriam um começo, é porque a resposta apenas a elas não supriria as necessidades de uma denúncia apta, pois ainda seria necessário que se identificassem as mínimas circunstâncias da suposta prática dos fatos mencionados, como meio e modo de cometimento, acompanhadas das devidas referências na linha do tempo, uma vez que as gestões passadas concorreram para a grande maioria dos fatos em apuração.

Não se aponta uma única conduta praticada pelo Defendente para dar suporte a uma imputação penal. Descreveu-se e imputou-se um fato ao Defendente pela simples razão de ser ele, na época do desabamento, o dirigente da “Autarquia (...)”.

E, nas poucas vezes em que a imputação não recaiu diretamente sobre a “Autarquia (...)”, foi promovida, tanto nas manifestações do órgão acusatório como na sentença condenatória, uma imputação conjunta na qual foi descrita a conduta atribuída indiscriminadamente ao Defendente e ao “Sr. (...)”, diretor de obras:

[print excluído para preservação do caso]

Saliente-se que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento que exige a individualização da conduta do acusado para a responsabilização penal, rechaçando por completo a hipótese de incidência do poder punitivo estatal pelo mero cargo ocupado pelo réu em uma estrutura organizada, ainda que se trate de cargo de alto nível em sua hierarquia:

STF: EMENTA: Homicídio culposo. Acidente em parque de diversões. Imputação desse evento delituoso ao Presidente e Administrador do Complexo Hopi Hari. **Inviabilidade de instaurar-se persecução penal contra alguém pelo fato de ostentar a condição formal de “Chief Executive Officer” (CEO). Precedentes. Doutrina. Necessidade de demonstração, na peça acusatória, de nexo causal que estabeleça relação de causa e efeito entre a conduta atribuída ao agente e o resultado dela decorrente (CP, art. 13, “caput”). Magistério doutrinário e jurisprudencial. Inexistência, no sistema jurídico brasileiro, da responsabilidade penal objetiva.** Prevalência, em sede criminal, como princípio dominante do modelo normativo vigente em nosso País, do dogma da responsabilidade com culpa. “*Nullum crimen sine culpa*”. Não se revela constitucionalmente possível impor condenação criminal por exclusão, mera suspeita ou simples presunção. O princípio da confiança, tratando-se de atividade em que haja divisão de encargos ou de atribuições, atua como fator de limitação do dever concreto de cuidado nos crimes culposos. Entendimento Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob_o_numero_12923396. HC 138637 / SP doutrinário. Inaplicabilidade da teoria do domínio do

fato aos crimes culposos. Doutrina. “Habeas corpus” deferido⁸².

Diante disso, por todo o exposto, requer a absolvição do Defendente, na forma do artigo 386, IV, do Código de Processo Penal, por estar provado não ter concorrido para os fatos, uma vez que lhe foram imputadas de modo genérico fatos anteriores à sua própria nomeação como dirigente da “Autarquia (...)”.

Alternativamente, ainda que considerem que a Defesa não provou a ausência de responsabilidade do Defendente, percebe-se, com clareza, que não foi demonstrada responsabilidade comissiva ou omissiva do Defendente pelo trágico episódio e, dessa forma, pelo princípio da eventualidade e de modo a assegurar o exercício da garantia da ampla defesa, requer o reconhecimento da absolvição pela ausência de provas do Defendente ter concorrido para a infração penal, nos termos do artigo 386, V, do Código de Processo Penal.

PREJUÍZO: A condenação do Defendente apenas em razão do cargo por ele ocupado ignora a imprescindível caracterização do elemento subjetivo do tipo exigido pelo direito penal brasileiro para a responsabilização criminal, infringindo o princípio do “*Nullum crimen sine culpa*”, consistindo em verdadeira responsabilidade penal objetiva.

82 BRASIL. STF. Segunda Turma. HC 138637/SP 0062559-45.2016.1.00.0000. Rel. Min. Celso de Mello. J. 10/10/2020. P. 22/10/2020. No mesmo sentido, no julgamento da AP 975, afirmou-se que o “cargo de direção ocupado é insuficiente para, unicamente, comprovar a autoria delitiva”. Cf. STF. Segunda Turma. AP 975. Rel. Min. Edson Fachin. J. 03/10/2017, P. DJe-040 02/03/2018.

PREQUESTIONAMENTO: A abordagem no sentido de uma responsabilização objetiva é contrária ao sistema penal brasileiro de responsabilização pessoal e individual, disposto nos artigos 13, *caput*, e 29 do CP, bem como representa violação direta ao princípio constitucional da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da CR/88) e aos precedentes do STF: AP 975 e HC: 13.8637/SP.

14. INÉPCIA DA DENÚNCIA EM FUNÇÃO DA AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DE AÇÃO OU OMISSÃO

A tese foi apresentada em defesa de executivo de empresa do ramo de saneamento, em caso no qual se apurava suposto crime ambiental. Foi imputado ao Defendente, em razão do seu cargo na empresa, também denunciada, a prática dos delitos previstos no art. 54, §2º, V, lei nº 9.605/98 c/c art. 71 do CP e art. 60 da lei nº 9.605/98. A tese versa sobre a inépcia da denúncia diante da ausência de descrição de ação ou omissão do Defendente.

Na Denúncia oferecida pelo Ministério Público são atribuídos ao Defendente os tipos penais previstos no art. 54, §2º, V e no art. 60, *caput*, ambos da Lei 9.605/1998 da seguinte forma:

“(…) Nessa perspectiva, aliás, de 04 de dezembro de 2018 a 09 de janeiro de 2020, os acusados, mediante mais de uma ação **ou** omissão, e, pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, efetuaram o lançamento de resíduos líquidos e substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos. (…)” Denúncia – ID... – p...

“(…) Como demonstrados pelos Autos de Infração nº... e pelo Parecer Técnico nº..., confeccionados pela “(…)”, a “(…)”, por meio de ação **ou** omissão de seu presidente e administrador “(…)”, nas datas e local acima mencionados, efetuou o lançamento de efluentes contendo parâmetros de DBO, DQO e sólidos sedimentares em desacordo com os limites estabelecidos na Deliberação Normativa “(…)” (…)” Denúncia – ID... – p...

Verifica-se que a denúncia não descreve nenhuma conduta do Defendente.

Mais que isso, o Ministério Público assume não atribuir denúncia quando redige de maneira alternativa “possibilidades” de concorrência para a execução de ilícito penal sendo que as alternativas são em si contraditórias.

Ação e omissão, uma dinâmica outra estática, são formas autônomas de prática de conduta, ambas passíveis de responsabilidade, mas apenas quando indicadas de forma concreta.

Não se questiona nessa tese o vício da Denúncia por falta de descrição de “circunstâncias”, mas verifica-se de pronto algo ainda mais grave, pois não há nem ao menos a simples indicação concreta do núcleo típico que teria sido praticado.

Quando o Ministério Público afirma que houve ação ou omissão, tem-se a assunção de que, *data venia*, o órgão não tem ideia do que houve e faz uma imputação por especulação, por presunção.

A situação ora apontada reforça a tese de ausência de conduta e de tentativa de ilegítima de atribuição de responsabilidade meramente em razão da posição que o Defendente ocupava na Empresa, o que se torna particularmente grave diante da imputação a ele inclusive de fatos ocorridos antes de sua gestão como Diretor-Presidente da Companhia.

Nesse ponto, vale reiterar que o Defendente possui todo o interesse no integral esclarecimento dos fatos em apuração e não irá se resignar com uma apuração precária, que não possa identificar precisamente as causas e responsáveis pelos fatos, até para que, enquanto gestor de empresas, compreenda o que ocorreu, quais os aspectos que poderiam ser melhorados e a identificação de eventuais verdadeiros responsáveis.

Não é suficiente lançar mão de forma genérica das atribuições de “ações ou omissões”, laconicamente, por fatos ocorridos antes que ele estivesse na posição de Diretor-Presidente. Tampouco ignorando toda uma complexa estrutura organizacional da Companhia. Afinal:

- Houve uma ação?
- Se houve, quando ela ocorreu?

- Se houve, de que forma ela foi executada?
- Houve uma omissão?
- Se houve, e em se tratando de tipo penal sem previsão de hipótese omissiva, qual o dever especial de garantidor foi descumprido?
- Se houve, quando ela ocorreu?
- Se houve, de que forma?

Destaque-se que a instauração válida do processo penal pressupõe o oferecimento de denúncia ou queixa com exposição clara e precisa de um fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41/CPP), ou seja, é necessária a descrição, ainda que sucinta, de como o agente teria agido ou se omitido, o que não foi feito na denúncia.

Além da violação ao art. 41 do CPP, a inépcia da denúncia compromete sobremaneira o direito de defesa (art. 5º, LV, da CR/88), pois a ausência de descrição da conduta supostamente típica obriga que o Defendente estruture suas teses e requeira provas com base em especulações.

Inexiste defesa efetiva possível sem que o Defendente saiba do que está sendo acusado.

Impressiona o fato de o Ministério Público sequer ter indicado se a conduta do Defendente foi comissiva ou omissiva.

Os pressupostos da ação e da omissão são distintos e, portanto, a denúncia por conduta comissiva enseja defesa distinta de uma denúncia por conduta omissiva. Sem tais informações, as teses defensivas estão comprometidas.

Evidencia-se, mais uma vez, o prejuízo suportado pela Defesa em razão da inépcia da denúncia.

Portanto, como se vê, a inicial acusatória, *data venia*, desobedeceu de forma inequívoca o art. 41 do CPP, que exige exposição circunstanciada do fato criminoso, conforme orienta o Supremo Tribunal Federal:

STF: EMENTA: HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DO PACIENTE NA SUPOSTA ATIVIDADE CRIMINOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. A orientação deste Supremo Tribunal Federal quanto à desnecessidade da individualização da conduta de cada denunciado, nos crimes societários, tem sido relativizada. Isto para exigir que a denúncia contenha descrição mínima da participação de cada acusado, de modo a possibilitar o adequado exercício do direito de defesa. Precedente: HC 80.549. É de se reconhecer a inépcia da denúncia redigida de forma a não apontar sequer a posição jurídica do denunciado no organograma da empresa e menos ainda que tipo de vínculo operacional teria ele na trama das ações consideradas delituosas. Ordem concedida.⁸³

Não obstante a exigência legal de exposição circunstanciada, no caso descumpriu-se o que há de mais basilar em se tratando de uma imputação que é a descrição, ainda que sumária e genérica, de uma conduta.

Inadmissível, *data venia*, permitir a instauração de um processo criminal com consequências graves de imagem para a carreira de um executivo sem que o imputado saiba ao menos o que lhe está sendo atribuído, o que ele pode ter feito e que esteja sendo interpretado como ilícito.

A consequência nefasta para a carreira profissional se soma à profunda contaminação do exercício do direito de defesa que impõe ao Defendente a tarefa de especular eventuais ações, omissões e ainda cogitar que tenham presumido ações e omissões que não ocorreram para, a partir desse exercício inviável de ilações, ser obrigado a apresentar uma defesa.

83 BRASIL. STF. Primeira Turma. HC 85948. Rel. Min. Carlos Britto. J. 23/05/2006. P. 15/12/2006.

Ressalte-se que o Defendente, durante sua trajetória profissional e em sua gestão na Presidência da “(...)”, sempre foi comprometido com as melhores práticas de integridade e *compliance* para a prevenção e combate a toda e qualquer não conformidade e/ou irregularidade.

Assim, o Defendente lamenta a apuração deficiente realizada no presente caso, pois considera imprescindível a identificação de causas e responsáveis por eventuais irregularidades constatadas pelos órgãos oficiais do Estado, permitindo-se, assim, o aprimoramento das estruturas da Companhia.

No entanto, *data venia*, a Acusação se resignou em substituir evidências por presunções, provas por especulações.

Assim, diante do prejuízo insanável causado à Defesa, que se viu obrigada a estruturar suas teses e requerer provas de modo especulativo, tendo em vista a patente ausência de descrição de conduta, em violação ao art. 41 do CPP e conseqüente comprometimento do exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa, positivados no art. 5º, LV, da Constituição da República, bem como art. 8º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

PREJUÍZO: A ausência de descrição de conduta típica compromete gravemente o direito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que o Defendente é submetido a uma escassez de informações, sendo obrigado a contraditar, formular sua defesa e requerer provas, de modo totalmente especulativo, sendo retirada do Defendente a possibilidade de participação efetiva na construção do provimento jurisdicional. Acarreta ainda graves prejuízos à imagem do Defendente.

PREQUESTIONAMENTO: A ausência de descrição de conduta típica com respectivos elementos comprometeu o exercício do direito de Defesa pleno e efetivo e, portanto, configura nulidade manifesta, nos termos do art. 564, inciso IV, do CPP c/c artigos 41 e 395, incisos I e III, ambos do CPP, além do art. 5º, inciso LV (*contraditório e ampla defesa*), da CR/88 e art. 8º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como violou o entendimento do STF: HC 113386 e STJ: RHC 15.887/PR.

15. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL: FALTA DE INTERESSE DE AGIR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A tese foi apresentada em defesa de empresário do agronegócio em processo que apurava suposto crime ambiental, com a imputação dos delitos previstos nos arts. 40 e 40-A, §1º, da Lei nº 9.605/95. A tese aponta para a falta de interesse de agir do Ministério Público, uma vez que foi oferecida denúncia ao suposto instigador, mas não ao possível executor e, portanto, autor do delito.

O Ministério Público denunciou apenas ao Apelante, deixando de oferecer denúncia em face dos funcionários que teriam executado a suposta intervenção objeto da denúncia. Nesse sentido, inclusive, um deles, o “Sr. (...)”, foi ouvido na condição de testemunha em AIJ.

A omissão do Ministério Público em oferecer denúncia contra pessoas responsáveis pela execução dos supostos atos de supressão de vegetação descortina uma linha de raciocínio segundo a qual considerou-se lícita a conduta de funcionários do Apelante que executaram a intervenção objeto da denúncia.

No presente caso, contudo, a Acusação optou por deixar de denunciar os indivíduos que executaram as condutas que supostamente causaram dano à unidade de conservação (Área de Proteção Ambiental), imputando a conduta diretamente ao Apelante, que, segundo a narrativa ministerial com a qual não se concorda, seria especificamente um instigador ou mandante.

A figura do instigador ou mandante depende da existência de fato principal, típico e ilícito, realizado pelo executor para que a responsabilidade penal possa lhe ser estendida, assim o disposto nos artigos 29 e 31 do Código Penal.

Se a conduta do agente mais próximo do resultado é considerada lícita, não há fato típico e ilícito principal e, conseqüentemente, tampouco responsabilidade penal do instigador. Não pode ser punido

aquele que determina a terceiro a execução de comportamentos atípicos ou lícitos, de modo que é somente diante de um injusto do executor que se pode cogitar da responsabilidade do instigador.

Noutros termos, se inexistente injusto do executor, inexistente injusto do Apelante, quem a acusação considera ter sido o instigador ou mandante, sob pena de criar distorções inadmissíveis aos princípios basilares do Direito.

Há, portanto, um paradoxo insuperável, *data venia*, no raciocínio empregado pelo Ministério Público. Considerar, ao mesmo tempo, lícita a conduta do autor e ilícita a conduta do instigador. Esse raciocínio viola a acessoriedade da participação, pois o injusto do partícipe está vinculado ao injusto do autor, ou seja, ao fato típico e ilícito principal desencadeado pela conduta do executor.

Por todo o exposto, a Defesa requer a extinção da punibilidade do Apelante, na forma do artigo 61 do Código de Processo Penal, uma vez que não há se falar em condenação daquele que instiga o delito se o comportamento de execução do resultado principal não foi considerado ilícito – em outras palavras: quando o autor do fato não foi denunciado e tampouco condenado.

REQUESTIONAMENTO: A condenação de partícipe quando o autor não foi sequer denunciado viola os arts. 29 e 31 do Código Penal, uma vez que o comportamento acessório pressupõe a realização do fato principal pelo autor.

16. INÉPCIA DA DENÚNCIA EM FUNÇÃO DA AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTA DE DIFERENTES SÓCIOS

A tese foi apresentada em defesa de sócios de empresa do ramo alimentício em um caso no qual se apurava responsabilidade penal por fato do produto. A denúncia lhes imputava, a partir da posição ocupada no topo do organograma da sociedade empresarial, a suposta prática da conduta tipificada no art. 272, §1º-A, c/c art. 258, ambos do CP (por 26 vezes) e art. 64 c/c art. 76, II, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). A tese aponta para a inépcia da denúncia em função da não individualização das condutas em contextos de criminalidade de empresa.

Os três sócios da “Sociedade Empresarial (...)” foram denunciados pela suposta prática dos crimes descritos nos artigos 272, § 1º A c/c art. 258 c/c art. 29 c/c art. 71 (26x) do CP e art. 64 c/c art. 76, II, do Código de Defesa do Consumidor. A imputação foi realizada de forma idêntica para os três.

A análise dos autos permite constatar que, em todos os momentos em que a denúncia trabalha a tentativa de atribuição de responsabilidade aos sócios, o faz abstrata e genericamente sem qualquer lastro em elementos contidos nos autos. Em momento algum, indica quais seriam as decisões a que se refere, como foram deliberadas, onde ocorreram, quantos foram os encontros, quem efetivamente se encontrava presente, quem participou das deliberações ou quem votou e em qual sentido.

Nesse sentido, os Defendentes parecem ter sido denunciados unicamente em razão da identificação de sua posição na empresa descrita em documentos societários, conforme os prints abaixo colacionados demonstram:

[print excluído para preservação do caso]

Destaque-se que a maneira genérica e imprecisa como estão redigidos os fatos na denúncia conduzem a possível conclusão de que a imputação dirigida ao Defendente é um “drible hermenêutico” para burlar a impossibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica pelos fatos em apuração⁸⁴.

De fato, a abordagem da denúncia constitui inconstitucional responsabilização presumida, pois é fundada única e exclusivamente no fato dos Defendentes serem sócios da Empresa, sem que se identifique o seu conhecimento sobre os fatos específicos, as suas condições de previsibilidade dos acontecimentos etc.

Garantia jurídica elementar, o princípio *nullum crimen sine conducta* permite que o cidadão tenha a segurança de que somente será punido em razão de uma conduta pessoal que venha a praticar. Bem articuladas são as ponderações de EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI ao analisar a importância da conduta como requisito indispensável à configuração do fato incriminável. Se fosse eliminada,

o delito poderia ser qualquer coisa, abrangendo a possibilidade de penalizar o pensamento, a forma de ser, as características pessoais, etc. (...) Quem quiser defender a vigência de um direito penal que reconheça um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana não pode deixar de reafirmar que a base do delito – como iniludível caráter genérico – é a conduta, identificada em sua estrutura ontológica. Se esta estrutura é desconhecida, corre-se o risco de salvar a forma, mas evitar o conteúdo, porque no lugar de uma conduta humana se colocará outra coisa⁸⁵.

Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

84 PINTO, Felipe Martins; BRENER, Paula. *Responsabilização de gestores pela mera posição na hierarquia corporativa: tipo objetivo e tipo subjetivo na expansão do direito penal empresarial*. In: AZEVEDO, Marcelo; MALTA, Bruno (orgs.) *Direito do ambiente em perspectiva*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. pp. 513-543.

85 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 411

STF: Habeas corpus. Penal. Processo Penal. 2. Denúncia genérica. Crime societário. Art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990 (Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo). **É fundamental que o mínimo de individualização da conduta esteja contido na denúncia para permitir o recebimento.** Caso que apresenta peculiaridades, que demonstram que um esforço de identificação da contribuição dos envolvidos para o suposto crime seria particularmente relevante. 3. Ordem concedida, para extinguir a ação penal, por inépcia da denúncia.⁸⁶

Vale apontar ainda o entendimento tanto da Quinta quanto da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, condicionando a validade da denúncia à existência de mínima relação entre o acusado e o delito que lhe é imputado, inclusive nos casos em que se está diante de crimes supostamente ocorridos no âmbito de sociedade empresária:

STJ: RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. VENDA OU EXPOSIÇÃO A VENDA DE PRODUTOS EM DESACORDO COM AS ESPECIFICAÇÕES LEGAIS (ART. 7º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90). INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. DENÚNCIA GENÉRICA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO. (...) 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ orienta-se no sentido de que, nos crimes societários, o contrato social pode ser considerado indício de autoria naquelas situações em que a complexidade do delito impedir a identificação pormenorizada da conduta de cada agente. Entretanto, mesmo nos crimes societários, a denúncia deve estabelecer um liame mínimo que

86 BRASIL. STF. Segunda Turma. HC 127415. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 13/09/2016. DJe 27/09/2016.

demonstre a plausibilidade da acusação, o que não se extrai relativamente ao paciente, mormente porque ele sequer figurava como administrador da empresa no contrato social, já que, conforme cláusula 8ª a administração era exercida exclusivamente pelo corréu. 3. “Este Superior de Justiça tem reiteradamente decidido ser inepta a denúncia que, mesmo em crimes societários e de autoria coletiva, atribui responsabilidade penal à pessoa física, levando em consideração apenas a qualidade dela dentro da empresa, deixando de demonstrar o vínculo desta com a conduta delituosa, por configurar, além de ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio” Precedente: RHC 43.405/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 22/9/2014). 4. “Como é cediço, a mera atribuição de uma qualidade não é forma adequada para se conferir determinada prática delitiva a quem quer que seja. Caso contrário, abre-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.” Precedente: AgRg no RHC 76.581/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/8/2017) 5. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal relativamente ao paciente, sem prejuízo que o Ministério Público apresente nova inicial acusatória em atendimento aos requisitos do art. 41 do CPP, descrevendo minimamente conduta do acusado sem pautar-se exclusivamente na circunstância de figurar no contrato social como sócio da empresa.⁸⁷

87 BRASIL. STJ. Quinta Turma. RHC 105.167/SP. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. J. 21/03/2019. DJe de 02/04/2019. No mesmo sentido, os seguintes precedentes, todos do Superior Tribunal de Justiça: BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 509.353/RO. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. J. 24/09/2019. DJe 03/10/2019. BRASIL. STJ. Quinta Turma. RHC 45.464/SP. Rel. Min. Ribeiro Dantas. J. 27/02/2018. DJe 05/03/2018. BRASIL. STJ. Quinta Turma. AgRg no RHC 76.581/PE. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. J. 27/06/2017. DJe de 01/08/2017. BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 121.035/ES. Rel. Min. Rogerio Schiatti

STJ: HABEAS CORPUS. ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.176/91. DENÚNCIA. INÉPCIA FORMAL. NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAR MINIMAMENTE A CONDUTA PRATICADA PELOS ACUSADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. *São uníssonos os precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, embora não se exija a descrição pormenorizada da conduta de cada denunciado nos casos de crimes societários, é imprescindível que o órgão acusatório estabeleça a mínima relação entre os denunciados e o delito que lhes é imputado.* 2. É formalmente inepta a denúncia que não demonstra, sequer genericamente, a responsabilidade dos denunciados perante a empresa ou o nexo de causalidade entre a conduta deles e o crime supostamente cometido, tampouco aponta quais foram os meios empregados ou de que maneira foi praticado o delito. 3. Ordem concedida para anular a ação penal a partir da denúncia, inclusive, por inépcia formal, sem prejuízo de que outra seja elaborada com o cumprimento dos ditames legais, com extensão de ofício aos corrêus.⁸⁸

No presente caso, reitera-se, não se aponta uma única conduta pessoal em tese praticada pelo Defendente para dar suporte à imputação.

Assim, requer-se a rejeição da denúncia por sua manifesta inépcia, nos termos do artigo 395, I, do Código de Processo Penal por falta de descrição da conduta e a atribuição de responsabilidades pela mera posição indicada em documentos societários.

Cruz. J. 30/06/2016. DJe 03/08/2016. BRASIL. STJ. Sexta Turma. RHC 43.405/MG. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. J. 02/09/2014. DJe 22/09/2014. BRASIL. STJ. Quinta Turma. RHC 96.738/RS. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. J. 24/04/2018. DJe 07/05/2018. 88 BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 69.018/SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. 03/09/2009. DJe 19/10/2009.

PREJUÍZO: A não individualização da conduta de cada acusado impede o efetivo exercício dos direitos ao contraditório e a ampla defesa, uma vez que não permite a correta compreensão do que está sendo imputado, impossibilitando o enfrentamento das acusações.

PREQUESTIONAMENTO: A falta de individualização da conduta, de menção aos acusados na descrição dos fatos contida na denúncia, bem como a imputação baseada na mera posição dos acusados na empresa, constitui hipótese de responsabilização objetiva e afronta o artigo 5º, XXXIX (*legalidade penal*) e LV (*contraditório e ampla defesa*), da CR/88, o artigo 41 do CPP, o disposto nos artigos 13, *caput*, e 29 ambos do CP, e o entendimento do STF: HC 127415 e STJ: RHC 105.167/SP, HC 509.353/RO, RHC 45.464/SP, AgRg no RHC 76.581/PE, HC 121.035/ES, RHC 43.405/MG, RHC 96.738/RS, impondo a rejeição da peça acusatória nos termos do artigo 395, inciso I, do CPP.

17. AUSÊNCIA DE PEDIDO JURIDICAMENTE VÁLIDO DIANTE DA NÃO CAPITULAÇÃO DO CRIME IMPUTADO

A tese foi elaborada em defesa de executivo de empresa atuante no setor minerário, em processo no qual se apurava suposta participação em crime contra o sistema financeiro nacional. A imputação não indicou a capitulação do delito adequadamente, conformando ausência de pedido juridicamente válido e, portanto, nulidade na forma do art. 564, IV, do CPP, violando-se, ainda, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, positivados no artigo 5º, LV, da CR/88, bem como art. 8º, item 2, alínea f, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O presente caso é um excelente laboratório para percebermos a importância do zelo com os requisitos formais de uma denúncia, pois, como sustentado no tópico (...), a inépcia da inicial comprometeu o exercício de Defesa e, infelizmente, permitiu, por coerência, que as alegações finais fossem apresentadas sem a indicação de provas, narrativa e nem mesmo indicação de dispositivos legais que dessem sustentação ao pedido de condenação.

Observe-se o lacônico dispositivo das alegações finais do Ministério Público:

[print excluído para preservação do caso]

Ao longo de toda a apuração, não houve provas, não houve perguntas, não houve qualquer movimento do Ministério Público em apurar as circunstâncias do concurso de pessoas, omissão que assume proporções ainda maiores por se tratar de crime que requer, para sua execução, agente com acesso e poderes sobre o balanço de Instituição Financeira, o que não é o caso do Defendente, terceiro que apenas contraiu empréstimo no Banco em análise. Observe-se que, nas alegações finais, formalizou-se a omissão percebida ao longo da instrução diante da ausência de capitulação.

Não se trata de mero vício formal, mas de omissão acusatória concreta em não apurar e nem identificar circunstâncias elementares decisivas para eventual responsabilidade penal do Defendente. Nesses termos, *não houve pedido juridicamente válido em alegações finais*.

Um pedido de condenação necessita de requisitos formais essenciais, que não se substituem pela simples manifestação de vontade da autoridade.

Na condição de representante da sociedade, a comprovação da correta atuação do Ministério Público, bem como da legitimidade do pedido de condenação têm suas bases no respeito a requisitos formais básicos, dentre eles, e com especial destaque, a correta e completa capitulação.

A exordial acusatória é singelamente finalizada com a imputação ao Defendente do crime previsto no art. 10, da Lei 7.492/86 passando ao largo tanto do artigo relativo ao concurso de pessoas (art. 29, CP) bem como do que concerne a comunicabilidade das elementares do tipo penal em crimes próprios (art. 30, CP).

Destaca-se novamente que as cortes superiores brasileiras consideram que art. 10, da Lei 7.492/86 se trata de *crime próprio*, pois o sujeito ativo é qualquer das pessoas indicadas no destacado artigo 25 da Lei 7.492/86, e seu parágrafo 1º: “o controlador e os administradores da instituição, assim considerados os diretores e gerentes, o interventor, o liquidante, o síndico”⁸⁹, o que já resultaria em atipicidade da conduta injustamente imputada ao ora Defendente, tendo em vista que não se enquadra no rol de pessoas sujeitas à penalidades, consoante taxativamente previsto no texto em comento.

Em caso similar ao caso presente:

STJ: RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME
CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.

⁸⁹ No mesmo sentido a lição de FRANCISCO DE ASSIS BETTI: “Os crimes da Lei 7.492/86, como se observa, são crimes próprios porque exigem capacidade especial de seu autor, consubstanciada no poder de realizar ou determinar a realização do ilícito” (BETTI, Francisco de Assis. *Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil*: leis 7.492/86 e 9.613/98. Belo Horizonte: DelRey, 2000. p. 75).

RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRETENSÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS RECORRIDO E PARADIGMA. ART. 6.º DA LEI N.º 7.492/86. *CRIME PRÓPRIO. RECORRENTES QUE NÃO SE ENQUADRAM NO ROL DE AGENTES ATIVOS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO*⁹⁰.

Ainda que se considerasse não se tratar de crime próprio, a análise normológica sobre o tipo penal em questão permite verificar que execução do crime de fraude de balanços de instituições financeiras somente pode ser realizada por agente que possua acesso ao bem jurídico em questão ou, ainda, “seja quem tem poder de mando para poder fazer inserir informação falsa em demonstrativos fiscais”⁹¹. Em outros termos, somente um membro da instituição financeira em questão com poderes para a tomada de decisões pertinentes ao balanço da instituição e para a sua composição é que poderia realizar o delito descrito no tipo penal em questão. Um terceiro que contrata com a instituição financeira, buscando créditos legítimos para a satisfação de interesses econômicos também legítimos de sua própria empresa, de forma alguma teria acesso ou qualquer possibilidade de ser autor do crime em questão.

O argumento se torna mais forte quando se percebe que não se trata de simples omissão à indicação de tipos legais do concurso de pessoas (artigos 29 e 30 do Código Penal), mas tanto a denúncia quanto as alegações finais não declinam na narrativa circunstâncias a partir das quais perceba o liame subjetivo entre eventuais autores/partícipes.

90 BRASIL. STJ. Recurso Especial nº. 1.298.196-SP. Rel. Min. Laurita Vaz. J. 13/11/2013. P. 28/11/2013.

91 BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 145.

A ausência de esclarecimento nos termos do art. 30 do Código Penal impede que se compreenda como o Ministério Público considerou que o Defendente possa ter praticado conduta prevista no tipo penal do art. 10 da Lei 7.492/96, sem que integre os quadros de instituição financeira.

Na denúncia e nas alegações finais, o Ministério Público apenas apresenta uma lacônica menção a uma união de desígnios/concurso entre a “Sociedade Empresarial (...)” e a “Instituição Financeira (...)”, sem declinar modo, circunstâncias, ou em quais elementos se baseia para tal conclusão. Não chega nem mesmo a imputar concretamente ao Defendente o concurso de pessoas como forma de participação. Certamente não o fez, pois, como ficou provado, não há união de desígnios porque o Defendente não concorreu para crime algum.

Por todo o exposto, diante do prejuízo insanável causado à Defesa, da omissão acusatória concreta em não apurar e nem identificar circunstâncias elementares decisivas para eventual responsabilidade penal do Defendente, verifica-se nulidade na forma do artigo 564, IV, do CPP face à ausência de pedido juridicamente válido em alegações finais, violando-se ainda aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, positivados no artigo 5º, LV, da Constituição da República de 1988, bem como art. 8º, item 2, alínea f da Convenção Americana de Direitos Humanos.

PREJUÍZO: A ausência de descrição de conduta típica compromete gravemente o direito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que o Defendente é submetido a uma escassez de informações, sendo obrigado a contraditar, formular sua defesa e requerer provas, de modo totalmente especulativo, sendo retirada do Defendente a possibilidade de participação efetiva na construção do provimento jurisdicional.

PREQUESTIONAMENTO: A ausência de descrição de conduta típica com respectivos elementos, somada à ausência de justa causa, comprometeu o exercício do direito de Defesa pleno e efetivo e, portanto, configura nulidade manifesta, nos termos do art. 564, IV, do CPP c/c artigos 41 e 395, I e III, ambos do CPP, além do art. 5º, LV (contraditório e ampla defesa), da CR/88 e art. 8º, item 2, alínea f da Convenção Americana de Direitos Humanos.

18. INÉPCIA E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA EM MANIFESTO PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DEFESA

A tese foi apresentada em defesa de empresário do ramo de construção civil em processo relacionado a suposto crime de fraude de balanço, delito contra o sistema financeiro nacional, em função da contratação de mútuo com um Banco, sendo-lhe imputado o delito descrito no art. 10 da Lei nº 7.492/86. A tese versa sobre a inépcia da denúncia diante da inexistência de descrição de conduta, comissiva ou omissiva, promovida pelo defendente, prejudicando, assim, o exercício do direito de defesa.

A instauração válida do processo penal pressupõe o oferecimento de denúncia ou queixa com exposição clara e precisa de um fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41, CPP), ou seja, além, da ação delitiva, é necessária a descrição de como o agente teria agido, os meios que utilizou, os malefícios produzidos, os motivos que o determinaram a isso, a maneira pela qual praticou, o lugar e o tempo da prática criminosa, *data venia*, na denúncia em comento nada disso ocorreu.

A narração contida na peça acusatória é deficiente, sendo, portanto, causa de nulidade absoluta, pois, viola o contraditório e impede o exercício da ampla defesa, mesmo porque é impossível defender-se de maneira efetiva de acusações construídas a partir de hipóteses abstratas, conforme é o caso presente.

Como se vê, a inicial acusatória, *data venia*, desobedeceu de forma inequívoca o art. 41 do CPP, que exige exposição circunstanciada do fato criminoso, conforme orienta o Supremo Tribunal Federal:

STF: EMENTA: HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DO PACIENTE NA SUPOSTA ATIVIDADE CRIMINOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. A orientação deste Supremo

Tribunal Federal quanto à desnecessidade da individualização da conduta de cada denunciado, nos crimes societários, tem sido relativizada. Isto para exigir que a denúncia contenha descrição mínima da participação de cada acusado, de modo a possibilitar o adequado exercício do direito de defesa. Precedente: HC 80.549. É de se reconhecer a inépcia da denúncia redigida de forma a não apontar sequer a posição jurídica do denunciado no organograma da empresa e menos ainda que tipo de vínculo operacional teria ele na trama das ações consideradas delituosas. Ordem concedida.⁹²

O recebimento de denúncia lastreada em processo administrativo promovido pelo BACEN, e posterior IPL, não indica precisamente a responsabilidade do Defendente na suposta prática do ilícito criminal, acarretando assim, inegável e grave constrangimento ilegal e consequente comprometimento do exercício do direito constitucional de defesa.

Na exordial, o Defendente é acusado pelo simples fato de ser diretor da sociedade empresária que contratou a operação de empréstimo junto ao “Banco (...)”. Não se menciona qualquer indício de conluio ou de vinculação subjetiva para realização de qualquer fraude. A denúncia não imputa crime, mas sim presume a responsabilidade do Defendente pelo cargo que ocupa e, assim, compromete o exercício de seu direito de defesa.

Neste ponto, é importante destacar precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

TRF-1: PROCESSUAL PENAL. PENAL. “HABEAS CORPUS”. CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS. ARTIGO 22, DA LEI N. 7.492/1986. “OPERAÇÃO FAROL DA COLINA”. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. JUSTA

92 BRASIL. STF. Primeira Turma. HC 85948. Rel. Min. Carlos Britto. J. 23/05/2006. P. 15/12/2006.

CAUSA. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. Nos crimes societários é necessário o mínimo de individualização da conduta e a indicação do nexo de causalidade entre esta e o delito que se trata, sem o que fica impossibilitado o exercício da ampla defesa (Min. Eros Grau). 2. Caso em que, à vista do contexto fático-probatório, resultou evidenciada a falta de justa causa para a ação penal, por isso que inequivocamente demonstrada, pela impetração, a inépcia da inicial, por não preencher a Denúncia os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, e, bem assim, a inexistência de indícios suficientes para dar suporte a acusação de envolvimento dos Pacientes na ação delituosa capitulada no artigo 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986. 3. Ordem concedida⁹³.

No mesmo sentido, encontramos precedentes nos Tribunais Superiores:

STJ: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES SOCIETÁRIOS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO AINDA QUE MÍNIMA, DO ENVOLVIMENTO DO PACIENTE COM OS FATOS DELITUOSOS". “(...) Na hipótese em testilha, todavia, não se justifica a ação penal, porquanto a denúncia, embora demonstre, de forma suficiente, a existência de um grande esquema de evasão de divisas, entre outros delitos, não conseguiu evidenciar, com provas mínimas, a contribuição do ora paciente para a ocorrência de tais condutas. Ampare-se, apenas, em meras suposições de seu envolvimento com os fatos delituosos. Recurso provido para determinar,

93 BRASIL. TRF1. Quarta Turma. HC 0005492-27.2008.4.01.0000. Des. Mário César Ribeiro, e-DJF1 17/06/2008 PAG 295.

em relação ao ora paciente, o trancamento da ação penal. (...) ⁹⁴

Mesmo considerando que a jurisprudência não é uníssona em relação a essa questão, aceitando em alguns casos denúncias com algum grau de generalidade, sobretudo quando lhes falta indicação pormenorizada da conduta de cada agente, na hipótese de concurso de pessoas, como no caso dos autos, a omissão é extrema em relação ao Defendente, e nesse ponto, merece destaque o precedente do Supremo Tribunal Federal:

STF: Habeas corpus. 2. Formação de cartel, tráfico de influência, corrupção ativa e quadrilha ou bando. Pedido de declaração de inépcia da denúncia. 3. A peça acusatória não observou os requisitos que poderiam oferecer substrato a uma persecução criminal minimamente aceitável. Precário atendimento dos requisitos do art. 41 do CPP. 4. Violação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana. Precedentes. 5. Ordem concedida para que seja trancada a ação penal instaurada contra o paciente. ⁹⁵

Destarte, nos termos em que foi lançada, a denúncia é inepta e carece de justa causa, pelo menos no tocante ao Defendente, pois ao deixar de descrever a sua forma de participação no suposto crime contra o Sistema Financeiro, bem como a omissão da exordial em apontar um único indício a respeito de sua vinculação ou participação na suposta fraude, inviabilizou o amplo exercício do direito da defesa, salienta-se uma vez mais.

94 BRASIL. STJ. Quinta Turma. RHC 15.887/PR. Rel. Min. Laurita Vaz. J.16/11/2004. DJ 28/02/2005, p. 339.

95 BRASIL. STF. Segunda Turma. HC 113386. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 23/04/2013. DJe-103 p. 03-06-2013.

Com base nestas razões, apoiadas nos ensinamentos de FREDERICO MARQUES temos que:

Por paradoxal que pareça, a acusação é uma exigência do exercício do direito de defesa (...). É que ninguém pode defender-se no vácuo, ou seja, ignorando o crime que se lhe imputa. Sem que o réu tenha conhecimento e notícia do fato delituoso que lhe é atribuído, impossível lhe será rebater, através de defesa, a denúncia contra si endereçada.⁹⁶

Assim, nos casos de coautoria, a denúncia deve narrar a participação de cada um dos acusados, de forma que cada um possa individualmente responder às imputações formalizadas. É isso que se deflui do sistema penal brasileiro que, por imposições de ordem constitucional, não admite a responsabilidade objetiva e acolhe o princípio da personalidade. Não se pode, face à completa ausência de preenchimento desses requisitos, pura e simplesmente transferir ao Defendente o ônus de provar o contrário, ou seja; que não participou dos atos ilícitos contidos na denúncia do MPF.

A existência de uma operação de crédito, firmada entre o “Banco (...)” e a “Sociedade Empresarial (...)”, não constitui indícios suficientes sobre a ocorrência de crime para fundamentar a denúncia, tanto menos para a condenação pretendida, uma vez que não há nenhum elemento que comprove que o Defendente teria praticado crime na forma dolosa, ainda mais na forma descrita no art. 10, da Lei 7.492/86.

Não se trata aqui de simples questionamento de inépcia da inicial, mas das repercussões prejudiciais que recaíram sobre o Defendente que se viu obrigado a especular os elementos, os argumentos, as razões e os fundamentos que conduziram o Ministério Público a formular a imputação.

96 MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1960. p. 148-149.

Em outras palavras, o Defendente foi submetido a uma condição inconstitucional, na medida em que o exercício da Defesa pressupõe o direito de amplo e efetivo acesso às informações como corolário do princípio do contraditório.

Assim, diante do prejuízo insanável causado à Defesa, que se viu obrigada a estruturar suas teses e requerer provas de modo especulativo, tendo em vista a inépcia e a ausência de elementos probatórios mínimos necessários como justa causa, tem-se patente ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, positivados no artigo 5º, LV, da CR/88, bem como art. 8º, item 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos e assim se requer o reconhecimento de nulidade, na forma do artigo 564, IV, do CPP.

PREJUÍZO: A ausência de descrição de conduta típica compromete gravemente o direito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que o Defendente é submetido a uma escassez de informações, sendo obrigado a contraditar, formular sua defesa e requerer provas, de modo totalmente especulativo, sendo retirada do Defendente a possibilidade de participação efetiva na construção do provimento jurisdicional.

PREQUESTIONAMENTO: A ausência de descrição de conduta típica com respectivos elementos, somada à ausência de justa causa, comprometeu o exercício do direito de Defesa pleno e efetivo e, portanto, configura nulidade manifesta, nos termos do art. 564, IV, do CPP c/c artigos 41 e 395, incisos I e III, ambos do CPP, além do art. 5º, LV (*contraditório e ampla defesa*), da CR/88 e art. 8º, item 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como violou o entendimento do STF: HC 113386 e STJ: RHC 15.887/PR.

19. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DE CONDUTA E DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO FATO

A tese foi apresentada em defesa de executivos de empresa do ramo de tecnologia em uma apuração sobre supostos crimes tributários. Como dirigentes de empresa criadora do software de emissão de cupom fiscal utilizado por diversas sociedades empresariais, lhes foram imputados os delitos descritos no art. 1º, II e V, e art. 2º, V, da Lei nº 8.137/1990. A tese discorre sobre o comprometimento do exercício efetivo do direito de defesa, diante da ausência de descrição de conduta e de individualização do fato, em violação ao art. 41 do CPP.

A atuação do Ministério Público deve, sempre, almejar a efetivação dos princípios e fins propostos pelo Estado para o processo penal, incumbindo ao referido órgão, encarnando o espírito dos valores esculpidos na essência do Estado, perseguir processualmente o indivíduo sobre o qual existam elementos fáticos que demonstrem se houve um delito, que delito ocorreu, a sua autoria e a forma como ocorreu, carreando a instrução processual com um conjunto probatório que propicie a promoção da aplicação da lei penal.

Cabe-lhe, igualmente, preservar a justiça contra acusações descabidas, protegendo o inocente que se vê à mercê de uma acusação penal, contribuindo para que lhe seja restituída o mais breve possível a normalidade de sua vida com o mínimo de danos e prejuízos.

O Parquet, diante da prova produzida, deve pugnar livremente pela correta aplicação da lei ao caso concreto, funcionando como *custos legis*, já que o Estado não tem qualquer interesse de ver acolhida uma pretensão punitiva que se demonstre como injusta, seja na sua essência, seja na sua quantidade⁹⁷.

Diante do cenário retratado, para a consecução das funções outorgadas ao Ministério Público, enquanto titular do *ius persequendi*

97 JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 27.

in judicio, as alegações que permeiam as peças acusatórias não podem ser obscuras, omissas, vagas, ambíguas, abstratas e nem lacunosas.

A denúncia e os memoriais finais, bem como todas as peças que instruem o polo ativo da ação penal devem ser claras e precisas de modo a permitir o pleno exercício do direito de defesa.

Especificamente a denúncia, peça inicial para a *persecutio criminis*, cumpre papel de suma importância no desempenho da função garantidora do processo penal, pois cabe a ela delimitar o âmbito temático da imputação penal, definindo a própria *res judicio deducta* e permitindo assim, que o acusado, tendo ciência dos fatos delituosos a ele imputados, com todas as circunstâncias a eles pertinentes, possa exercer o direito constitucional de defesa.

Para tanto, a exordial acusatória deve descrever os fatos de maneira precisa e concludente e, nos casos de coautoria, individualizar a participação de cada acusado, porque essa é questão fundamental para o exercício da ampla defesa.

A descrição fática, ainda que sucinta, deve apresentar em seu corpo todas as circunstâncias que compõem os elementos definidores do tipo penal imputado, sob pena de se incorrer em nefasta ilegalidade.

Ademais, como impulso inicial para o exercício da *persecutio in judicio*, a peça acusatória deve, necessariamente, observar os requisitos essenciais de validade, rigorosamente indispensáveis, em razão das graves repercussões de um processo criminal e principalmente de uma condenação criminal para a vida de um cidadão, o que, no presente caso, *data venia*, não ocorreu.

Destaque-se que a clareza da exposição dos fatos imputados em uma denúncia criminal é um pressuposto essencial de participação democrática da Defesa no processo. E, no entanto, na exordial em análise, descreveu-se apenas vagamente determinados fatos e os imputou aos Defendentes, mas assim se fez sem que fossem apresentadas na narrativa as circunstâncias de modo, lugar e tempo em que as ações foram consumadas, não se dizendo, nem ao menos, quais foram individualmente tais condutas.

Imputa-se aos vários acusados o crime descrito no artigo 2º, V, da Lei nº 8.137/90 o qual descreve:

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Afirma então que os acusados teriam divulgado programa de processamento de dados que permitiria ao sujeito passivo de obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que por lei é fornecida à Fazenda Pública.

Ora, no presente caso, quando houve essa divulgação do *software*? De que forma foi divulgado o programa? Por quais meios foi divulgado? Em que data foi divulgado? Quantas condutas foram realizadas ao longo desse período, a fim de que se impute crime continuado?

Essa descrição é essencial para que a defesa possa exercer de fato o contraditório pleno e efetivo, pois somente delimitados os fatos é que poderá apresentar os documentos que demonstrem sua inocência, saber de fato o que ocorreu e como podem responder às imputações.

Insta acrescer-se que, mesmo entendendo-se, em razão do disposto no art. 29 do Código Penal, ser suficiente que a exordial atribuisse a cada Defendente o concurso de pessoas, a peça acusatória não apresenta um mínimo para fundamentar tal concurso, não descrevendo e nem ao menos mencionando as condutas típicas que teriam sido praticadas pelos Defendentes.

O Supremo Tribunal Federal adota posicionamento que veda as acusações coletivas, vagas e lacônicas, impondo a necessidade de uma acusação clara, que permita ao acusado ter ciência do fato a ele imputado com suas circunstâncias. Nesse sentido:

STF: Habeas corpus. Penal. Processo Penal. 2. Denúncia genérica. Crime societário. Art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990 (Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo). É fundamental que o mínimo de individualização da conduta esteja contido na denúncia para permitir o recebimento. Caso que apresenta peculiaridades, que demonstram que um esforço de identificação da contribuição dos envolvidos para o suposto crime seria particularmente relevante. 3. Ordem concedida, para extinguir a ação penal, por inépcia da denúncia. **TRECHO DO INTEIRO TEOR:** Questão relevante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito ao contraditório e à ampla defesa exercida em face de denúncia genérica ou que não descreve de maneira adequada os fatos imputados ao denunciado. É substancial a jurisprudência do Tribunal, que considera atentatório ao direito do contraditório o oferecimento de denúncia vaga ou imprecisa, por dificultar ou impedir o exercício do direito de defesa (Cf. HC 70.763, rel. min. Celso de Mello, DJ de 23.9.1994; HC 86.879, red. do acórdão min. Gilmar Mendes, DJ de 16.6.2006; HC 85.948, rel. min. Carlos Britto, DJ de 1º.6.2006; HC 84.409, rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 19.8.2005; HC 84.768, red. do acórdão min. Gilmar Mendes, DJ de 27.5.2005, INQ 1.656, rel. min. Ellen Gracie, DJ de 27.2.2004). (trecho do inteiro teor do acórdão).⁹⁸

Não foi atribuído aos Defendentes qualquer fato ou comportamento concreto, elementos estes indispensáveis à configuração de seu envolvimento pessoal na ocorrência do evento delituoso. Em casos de concurso de agentes é preciso que seja narrada, de forma individual, a conduta de cada um dos envolvidos, de modo

98 BRASIL. STF. Segunda Turma. HC 127415. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 13/09/2016. P. 27/09/2016.

que todos tenham condições de saber exatamente do que estão sendo acusados⁹⁹.

Garantia jurídica elementar, o princípio *nullum crimen sine conducta* permite que o cidadão tenha a segurança de que somente será punido em razão de uma conduta pessoal que venha a praticar.

Bem articuladas são as ponderações de RAUL EUGÊNIO ZAFFARONI ao analisar a importância da conduta como requisito indispensável à configuração do fato incriminável. Se fosse eliminada,

o delito poderia ser qualquer coisa, abarcando a possibilidade de penalizar o pensamento, a forma de ser, as características pessoais, etc. (...) Quem quiser defender a vigência de um direito penal que reconheça um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana não pode deixar de reafirmar que a base do delito – como iniludível caráter genérico – é a conduta, identificada em sua estrutura ontológica. Se esta estrutura é desconhecida, corre-se o risco de salvar a forma mas evitar o conteúdo, porque no lugar de uma conduta humana se colocará outra coisa¹⁰⁰.

Na denúncia *in casu*, o Ilmo. Representante do Ministério Público não observou, sequer, o referido princípio básico de Direito Penal, atribuindo a autoria ao Defendente simplesmente por ser ele sócio diretor da “Sociedade Empresarial (...)”.

Conforme leciona MANUEL PEDRO PIMENTEL,

Mera presunção de culpa, decorrente unicamente do fato de ser o agente diretor de uma empresa, não pode alicerçar uma denúncia criminal”, pois “A submissão

99 FERNANDES, Antônio Scarance. A correlação entre imputação e sentença no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 324-352, jul./ago. 2010., p. 327.

100 ZAFFARONI, Raul Eugenio. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 411

de um cidadão aos rigores de um processo penal exige um mínimo de prova de que tenha praticado o ato ilícito, ou concorrido para a sua prática. Se isto não existir, haverá o que se denomina abuso do poder de denúncia¹⁰¹.

Diante do exposto, porque violados os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais acima explicitados, especialmente o artigo 5º, LV, da CR/88 e art. 41 do CPP, requer a rejeição da denúncia por inépcia, em razão da violação de seus requisitos formais.

PREJUÍZO: A ausência de individualização das condutas imputadas aos Defendentes compromete gravemente o direito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que os Defendentes são submetidos a uma escassez de informações, sendo obrigados a contraditar, formular sua defesa e requerer provas, de modo totalmente especulativo, sendo retirada deles a possibilidade de participação efetiva na construção do provimento jurisdicional.

PREQUESTIONAMENTO: A ausência de individualização de conduta dos Defendentes apresenta violação aos artigos 5º, LV, da CR/88 (contraditório e ampla defesa), aos artigos 41, 564, inciso IV (omissão de formalidade essencial), e 395, inciso I (denúncia inepta), todos do CPP, art. 8º, item 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como ao entendimento do STF - HC 127.415.

101 PIMENTEL, Manuel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 174

20. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE ADITAMENTO: NULIDADE DO OFERECIMENTO DE NOVA DENÚNCIA EM APARTADO DIANTE DO CERCEAMENTO DE DEFESA

A tese foi apresentada em defesa de executivo de empreiteira em processo relacionado à suposta fraude à licitação, sendo-lhe imputado os delitos descritos no art. 90 da Lei n° 8.666/90 e arts. 312, 332 e 333, todos do CP. A tese discorre sobre o desrespeito ao dever ministerial de aditamento à denúncia, bem como a dificuldade da gestão processual gerada pelo oferecimento de nova denúncia.

Em 01/08/2018, foi oferecida denúncia pelo crime de fraude à licitação no contexto do certame que envolveu o Parque Tecnológico e Científico da “(...)”, previsto no art. 90 da Lei 8.666/1933, foi oferecida em 01/08/2018 em desfavor do Apelante e demais corréus (ID..., fl... dos autos n° (...)).

Em 27/04/2020, portanto, dois anos após o oferecimento da denúncia supramencionada, o Ministério Público Federal apresentou uma segunda inicial acusatória, em autos apartados, na qual esclareceu que “os crimes narrados na denúncia ora oferecida guardam estreita conexão com as infrações penais versadas na Ação Penal n° (...)” (ID..., fl... dos autos n° (...)):

[print excluído para preservação do caso]

Irresignada com a nova denúncia tratando sobre os mesmos fatos, a Defesa do Defendente opôs exceção de litispendência (autos n° (...)), informando que foram narrados em seu desfavor fatos idênticos em ambas as denúncias.

Em resposta, o Ministério Público Federal informou que “em atenção ao princípio da obrigatoriedade, o Ministério Público Federal ofereceu a segunda denúncia, **narrando os fatos não abrangidos pela anterior**, os quais configuram os crimes dos arts. 312, 317, § 1º, 332 e 333, parágrafo único, todos do Código Penal (...)” (ID..., fl... dos autos n° (...)).

Desse cenário, surge, *data venia*, a primeira contradição do *Parquet Federal*: se o acervo probatório é comum e se há circunstância de que a prova de cada uma dessas infrações influi nas demais, o ajuizamento de nova ação penal pelo oferecimento de uma denúncia em apartado, no lugar do oferecimento de aditamento da denúncia primeva nos próprios Autos nº (...), prejudica o direito de defesa, na medida em que causa tumulto processual, duplicação de atos, de diligências e de prazos.

Segundo, é contraditória tanto a fundamentação quanto à condução do Exmo. Juízo em relação ao reconhecimento de fatos semelhantes, ou não, em relação às duas ações penais. Isso porque na decisão da exceção de litispendência nº (...), embora tenha reconhecida a conexão, o Exmo. Juízo afirma que as ações **“narram fatos totalmente diversos”**:

[*print excluído para preservação do caso*]

Contudo, na sentença conjunta das ações penais, tratando de tese preliminar relativa à conexão dos fatos, o Exmo. Juízo reconheceu a existência dessa, nos seguintes dizeres:

[*print excluído para preservação do caso*]

Portanto, se a ação penal nº (...) trata de fatos totalmente diversos, por que a condução do processo foi no sentido de sua conexão e, antes, por que foi distribuído por dependência? Do contrário, caso seja meramente um erro material e, efetivamente, configurar-se a conexão dos casos, por que foi oferecida nova denúncia ao invés de aditamento à inicial no bojo da ação principal, como ocorreu no ID..., p... e seguintes?

Nesse contexto, o desmembramento desnecessário dos autos, em hipótese que deveria ter ocorrido a *mutatio libelli*, comprometeu o direito de defesa, uma vez que duplicaram-se os atos processuais,

diligências, prazos, importando na multiplicação do volume dos autos e dificultando sobremaneira a gestão processual.

Se a denúncia é um pressuposto para o exercício da defesa, trata-se de peça processual de suma importância que deve ser clara e objetiva.

Nesse contexto, o tumulto causado pelo oferecimento de 03 (três) denúncias em dois autos distintos, das quais decorreram 11 atos dedicados à realização de AIJ, duplicação de prazos processuais e crescimento exponencial do volume dos autos, compromete materialmente o direito de defesa.

Causa espécie o fato de, ao mesmo tempo em que os autos contam com milhares de laudas, há elementos essenciais para a construção das teses defensivas, como a íntegra das cadeias de e-mails e do material produto da busca e apreensão, que não foram juntados aos autos.

Frise-se que o CPP prevê o rito do aditamento à denúncia em seu art. 384, §4º não como possibilidade, mas como um dever da acusação.

Nesse sentido, como já demonstrado, para negar o oferecimento de ANPP, o MPF utiliza a conexão e o somatório das penas. Para recorrer, o MPF apresenta duas razões recursais com conteúdos distintos. A discricionariedade do MPF evidenciada pela escolha de ora tratar o presente caso como conjunto, ora como dois casos distintos, foi causada pelo descumprimento do dever de aditamento arguido na presente tese.

À luz do exposto, necessário reconhecer a nulidade, por força do disposto no art. 564, IV, do CPP, em razão do descumprimento do dever de aditamento à denúncia nos termos art. 384, *caput*, do CPP.

PREJUÍZO: O desmembramento dos autos por meio do oferecimento de denúncias em apartado, em hipótese que deveria ter ocorrido o aditamento à denúncia, nos termos do art. 384, *caput*, do CPP, comprometeu o direito de defesa, uma vez que duplicaram-se os atos processuais, diligências, prazos, importando na multiplicação do volume dos autos e dificultando sobremaneira a gestão processual.

PREQUESTIONAMENTO: O desmembramento dos autos por meio do oferecimento de denúncias em apartado, em hipótese que deveria ter ocorrido o aditamento à denúncia, viola o art. 5º, LV, da CR/88 e os arts. 384, *caput*, e 564, IV, ambos do CPP.

21. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA

A tese foi apresentada em defesa de executivos de empresa do ramo de tecnologia em uma apuração sobre supostos crimes tributários. Como dirigentes de empresa criadora do software de emissão de cupom fiscal utilizado por diversas sociedades empresariais, lhes foram imputados os delitos descritos no art. 1º, II e V, e art. 2º, V, da Lei nº 8.137/1990. No caso, o julgador, em manifesta violação à correlação entre acusação e sentença, reconheceu a continuidade delitiva. A tese discorre sobre a violação aos arts. 5º, LV (contraditório e ampla defesa) e 93, IX (dever de motivação das decisões judiciais), ambos da CR/88, bem como ao art. 315, §2º do CPP, representado pelo reconhecimento da continuidade delitiva sem que essa seja expressa na peça acusatória.

O princípio da correlação entre acusação e sentença determina que a decisão deve manter-se nos estritos limites da acusação, ou seja, que essa é limitada pelos exatos termos da denúncia ou queixa¹⁰². Tal princípio é referente a exigência de que o acusado seja julgado pelos fatos constantes na denúncia, sendo permitido, por outro lado, a alteração da qualificação jurídica pelo julgador, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*).

Entretanto, essa permissão conferida ao julgador não é absoluta, mas encontra-se balizada pelos direitos fundamentais do acusado, especialmente ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido a lição de GUSTAVO BADARÓ:

Todavia, a permissão dada ao juiz para mudar a qualificação jurídica do fato não significa que possa fazê-lo, diretamente, sem qualquer comunicação

102 ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 886.

às partes, por envolver questão fática ou jurídica não debatida no processo, em respeito ao princípio do contraditório, deverá instar as partes a se manifestarem sobre tal questão. O contraditório não se aplica apenas à matéria fática, principalmente aos dados probatórios, mas também diz respeito às questões de direito¹⁰³.

No caso em questão, o Recorrente arguiu em sede de apelação o cerceamento de defesa (art. 5º, LV, da CR/88), em função da ocorrência da *emendatio libelli* sem a necessária oportunização de manifestação à defesa. Destacam-se os seguintes excertos da tese defensiva (fl...):

[*print excluído para preservação do caso*]

A despeito da alegação da matéria mencionada no recurso de apelação, como evidenciado nos excertos acima, o Acórdão não tratou dessas questões, demonstrando uma verdadeira omissão da decisão.

O Acórdão embargado apenas menciona (fl...) a aplicação do art. 71 do Código Penal, referente ao crime continuado, sem adentrar à discussão em torno do cerceamento de defesa e da não oportunização à Defesa para rebater referida questão, que elevou a pena acima do mínimo legal.

Nesse sentido, o Acórdão trabalha o mérito da pena, sem julgar questão processual preliminar à fixação da pena, qual seja, a correlação entre a pena fixada em primeira instância e a denúncia.

Nesse sentido, em respeito ao dever de motivação das decisões judiciais (art.93, inciso IX, da Constituição da República de 1988) e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, se faz necessária a manifestação da egrégia Turma do TRF(...), sobre a omissão demonstrada.

Ademais, verifica-se que em nenhum momento a denúncia descreve que os crimes se deram em continuidade delitiva, sequer imputando a causa de aumento do art. 71 do Código Penal ao réu. Para

103 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 541

a surpresa de todos, o MM. Juiz, ao sentenciar o feito, condenou o acusado pelo crime na forma continuada, a pretexto do permissivo do art. 383 do Código de Processo Penal.

Configura-se, no entender da Defesa, verdadeiro absurdo, acreditar que a descrição da conduta na modalidade continuada pode ser extraída da narrativa fática da denúncia de modo implícito.

Não existe imputação ou narrativa de fato implícito no processo penal. Ou a conduta está narrada, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), ou não está. Por sinal, o equívoco na classificação jurídica dos fatos já seria, por si só, fundamento para rejeição da peça acusatória por inépcia.

Assim, *data venia*, se o juízo *a quo* foi omissivo em corrigir o equívoco ministerial na fase de admissibilidade da peça acusatória não pode, na sentença, surpreender o acusado, afirmando que a conduta por ele praticada (que não se encontra descrita na peça acusatória), foi cometida em continuidade delitiva, sob pena de infringir frontalmente os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

O contorcionismo retórico que se pretendeu realizar na sentença e no acórdão para justificar a condenação do Recorrente na forma do art. 71 do CP causa perplexidade: afinal, onde está, na denúncia, a descrição ou narrativa das mesmas circunstâncias de *tempo*, *lugar*, *maneira* de *execução* e outras que permitam o reconhecimento da majorante do crime continuado? Para fins de crime continuado basta afirmar que um delito foi cometido num determinado intervalo de tempo? Se fosse a Defesa que pleiteasse o reconhecimento do crime continuado, exclusivamente com base nesse intervalo de tempo, o Tribunal teria acolhido a tese?

Em suma e com a devida vênua, necessário se faz sustentar o óbvio: o MM. Juiz e o Tribunal, ao manterem a decisão de reconhecimento de continuidade delitiva, foram muito além do que dispõe o art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição República de 1988, na medida em que condenaram o réu por circunstância não expressa na peça acusatória, realizando juízo de subsunção de sua conduta ao art. 71 do CP pela via indireta e de maneira implícita. Na prática, o que houve, foi violação

ao princípio da correlação entre imputação e provimento e, em última análise, às garantias fundamentais.

Ante o exposto a Defesa requer seja reconhecida a violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, determinando-se a anulação da condenação por violação do princípio da correlação entre acusação e sentença, violando-se assim o art. 5º, LV (*contraditório e ampla defesa*), e art. 93, IX (*dever de motivação das decisões judiciais*), ambos da Constituição da República de 1988, bem como o art. 315, §2º do Código de Processo Penal.

PREJUÍZO: A condenação do Defendente em termos diferentes do conteúdo contido na peça acusatória, contra os quais não teve a oportunidade de se defender, contraditar, estruturar teses defensivas e requerer provas. sem o conhecimento completo da imputação que está sendo feita.

PREQUESTIONAMENTO: A condenação do Defendente em termos diferentes do conteúdo contido na peça acusatória viola o princípio da correlação entre acusação e sentença infringindo-se assim o art. 5º, inciso LV (*contraditório e ampla defesa*), e art. 93, IX (*dever de motivação das decisões judiciais*), ambos da CR/88, bem como o art. 315, §2º do CPP.

22. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE RECURSAL: INTERPOSIÇÃO DE DOIS RECURSOS DE APELAÇÃO, PELO MPF, EM FACE DE UMA ÚNICA DECISÃO

A tese foi apresentada em defesa de executivo de empreiteira em processo relacionado à suposta fraude à licitação, sendo-lhe imputado os delitos descritos no art. 90 da Lei nº 8.666/90 e arts. 312, 332 e 333, todos do CP. A tese discorre sobre a aplicação para o Ministério Público do princípio da unirrecorribilidade recursal.

O Exmo. Juízo *a quo*, a pedido do MPF, reconheceu a conexão entre os processos nº (...) e (...) e determinou o seu julgamento conjunto, na forma do art. 79 do CPP:

[print excluído para preservação do caso]

Tendo em vista essa decisão, foi proferida sentença condenatória única em relação aos referidos processos.

Assim, apesar de ter havido a juntada da sentença em cada um dos autos eletrônicos, a decisão proferida foi única e julgou conjuntamente as duas ações originariamente autônomas em decorrência do reconhecimento de conexão entre elas.

A despeito da existência de uma única sentença condenatória, o órgão ministerial interpôs dois recursos de apelação, com razões distintas entre si, nos autos nº (...) em 30/10/2023 às 19:42:03 (ID...) e nos autos nº (...) em 30/10/2023 às 19:42:04 (ID...).

Destaca-se, inclusive, que em ambas as razões de apelação o órgão ministerial expressou-se no sentido de reconhecer a conexão entre os feitos – o que já seria claro por ter sido o MPF quem requereu a reunião das ações e o decorrente julgamento conjunto:

[print excluído para preservação do caso]

Dessa forma, é possível identificar uma evidente violação ao princípio da unirecorribilidade das decisões ou unidade recursal,

segundo o qual “para cada decisão recorrível, é adequado um único recurso. A cada decisão corresponderá um recurso¹⁰⁴”.

Nesse sentido, o Ministério Público Federal, *data venia*, deveria ter interposto apenas um recurso de apelação com razões recursais únicas, impugnando integralmente os pontos da r. sentença que entendessem passíveis de reforma.

Assim, ainda que o MPF optasse, por questão de cautela, pela juntada do recurso a ambos os processos no sistema PJE, o órgão ministerial deveria ter juntado o mesmo recurso, ou seja, uma petição com as mesmas razões recursais, pois se trata de apelação criminal contra uma única sentença.

Impressiona o fato de que há um fenômeno de mutação na condição da ação penal, que, *data venia*, alterna de acordo com a conveniência do argumento defendido pelo Ministério Público.

Assim, no momento em que o Ministério Público pretende sustentar a inviabilidade de oferecimento da proposta de ANPP, sustenta tratar-se de uma única ação e afirma a necessidade de somarem-se as penas de todos os crimes imputados. Ou seja, o MPF defende o somatório das penas dos delitos de fraude à licitação, imputado ao Apelante na Ação Penal nº (...), com os delitos de tráfico de influência, corrupção ativa e peculato, imputados ao Apelante na Ação nº (...):

[print excluído para preservação do caso]

Em outro giro, no momento de apresentar razões de apelação, age como se fossem duas ações penais distintas, apresentando duas peças distintas como recurso.

A situação carece de fundamento jurídico e, mais que isso, traduz grave falha apta a prejudicar a higidez do processo e o próprio direito de defesa.

104 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 3.ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p.95.

Dessa forma, considerando a violação do princípio da unirecorribilidade, o segundo recurso de apelação interposto pelo órgão ministerial (nos autos nº (...) em 30/10/2023 às 19:42:04- ID...) não deve ser conhecido, visto ter ocorrido a preclusão consumativa com a interposição do primeiro recurso (nos autos nº (...) em 30/10/2023 às 19:42:03- ID...).

Nesse sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “contra uma única decisão admite-se apenas uma via de impugnação”:

STJ: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DOIS AGRAVOS INTERNOS INTERPOSTOS PELO AGRAVANTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO SEGUNDO RECURSO EM FACE DO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. JULGAMENTO APENAS DO PRIMEIRO AGRAVO INTERNO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. PRETENSÃO RECURSAL QUE ENVOLVE O REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. O processo sempre segue uma marcha tendente a um fim. Por isso, nele não cabem dois recursos de mesma natureza contra uma mesma decisão,

conforme o princípio da unirrecorribilidade, porque electa una via non datur regressus ad alteram.

3. A alteração das conclusões do acórdão recorrido exige reapreciação do acervo fático-probatório da demanda, o que faz incidir o óbice da Súmula nº 7 do STJ.

4. Em virtude do não provimento do presente recurso, e da anterior advertência em relação à aplicabilidade do NCPC, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei.

5. Agravo interno não provido, com imposição de multa¹⁰⁵.

STJ: 2. Ademais, ao interpor, contemporaneamente ao mandamus originário, agravo em execução na origem, a Defesa violou o princípio da unirrecorribilidade, segundo o qual, contra uma única decisão judicial admite-se, ordinariamente, apenas uma via de impugnação.4. Agravo regimental desprovido¹⁰⁶.

STJ: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO DE DOIS RECURSOS INTEGRATIVOS. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE OU DA UNICIDADE RECURSAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS.

1. Com a oposição anterior de outro recurso integrativo - de fls. 765/769 - pela mesma parte, operou-se a preclusão consumativa em relação segundo apelo, em face do princípio da unicidade ou unirrecorribilidade recursal, que proíbe a interposição simultânea de recursos contra a mesma decisão judicial.

105 BRASIL. STJ. AgInt no AREsp n. 1.103.393/RJ. Terceira Turma. Rel: Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma. J: 22/8/2017. DJe: 05/9/2017.

106 BRASIL. STJ. AgRg no HC n. 884.680/SP. Sexta Turma. Rel. Min. Teodoro Silva Santos. J. 11/3/2024. DJe 15/3/2024. Ementa parcial.

2. Embargos de declaração não conhecidos.¹⁰⁷

STJ: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. INTERPOSIÇÃO DO SEGUNDO RECURSO DENTRO DO PRAZO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO SEGUNDO INCONFORMISMO. DESINFLUÊNCIA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA QUE IMPEDE O SEU CONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Verifica-se que o Tribunal de origem analisou todas as questões relevantes para a solução da lide, de forma fundamentada, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

2. A antecedente preclusão consumativa proveniente da interposição de um recurso contra determinada decisão enseja a inadmissibilidade do segundo recurso, simultâneo ou subsequente, interposto pela mesma parte e contra o mesmo julgado, haja vista a violação ao princípio da unirrecorribilidade, pouco importando se o recurso posterior seja o adequado para impugnar a decisão e tenha sido interposto antes de decorrido, objetivamente, o prazo recursal.

3. Na hipótese em apreço, a parte ora recorrida impugnou, através de agravo de instrumento, a decisão extintiva do cumprimento de sentença por ela iniciado, não tendo o recurso merecido conhecimento, porquanto inadequado à impugnação desse ato judicial; mas, antes de findo o prazo recursal, interpôs apelação, da qual o Tribunal estadual conheceu e deu-lhe provimento, o que acarretou ofensa ao princípio da unirrecorribilidade, a implicar a reforma do acórdão recorrido, a fim de não se conhecer da apelação interposta pela parte recorrida.

4. Recurso especial provido¹⁰⁸.

107 BRASIL. STJ. EDcl no AgRg no AREsp n. 78.832/SP. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. J.16/8/2012, DJe: 27/8/2012.

108 BRASIL. STJ. Quinta Turma. REsp n. 2.075.284/SP. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. J. 8/8/2023. DJe: 15/8/2023.

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região também já se manifestou nesse sentido, reconhecendo, inclusive, que no caso de ações conexas a sentença proferida é única, cabendo apenas um recurso contra ela:

TRF-1: PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE. ATIVIDADE RURAL. PROVAS SUFICIENTES. 1. Foi proferida uma única sentença que apreciou os processos 0025711-03.2012.8.13.0534 e 0018264-32.2010.8.13.0534, pois ambos envolviam a concessão de aposentadoria por idade rural, de sorte que é possível à parte interpor um único recurso abrangendo todas as questões aqui controvertidas. 2. “Nos casos de conexão de ações, com julgamento simultâneo, proferida sentença única, pode a parte interpor apenas um recurso abrangendo todas as ações, pois, o que se ataca é a decisão que é una” (REsp 1407677/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)¹⁰⁹.

Frise-se, nesta oportunidade, que a Defesa apresenta razões recursais conjuntas para ambos os recursos, em respeito ao princípio da unirrecorribilidade recursal.

Destarte, tendo sido demonstrada a violação à unirrecorribilidade das decisões, requer a Defesa o não conhecimento do segundo recurso de apelação interposto pelo MPF (nos autos nº (...) em 30/10/2023 às 19:42:04 - ID (...)), tendo em vista a ocorrência de preclusão consumativa quanto a ele.

O presente pedido se embasa no princípio da legalidade (art. 5, II, CR/88) que informa os atos de poder, bem como na aplicação, por equidade, em prol do acusado, como modo de proteção da esfera de sua

109 BRASIL. TRF1. 1ª Câmara Regional Previdenciária de Juiz de Fora. AC 0011869-13.2018.4.01.9199. Rel. Juiz Fed. Ubirajara Teixeira. E-DJF-1: 16/09/2020. Ementa parcial.

liberdade, dos parâmetros do art. 932, III, do CPC e da jurisprudência do STJ e do TRF-1 sobre o tema.

PREJUÍZO: A apresentação de dois recursos pelo Ministério Público Federal, com duas razões recursais distintas, contra uma única sentença, fora das hipóteses legais, carece de fundamento jurídico e, mais que isso, traduz grave falha apta a prejudicar a higidez do processo e o próprio direito de defesa.

PREQUESTIONAMENTO: A apresentação de dois recursos pelo Ministério Público Federal, com duas razões recursais distintas, contra uma única sentença viola o art. 5º, II, CR/88, os arts. 593, *caput*, e 564, IV, ambos do CPP, bem como a jurisprudência do STJ e do TRF-1 sobre o tema.

23. COMPETÊNCIA POR PREVENÇÃO

A tese foi apresentada em defesa de executivo de empreiteira em processo relacionado à suposta fraude à licitação, sendo-lhe imputado os delitos descritos no art. 90 da Lei n° 8.666/90 e arts. 312, 332 e 333, todos do CP. A tese em questão discorre sobre a necessidade de distribuição dos autos por prevenção.

Encaminhados os autos da presente Apelação Criminal ao egrégio Tribunal Regional Federal da (...) Região, houve a juntada de informação de prevenção negativa, noticiando que “não foram identificados processos possivelmente preventos ao processo (...) (ID...). A partir disso, foram remetidos os autos à (...) Turma do Tribunal Regional Federal da (...) Região, tendo como relator o Exmo. Desembargador Federal “(...)”.

Data venia, há um equívoco na distribuição, porquanto há prevenção do Exmo. Desembargador Federal “(...)” e, por conseguinte, da (...) Turma para o julgamento do feito.

Estabelece o art. 69, VI, do Código de Processo Penal que será determinada a competência jurisdicional pela prevenção, que ocorrerá toda vez que, concorrendo dois magistrados igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa, nos termos do art. 83 do mesmo diploma legal.

No mesmo sentido, os arts. 11 e 135 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da (...)ª Região, tratando sobre a prevenção da Turma e do relator, respectivamente, regulamentam que:

Art. 11. Ressalvada a competência do Plenário ou da Seção, dentro de cada área de especialização, a Turma que primeiro conhecer de um processo ou de qualquer incidente ou recurso terá a jurisdição

preventa para o feito e seus novos incidentes ou recursos, incluindo os relativos à execução das respectivas decisões.

Art. 135. A distribuição de mandado de segurança, pedido de tutela provisória, recurso cível ou requerimento de atribuição de efeito suspensivo à apelação, *habeas corpus* ou recursos criminais gera a prevenção da Relatora ou do Relator para os recursos posteriores, tanto na ação quanto na execução, referentes ao mesmo processo ou a processos que lhe são conexos.

No sistema de consulta do Processo Judicial Eletrônico, pode-se verificar os seguintes casos de relatoria do Exmo. Desembargador Federal “(...)” preventivo:

- Agravo de Instrumento n° (...), que versa sobre supostos atos de improbidade administrativa praticados ao ensejo da Concorrência n° (...), realizada pela “(...)”;
- Apelação Criminal n° (...) originária do sequestro de bens decorrente dos autos n° (...), distribuído ao Juízo da (...) Vara Federal da SSJ de “(...)” pela conexão com o Processo n° (...) (ação penal conexa aos autos n° (...));
- *Habeas Corpus* n° (...), que teve por objeto a análise da remessa dos autos a órgão superior do MPF para fins de reanálise da possibilidade de oferecimento de Acordo de Persecução Penal ao corréu na Ação Penal (...) (ação penal objeto desta Apelação Criminal);
- *Habeas Corpus* n° (...), que teve por objeto nulidades absolutas decorrentes dos autos n° (...) e n° (...) (cautelar), que deram origem às ações penais objeto do recurso cujas razões recursais são ora apresentadas.

A prevenção do magistrado em razão da relatoria de *Habeas Corpus* ou recursos criminais, por sua vez, está em consonância com a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, quando em julgamento sobre o dispositivo com regulamentação análoga ao caso em questão, reconheceu a prevenção em razão de anterior relatoria de ação de impugnação autônoma e de recurso cabível:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE INTEGRANTES DE UMA MESMA TURMA DO TRIBUNAL. PREVENÇÃO. PREVALÊNCIA DA REGRA DO ART. 165 DO RITRF1. INAPLICABILIDADE DA REGRA CONTIDA NO ART. 15, § 5º DO MESMO REGIMENTO INTERNO. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL DESTA CASA. 1. Dispõe o art. 165 do RITRF1: A distribuição de mandado de segurança, de medida cautelar, de habeas corpus e de recurso cível ou criminal torna preventa a competência do relator e do órgão julgador para todos os recursos posteriores, tanto na ação quanto na execução, referentes ao mesmo processo. 2. Já o § 5º do art. 15 do mesmo Regimento cuida da prevenção do órgão julgador, e não da prevenção do Relator, não se aplicando, assim, ao caso dos autos. 3. Consoante já decidido pela Corte Especial desta Casa “a prevenção do Relator estabelece-se, portanto, com a simples distribuição, não há outro requisito imposto pela norma regimental.” (CC 0010193-68.2008.4.01.3900) 3. Na mesma oportunidade foi consignado que “distribuído o feito ao Relator, ainda que se tenha negado seguimento ao recurso, a prevenção firmou-se pela distribuição, nos termos do art. 165 do RITRF1. A posterior redistribuição do feito em razão de transferência por sucessão (aposentadoria do magistrado relator e assunção desse acervo por magistrado, por transferência) não altera a distribuição anteriormente havida.” 4.

Conflito conhecido, declarando-se competente o Desembargador Federal suscitado¹¹⁰.

Ademais, sabe-se que a prevenção¹¹¹, se não for reconhecida de ofício, poderá ser arguida por qualquer das partes, nos termos do art. 134 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da (...) Região.

Nesse sentido do termo, e à luz da legislação e da jurisprudência colacionada aos autos, o Exmo. Desembargador Federal “(...)” é o magistrado prevento no presente caso.

Assim, a Defesa, amparada pelo art. 134 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da (...) Região, requer a redistribuição por prevenção da presente Apelação Criminal ao Exmo. Desembargador Federal “(...)”, da (...) Turma deste Egrégio Tribunal, nos termos do art. 135 da mesma normativa e do art. 69, IV, do CPP.

110 BRASIL. TRF-1. Corte Especial. Conflito de Competência nº 0000127-97.2006.4.01.3900. Rel. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva. DJe: 14/05/2014.

111 Nos dizeres de BADARÓ, “[p]revenção vem do latim *prae-venire*, que significa **chegar antes**. Prevenção é, portanto, a concentração, em um órgão jurisdicional, da competência que abstratamente pertencia a mais de um órgão, inclusive a ele próprio, por ter atuado, previamente, no processo” (*Processo penal*. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 243).

24. COISA JULGADA E VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DO DOUBLE JEOPARDY

A tese foi apresentada em defesa de executivos de empresa do ramo de tecnologia em uma apuração sobre supostos crimes tributários. Como dirigentes de empresa criadora do software de emissão de cupom fiscal utilizado por diversas sociedades empresariais, lhes foram imputados os delitos descritos nos arts. 1º, II e V, e 2º, V, ambos da Lei nº 8.137/1990. Os dirigentes, contudo, já haviam sido processados em ação penal, cuja punibilidade foi extinta. A tese, elaborada diante do oferecimento de nova denúncia, discorre sobre a existência de coisa julgada, apontado a violação à cláusula do double jeopardy, garantia prevista no art. 5º, XXXVI, da CR/88, art. 485, V, do CPC e art. 95, V, e art. 395, II, ambos do CPP.

A denúncia que lastreou o caso aponta para a suposta existência de dois fatos delituosos. A primeira imputação envolve a suposta prática dos delitos tipificados do artigo 1º, II e V, da Lei nº 8.137/1990 e narra que os Defendentes teriam promovido a venda (saída) de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, gerando sonegação tributária de ICMS. Já a segunda imputação é relativa ao Processo Tributário Administrativo (PTA) referente ao desenvolvimento e fornecimento de programa de computador (*software*) de emissão de cupom fiscal (ECF) pelos Defendentes, que conteria artifícios que permitiriam ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa da que é legalmente exigida, imputando-se o crime descrito no artigo 2º, inciso V, da Lei nº 8.137/1990. Tais fatos teriam se desenrolado ao longo de anos e teriam sido praticados por intermédio da “Sociedade Empresarial (...)”.

O caso tem origem em Operação deflagrada pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais para apurar supostos ilícitos tributários, em tese, perpetrados pela Sociedade Empresarial em questão. Essa mesma operação, contudo, ensejou a instauração de

uma ação penal perante o Juizado Especial Criminal, bem como da presente ação penal, perante a Justiça Comum Estadual.

Diante disso, a Defesa juntou aos autos petição requerendo o reconhecimento de conexão entre ações e alertando para a litispendência, diante de duas ações penais as quais versavam sobre os mesmos fatos (desenvolvimento de *software* que permitia aos seus utilizadores a prática de vender sem a emissão de cupom fiscal), envolvendo a mesma empresa e seus sócios e, portanto, os mesmos acusados. A petição foi instruída com os documentos comprobatórios da situação apontada.

A ação penal que tramitou perante o Juizado Especial – e para a qual a Defesa já havia alertado nos presentes autos – contudo, foi objeto de decisão, razão pela qual, novamente, junta-se aos autos os correspondentes documentos, a fim de evidenciar a configuração manifesta de coisa julgada.

A duplicidade de ações penais com o mesmo objeto, uma delas concluída e objeto de decisão pelo Poder Judiciário, é obstáculo ao julgamento da outra, em razão da existência da coisa julgada. Noutros termos, a configuração de coisa julgada impede, por completo, o julgamento de nova denúncia a respeito de fatos idênticas, sob pena de infringência ao princípio geral da vedação ao *bis in idem* e desrespeito à cláusula do *double jeopardy*, porquanto ninguém pode ser processado e julgado duas vezes pelos mesmos fatos.

Em síntese, foram instauradas duas ações penais para apurar o desenvolvimento e divulgação de *software*, o qual permitiria, em tese, sonegação tributária por parte das pessoas jurídicas que adquiriam o programa de computador criado pela “Sociedade Empresarial (...)”. Nesse sentido, a análise das denúncias de ambos os casos não deixa qualquer margem de dúvida sobre a sua duplicidade, descrevendo uma mesma imputação e narrando o mesmo *modus operandi*. Com efeito, o mais absurdo, nesse contexto, é perceber que tanto a denúncia veiculada no âmbito do Juizado Especial quanto a denúncia ofertada neste procedimento estão embasadas e fazem referência expressa à Operação deflagrada pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas

Gerais em 2011 como elemento motivador para a instauração das ações penais.

Registre-se, novamente, que a Defesa, de forma diligente, se manifestou a respeito da existência da conexão quando ambas as ações penais ainda estavam em curso, buscando evitar a continuidade de um contexto de litispendência. No momento, contudo, considerando que a ação penal que tramitou no Juizado Especial Criminal findou, não resta alternativa a não ser pleitear outra vez o reconhecimento da duplicidade, agora em sede de alegações finais, a existência da coisa julgada.

Nas palavras de HÉLIO TORNAGHI:

Quando alguém propõe contra outrem, no mesmo juízo ou juízo diversos, novamente a mesma causa, pode o réu arguir litispendência, isto é, pode alegar que aquela causa pende de julgamento, não devendo ser objeto de dois processos (*ne bis in idem*) [...]. No momento em que a *res in iudicium deducta* passa em julgamento, já não há pendência de julgamento. Daí por diante a exceção própria é a da coisa julgada.¹¹²

Nesse sentido está também o entendimento dos Tribunais Superiores:

STF: EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR POR FATO JULGADO NO JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS, COM TRÂNSITO EM JULGADO: IMPOSSIBILIDADE: CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo

112 TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 173-174.

Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva. 2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos. A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes. 3. Habeas corpus concedido¹¹³.

STJ: PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA, ATIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. ACÓRDÃO QUE TRANCOU A AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE PROVA DA CONTRAPARTIDA OFERECIDA PELO AGENTE PÚBLICO AO CORRUPTOR. DESCABIMENTO. NATUREZA FORMAL DO ART. 317 DO CP. IMPOSSIBILIDADE, ENTRETANTO, DE RESTAURAR A DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FATOS QUE JÁ FORAM OBJETO DE JULGAMENTO NA JUSTIÇA ELEITORAL, COM ABSOLVIÇÃO DE PARTE DOS ACUSADOS. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DUPLA

113 BRASIL. STF. Primeira Turma. HC 86606. Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 22/05/2007. P. 03/08/2007. No mesmo sentido: “STF: Penal e Processual Penal. 2. Proibição de dupla persecução penal e *ne bis in idem*. 3. Parâmetro para controle de convencionalidade. Art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de “proteger os direitos dos cidadãos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser julgados pelos mesmos fatos” (Casos Loayza Tamayo vs. Perú de 1997; Mohamed vs. Argentina de 2012; J. vs. Perú de 2013). 4. Limitação ao art. 8º do Código Penal e interpretação conjunta com o art. 5º do CP. 5. Proibição de o Estado brasileiro instaurar persecução penal fundada nos mesmos fatos de ação penal já transitada em julgado sob a jurisdição de outro Estado. Precedente: Ext 1.223/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 28.2.2014. 6. Ordem de habeas corpus concedida para trancar o processo penal” BRASIL. STF. Segunda Turma. HC 171118. Rel. Min. Gilmar Mendes. J.12/11/2019. P. 17/08/2020.

INCRIMINAÇÃO (DOUBLE JEOPARDY CLAUSE). RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (...) 4. Contudo, não é possível prover o recurso especial (a fim de restaurar a decisão de recebimento da denúncia), pois os mesmos fatos que motivaram o ajuizamento da ação penal ora em exame já foram julgados pela Justiça Eleitoral, também em ação criminal, em sentença contra a qual o MPE não interpôs recurso. Naquela ocasião, F.H. foi absolvido dos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, enquanto J.V.N. e F.C.S. foram condenados pelos crimes de quadrilha e lavagem, mas absolvidos quanto aos demais.

5. Como a sentença da Justiça Especializada foi proferida no exercício de verdadeira jurisdição criminal, o prosseguimento da ação penal da qual se originou este habeas corpus encontra óbice no princípio da vedação à dupla incriminação, também conhecido como double jeopardy clause ou (mais comumente no direito brasileiro) postulado do ne bis in idem.

6. Embora não tenha previsão expressa na Constituição Federal de 1988, a garantia do ne bis in idem é um limite implícito ao poder estatal, derivada da própria coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e decorrente de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (art. 5º, § 2º). Isso porque a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 4) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (art. 14, n. 7), incorporados ao direito brasileiro com status supralegal pelos Decretos 678/1992 e 592/1992, respectivamente, instituem a vedação à dupla incriminação.

7. Tendo o Ministério Público, instituição una (à luz do art. 127, § 1º, da CF/1988) ajuizado duas ações penais referentes aos mesmos fatos, uma na Justiça Comum Estadual e outra na Justiça Eleitoral, há violação à garantia contra a dupla incriminação. Como a sentença eleitoral já transitou em julgado para a acusação, não é possível manter o trâmite da ação penal aforada na Justiça Estadual.

8. Tratando-se de idênticas imputações, não incide a tese de independência entre as instâncias, pois as duas demandas são de natureza criminal.

9. Adicionalmente, nos termos da tese definida pelo STF no julgamento do Inquérito 4.435/DF, a competência para julgar os fatos era, de fato, da Justiça Eleitoral, pois os supostos crimes de corrupção passiva e ativa e lavagem de dinheiro teriam sido praticados em contexto eleitoral, a revelar a conexão com o delito do art. 350 do Código Eleitoral.

10. Recurso Especial desprovido¹¹⁴.

Há de se atentar ainda para a possibilidade de arguição da coisa julgada a qualquer tempo, não havendo preclusão da matéria, visto o envolvimento de verdadeiro interesse público, consubstanciado no princípio da segurança jurídica¹¹⁵.

Portanto, diante da comprovação da existência de coisa julgada, requer a Defesa a extinção do processo sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil (aplicável por analogia à espécie) c.c. art. 95, V, e art. 395, II, do Código de Processo Penal.

Na eventualidade de haver dúvidas acerca do acolhimento do pleito defensivo acima formulado e, com o escopo de se evitar futura decretação de nulidade processual, requer a conversão do julgamento em diligência, expedindo-se ofício ao Juizado Especial Criminal da comarca de Belo Horizonte, para que remeta a este juízo cópia integral da ação penal informada pela Defesa, a fim de se comprovar a duplicidade de ações penais envolvendo os mesmos fatos.

114 BRASIL. STJ. Quinta Turma. REsp 1847488/SP. Rel. Min. Ribeiro Dantas. J. 20/04/2021. P. 26/04/2021.

115 GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada penal. In: *ESTUDOS em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias* - volume III. Organização de Manuel da Costa ANDRADE, Maria João ANTUNES, Susana Aires de SOUSA. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. 1.376 p., 22 cm. (Studia Iuridica, 100. Ad Honorem, 5). ISBN 978-972-32-1793-3, p. 01.

PREJUÍZO: A dupla incriminação do Defendente em função de idênticos fatos sujeita-o a nova apuração, com os ônus pessoais que o processo penal acarreta – exposição de sua intimidade e privacidade, impactos midiáticos e de estigmatização, custos financeiros. Além disso, compromete seu direito à segurança jurídica garantido pelo instituto da coisa julgada, bem como seu direito, segundo o princípio do *non bis in idem*, de não ser responsabilizado criminalmente mais de uma vez pelo mesmo fato.

PREQUESTIONAMENTO: A instauração de duas ou mais ações penais em órgãos jurisdicionais distintos, tendo por objeto os mesmos fatos (desenvolvimento e comercialização de *software* que permite ao sujeito passivo a prática de sonegação tributária), estando um deles com sentença transitada em julgado, configura violação ao disposto no art. 5º, XXXVI, da CR/88, no art. 485, V, do CPC (aplicável por analogia), no art. 95, V, e art. 395, II, do CPP, bem como ao determinado nos julgados do STF: HC 86606, HC 171118 e STJ: REsp 1847488/SP.

25. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO COM BASE NA PENA EM ABSTRATO

A tese foi apresentada em defesa de executivo do ramo de contabilidade no âmbito de apuração de crime tributário, sendo-lhe imputado o delito previsto no art. 337-A, III, do CP. A tese defende o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição com base na pena máxima em abstrato, uma vez que o entendimento da Súmula Vinculante n° 24 do STF não se aplica a crimes tributários formais.

No presente caso, ocorreu a prescrição com base na pena máxima em abstrato, impondo-se a absolvição sumária do Defendente em razão da extinção da punibilidade.

O art. 111, §1º do Código Penal define que, antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, a contagem do prazo prescricional inicia na data em que o crime se consumou.

A suposta conduta de redução de tributo atribuída pela acusação ao Defendente teria ocorrido quando das competências tributárias de junho de 2005 a fevereiro de 2007, encontrando-se extinta a punibilidade do Defendente em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, não sendo aplicável ao caso a Súmula Vinculante n° 24 do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, verifica-se que a Súmula Vinculante n° 24 é expressa em seu enunciado ao dispor que abrange apenas os crimes materiais contra a ordem tributária do art. 1º, I a IV, da Lei 8.137/1990, não incidindo e, conseqüentemente, não produzindo efeitos na contagem da prescrição dos crimes do art. 2º da mesma lei, ou ainda, dos crimes dos arts. 337-A ou 168-A do Código Penal.

Estender a aplicação da súmula para o crime descrito no art. 337-A do Código Penal configura grave analogia *in malam partem* (proibida no Direito Penal).

Ademais, referida súmula somente foi editada em 2009, não podendo aplicar-se retroativamente a fatos realizados em momento anterior à sua vigência.

Consigne-se que as súmulas possuem natureza de fonte normativa formal. Afinal, nos termos do art. 927 do Código de Processo Civil as súmulas do STF e STJ são de observância obrigatória pelos juízes e tribunais, podendo-se falar atualmente que estas se constituem em verdadeira fonte direta do direito.

Em relação às súmulas vinculantes, a natureza de fonte formal do direito se mostra ainda mais escancarada. Isso pois tais enunciados, editados pelo Supremo Tribunal Federal, são expressamente vinculantes, vinculando os demais órgãos do poder judiciário, bem como toda administração pública. Assim, antes mesmo do CPC/15 ter expressamente trazido a centralidade dos precedentes para o ordenamento jurídico brasileiro, as súmulas vinculantes já ocupavam esse lugar, nos termos da Lei nº 11.417/2006.

Nesse sentido, observa-se que os enunciados de súmulas vinculantes muitas vezes veiculam conteúdo de verdadeira natureza normativa, de caráter geral e abstrato, assemelhando-se muito a própria lei. Assim, perceber esse fenômeno, nos obriga a aplicar também em relação às súmulas os princípios interpretativos aplicáveis ao texto legal. No âmbito do direito penal, isso implica em observar princípios fundamentais e de proteção aos direitos individuais, como é o caso da irretroatividade de lei mais gravosa, bem como a legalidade estrita, vedando-se interpretações analógicas e ampliativas.

Assim, a partir do exposto, evidencia-se que a Súmula Vinculante 24, editada pelo STF em 2009, deve restringir-se aos fatos ocorridos após sua edição.

Some-se a isso o fato de que o crime do art. 337-A do Código Penal é **formal** e, sendo assim, dispensa a produção de resultado material para que se consume.

Nestes termos, a data da conduta é o momento de consumação do delito, ainda que outro seja o momento de produção do resultado naturalístico. Este é o ensinamento da doutrina:

Consuma-se o crime de sonegação de contribuição previdenciária, em qualquer de suas modalidades, com a “supressão” ou “redução” efetiva da sonegação, total ou parcial, da contribuição devida. **Consuma-se, enfim, no momento em que a guia de informação exigida pelo Decreto n. 3.048/99 é apresentada ao órgão previdenciário com a omissão dos dados necessários apontados pelo legislador.**¹¹⁶

Nesse sentido, a análise da prescrição deve tomar por base a data dos supostos comportamentos, que teriam ocorrido durante os anos de 2005 e 2007.

A análise da prescrição da pretensão punitiva estatal deve tomar como parâmetro para o apontamento do prazo prescricional a pena máxima cominada em abstrato aos delitos, nos termos do art. 109 do Código Penal.

Diante disso, levando em consideração que a pena máxima cominada para o tipo penal do art. 337-A do Código Penal é de 5 anos, o prazo prescricional é de 12 anos, na forma do art. 109, III, do Código Penal.

Considerando o prazo de 12 para a prescrição e como termo inicial a data de fevereiro de 2007 (data do suposto último ato de sonegação), a prescrição ocorreu em fevereiro de 2019.

Por certo, diante da referida análise, tem-se que o Defendente deve ser sumariamente absolvido em razão da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, com fundamento no art. 397, IV, do Código de Processo Penal.

PREQUESTIONAMENTO: O não reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal viola o art. 5º, XL, da Constituição da República de 1988 e o art. 397, IV, do Código de Processo Penal.

¹¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 5 – Parte Especial. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 310.

26. INCLUSÃO SELETIVA DE ELEMENTOS DA INVESTIGAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL: CERCEAMENTO DE DEFESA E VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO, À LEI 11.419/2006 E À PORTARIA 8052566

A tese foi apresentada em defesa de executivo de empreiteira em processo relacionado à suposta fraude à licitação, sendo-lhe imputado os delitos descritos no art. 90 da Lei n° 8.666/90 e arts. 312, 332 e 333, todos do CP. O lastro probatório do caso não foi inteiramente digitalizado. A tese discorre sobre a obrigatoriedade de disponibilização de todas as provas obtidas mediante investigação promovida pelo Ministério Público.

O MPF não promoveu a juntada nos autos principais e nem nas cautelares da íntegra dos e-mails obtidos a partir da quebra de sigilo de dados telemáticos (Cautelar de Autos n° (...)) e da íntegra do conteúdo dos materiais apreendidos (Cautelar de Autos n° (...)).

No caso da quebra de sigilo de dados telemáticos armazenados, houve a juntada física de pendrive que conteria o conteúdo dos e-mails, os quais não foram digitalizados para o PJE. Em relação aos autos da busca e apreensão, não houve a juntada do acervo de documentos arrecadados, mas tão somente foram trazidos para os autos os laudos periciais que analisam **parte da documentação apreendida**.

Diante da inexistência, nos autos disponíveis no PJE, da integralidade dos e-mails, cogitam-se duas hipóteses:

- Ou ocorreu a digitalização deficitária dos autos;
- Ou houve a seleção pelo Ministério Público dos elementos que seriam digitalizados

Independente da causa, os documentos constantes do PJE consistem no acervo de evidências a partir do qual serão promovidas as análises e juízos. Nesse sentido, houve a supressão de elementos

colhidos pelo MPF na fase pré-processual, relacionados aos fatos em apuração e que não fazem parte dos autos.

Some-se, ainda, o fato de que a Defesa teve privado o seu direito constitucional ao acesso aos elementos de informação reunidos na investigação pré-processual.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade da investigação direta pelo MP, estabeleceu poucos, mas claros requisitos para que se considere sua realização constitucional.

Nesse sentido, vale destacar que o Tribunal Pleno do STF, em sede do Recurso Extraordinário nº 593.727 pacificou o entendimento pela possibilidade de o Ministério Público realizar investigações de forma direta, como é o caso dos autos, e condicionou sua constitucionalidade à observância da obrigação de realizar a ***juntada e formalização de todos os atos e fatos processuais, em ordem cronológica, principalmente diligências, provas coligidas, oitivas***:

STF - Trecho do voto do Exmo. Ministro relator para o acórdão: Em síntese, reafirmo que é legítimo o exercício do poder de investigar por parte do Ministério Público, porém essa atuação não pode ser exercida de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. (...) Deve-se, ainda, observar: (...) e) publicidade de todos os atos, salvo sigilo decretado de forma fundamentada; **f) juntada e formalização de todos os atos e fatos processuais, em ordem cronológica, principalmente diligências, provas coligidas, oitivas**; g) assegurar o pleno conhecimento dos atos de investigação à parte e ao seu advogado, como bem afirmado na Súmula Vinculante 14; (...) i) **assegurar a ampla defesa e o contraditório, este ainda que de forma diferida**, ou seja, respeitadas as hipóteses de diligências em curso e com potencial prejuízo acaso antecipado o conhecimento¹¹⁷.

117 BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 593.727. Rel. para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. J: 14/05/2015. DJe: 08/09/2015.

In casu, a ausência de juntada da íntegra dos elementos reunidos na investigação, além de se ter sonegado à Defesa o acesso a elementos que poderiam contribuir para a construção de teses defensivas, impediu que o Exmo. Juízo *a quo* e que os Exmos. Desembargadores que compõem esta Colenda Turma Julgadora possam ter ciência dos fatos em apuração da forma mais legítima e coerente.

Frise-se que tais elementos, os quais a Defesa foi impedida de contraditar em razão de sua ausência nos autos, comprometeram decisivamente a construção das teses defensivas e, por consequência, maculam a validade da condenação ora questionada.

O E. STJ, em sintonia com o precedente vinculante do E. STF, mas indo além, afirma que a ausência de acesso da defesa ao conteúdo integral do material obtido na investigação viola os princípios da ampla defesa e do contraditório:

- STJ:** 2. Viola o princípio do contraditório - e por consequência da ampla defesa e da paridade de armas - a falta de acesso da defesa ao conteúdo integral do material obtido a partir de interceptações telefônicas realizadas, a fim de realizar o contraditório diferido.
3. Caso em que é incontroverso nos autos o fato de que o material juntado aos autos da ação de conhecimento não continha a totalidade dos áudios captados em razão das interceptações telefônicas, realizadas durante a investigação, a denotar que a defesa, ainda que tenha requerido, **não obteve acesso à integralidade de tais elementos de informação**, que foram juntados à ação penal a juízo dos órgãos oficiais de investigação, o que é inadmissível.
4. Apesar de existir, nos autos do recurso que tramitou em segundo grau de jurisdição, providência no sentido de disponibilizar os áudios à defesa do paciente para exercício do contraditório, tal providência não afasta o prejuízo da ação de conhecimento.
5. Mostra-se prejudicada a defesa do paciente durante todo o decorrer da instrução, em razão da

não disponibilização da integralidade do material coletado a título de interceptação telefônica, sendo inadmissível, em um Estado Democrático de Direito, que os órgãos responsáveis pela persecução penal decidam quais elementos de informação instruem os autos da ação penal na qual a autoria dos fatos imputados é apurada de forma profunda. Tal proceder fere frontalmente a paridade de armas e, por consequência, torna ínsito o prejuízo decorrente da nulidade.

6. Agravo provido para conceder a ordem impetrada, de forma a anular a ação penal desde o recebimento de denúncia, que deverá considerar os elementos de informação na sua integralidade, devendo ser realizada nova instrução processual, mediante o material juntado por meio da requisição realizada pelo Tribunal de origem, na ocasião do julgamento do recurso de apelação. Tal decisão deverá beneficiar os corréus condenados na mesma sentença¹¹⁸.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RESTRIÇÃO NO ACESSO À PROVA EMBASADORA DA DENÚNCIA. NULIDADE. REABERTURA DO PRAZO DE DEFESA.

1. A constitucional garantia da ampla defesa exige tenha o acusado possibilidade de acesso a todo material probatório embasador da acusação penal.

2. Recurso de habeas corpus provido para anular os atos processuais desde a defesa prévia¹¹⁹.

Ainda que seja óbvio, como a obviedade não foi observada na r. sentença condenatória, cumpre-nos o dever de afirmar: os autos delimitam o âmbito de análise do fato imputado. A r. sentença justifica

118 BRASIL. STJ. Sexta Turma. AgRg no HC n. 735.027/SP. Rel: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), rel. para acórdão Min. Sebastião Reis Júnior. J: 26/9/2023, DJe: 4/10/2023. Ementa parcial.

119 BRASIL. STJ. Sexta Turma. RHC n. 34.946/BA. Rel: Min. Nefi Cordeiro. J: 10/6/2014, DJe: 1/7/2014.

inexistir vício processual por ter ocorrido a disponibilização dos Autos nº (...).

Acontece que ao se consultar a íntegra dos autos no PJE, no lugar de documentação, especialmente a cópia dos e-mails objeto da medida cautelar, verifica-se apenas a digitalização de uma lauda contendo um pendrive encartado. Ou seja, os documentos supostamente contidos no pendrive não fazem parte dos autos:

[print excluído para preservação do caso]

Especificamente, no caso do Apelante, trata de vício com grave prejuízo, pois os e-mails utilizados pelo MPF para embasar uma suposta responsabilidade pelos fatos imputados escora-se, majoritariamente, em mensagens eletrônicas. Curiosamente, apenas documentos, cujos conteúdos, isolados da integralidade do acervo, tenham um aparente conteúdo prejudicial ao Apelante foram juntados aos autos.

No tocante à ausência de juntada das evidências que embasaram a elaboração dos Laudos UTEC de materiais apreendidos, referentes aos Autos nº (...), a mácula persiste e, nesse caso, nem o argumento retórico da digitalização de um pendrive que supostamente contenha os documentos poder-se-ia alegar.

Foram juntados apenas os Laudos e não as evidências colhidas pelo MPF na fase pré-processual, uma afronta direta e evidente ao precedente vinculante do Recurso Extraordinário nº 593.727 do STF.

A Defesa, de maneira diligente, consultou as portarias do TRF-1, tribunal no qual foi realizada a digitalização dos referidos autos, para verificar as normativas internas a respeito da virtualização de processos.

A Portaria Presi 8052566 que regulamenta a digitalização dos processos físicos em tramitação no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tribunal no qual os autos foram digitalizados, prevê a necessidade da manutenção, no processo digital, da integridade e continuidade física conteúdo do processo físico:

Art. 3º A unidade designada para realização das atividades de digitalização do acervo de processos físicos será auxiliada por empresa especializada, contratada para esta finalidade.

§1º Compete a todos os envolvidos no procedimento de digitalização zelar pelo bom andamento das etapas de migração dos processos para o meio digital, **bem como pela exatidão dos documentos digitais gerados.**

§2º A digitalização dos processos físicos deverá ser realizada de forma a **manter a integridade, a inteligibilidade e a continuidade física e cronológica do conteúdo,** mantendo-se a mesma ordem sequencial do processo físico.

Para tanto, o Tribunal prevê um procedimento de digitalização que dispõe de várias medidas a serem implementadas quando da virtualização dos autos com o objetivo de garantir a integridade e a higidez do conteúdo dos autos migrados ao PJE.

Nesse sentido, prevê, dentre as medidas, a necessidade de validação dos documentos digitalizados, que consiste na conferência de todas as folhas digitalizadas para se garantir que o processo tenha sido integralmente digitalizado:

Art. 7º O procedimento de digitalização obedecerá às seguintes etapas, detalhadas no Fluxograma de Migração de Autos Físicos para o PJe:

III - na empresa contratada para os serviços de digitalização:

- a) recebimento dos autos da unidade designada em lotes, mediante guia;
- b) higienização dos autos;
- c) digitalização dos documentos;
- d) validação, por pessoa diversa da que efetuou a digitalização, dos documentos digitalizados;
- e) conferência e controle dos lotes dos documentos digitalizados;

f) devolução dos autos físicos à unidade designada, mediante guia;

g) exportação dos documentos para o PJe, com certificação de migração concluída e lançamento automático da movimentação 60600 (Processo Migrado para o PJe) no sistema Juris.

§ 2º A validação consiste na conferência de todas as folhas digitalizadas, com a retirada de eventuais folhas em branco, a fim de se garantir que o processo físico tenha sido integralmente digitalizado.

Vale destacar que a Lei Federal 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, prevê única hipótese de dispensa de juntada de documento ao processo eletrônico, qual seja o caso em que a digitalização seja tecnicamente inviável (art. 11, §5º). *In casu*, não houve qualquer justificativa nesse sentido, certificação e nem intimação das partes a esse respeito.

A violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório é ainda mais acentuada tendo em vista que o material probatório se refere à prova digital produzida unilateralmente:

Considerando que a defesa chega “depois” de a prova digital estar nos autos, o contraditório vai exigir, no mínimo: – acesso pleno a todos os elementos colhidos e não apenas a parcela que interessa à hipótese acusatória; (...) Todo material deve constar da perícia oficial (observado o art. 159 do CPP), mas é preciso uma radical mudança de cultura (e até legislativa): a prova pericial deve ser submetida ao contraditório real e efetivo da instrução oral¹²⁰.

Ressalte-se, mais uma vez, que, além do prejuízo representado à defesa, a não digitalização da integralidade das provas compromete

120 JR., Aury L. *Direito processual penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2024. E-book, p. 198.

o juízo de convencimento do julgador, já que o acesso pelo magistrado a todos os elementos reunidos na investigação é um pressuposto no sistema do convencimento motivado preconizado pela Constituição da República de 1988.

Frise-se que a presente tese não trata da ausência de disponibilização de autos à Defesa, mas da incompletude dos autos aos quais teve acesso, uma vez que são desprovidos de elementos cruciais para a elaboração das teses defensivas.

Sendo assim, caracterizada a violação ao precedente do STF no Recurso Extraordinário nº 593.727, além de diversos precedentes do próprio STF e do STJ que reverberam a exigência de juntada integral dos elementos colhidos na fase pré-processual.

Diante da ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a Defesa requer a juntada de todos os elementos reunidos a partir da medida cautelar de quebra de sigilo de dados telemáticos e da medida de busca e apreensão, bem como o reconhecimento da nulidade processual, nos termos do art. 5º, LV, da CR/88 e art. 564, IV, CPP, que impõem a oportunidade de nova apresentação de resposta à acusação para que a Defesa, após analisar o acervo de evidências colhidos na fase pré-processual, possa indicar as provas que deseja produzir e apresentar as teses aptas à defesa da liberdade do Apelante.

Diante da ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a Defesa requer a juntada de todos os elementos reunidos a partir da medida cautelar de quebra de sigilo de dados telemáticos e da medida de busca e apreensão, bem como o reconhecimento da nulidade processual, nos termos do art. 5º, LV, da CR/88 e art. 564, IV, CPP, que impõem a oportunidade de nova apresentação de resposta à acusação para que a Defesa, após analisar o acervo de evidências colhidos na fase pré-processual, possa indicar as provas que deseja produzir e apresentar as teses aptas à defesa da liberdade do Apelante.

PREJUÍZO: A ausência nos autos da íntegra dos elementos colhidos na fase pré-processual em sede de investigação direta pelo Ministério Público, constitui insuperável cerceamento de defesa, além de comprometer a análise integral dos fatos em apuração pelo Juízo.

PREQUESTIONAMENTO: A ausência nos autos da íntegra dos elementos colhidos na fase pré-processual em sede de investigação direta pelo Ministério Público viola o precedente do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário n° 593.727), o art. 5º, LV, da CR/88 e o art. 564, IV, do CP

27. SELETIVIDADE DOS ELEMENTOS QUE INSTRUEM A DENÚNCIA EM OFENSA AOS LIMITES ESTABELECIDOS PELO STF PARA A INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A tese foi apresentada em caso no âmbito de um caso acerca da responsabilidade penal de profissionais de engenharia e gestores empresariais em função do desabamento de uma construção. A apuração foi realizada também pelo Ministério Público. A tese processual em questão discorre sobre a violação dos parâmetros estabelecido pelo STF para a investigação criminal pelo Ministério Público, sob pena de nulidade do feito com esteio nos arts. 101 e 564, I, ambos do CPP.

O ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional não se ocupou de regular a investigação criminal conduzida diretamente pelo Ministério Público, uma vez que nunca se concebeu atribuir ao referido Órgão a condução direta da persecução pré-processual.

O Código de Processo Penal de 1941 não previu e quando da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 foram rejeitadas SETE emendas que buscavam conferir ao Ministério Público o poder de avocar para si investigações criminais.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal autorizou a investigação conduzida diretamente pelo Ministério Público, mas, nas decisões em que manifestou a autorização, determinou a necessidade de que sejam respeitadas as garantias individuais às quais teria direito o sujeito passivo caso fosse investigado por inquérito policial e, *frise-se, diante do presente caso, a proibição de que sejam sonegadas informações ou que sejam deixados de juntar aos autos quaisquer elementos apurados referentes ao objeto de apuração.*

STF: O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos

no curso da investigação, não podendo, o “Parquet”, sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado.¹²¹

STF: O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.¹²²

STF: Cabe assinalar, neste ponto, um outro aspecto relevante do tema ora em análise, considerados os diversos elementos probatórios já produzidos nos autos da persecução penal e, portanto, a estes já formalmente incorporados. Refiro-me ao postulado da comunhão da prova, cuja eficácia projeta-se e incide sobre todos os dados informativos, que, concernentes à “*informatio delicti*”, compõem o acervo probatório coligido pelas autoridades e agentes estatais.

Esse postulado assume inegável importância no plano das garantias de ordem jurídica reconhecidas ao investigado e ao réu, pois, como se sabe, o princípio da comunhão (ou da aquisição) da prova assegura, ao

121 BRASIL. STF. Segunda Turma. HC 89837. Rel. Min. Celso de Mello. J. 20/10/2009. P. 20/11/2009. Ementa parcial.

122 BRASIL. STF. Tribunal Pleno. RE 593727. Rel. Min. Cezar Peluso, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. J. 14/05/2015, Repercussão Geral - DJe-175, P. 08/09/2015. Ementa parcial.

que sofre persecução penal – ainda que submetida esta ao regime de sigilo -, o direito de conhecer os elementos de informação já existentes nos autos e cujo teor possa ser, eventualmente, de seu interesse, quer para efeito de exercício da auto-defesa, quer para desempenho da defesa técnica.

É que a prova penal, uma vez regularmente introduzida no procedimento persecutório, não pertence a ninguém, mas integra os autos de respectivo inquérito ou processo, constituindo, desse modo, acervo plenamente acessível a todos quantos sofram, em referido procedimento sigiloso, atos de persecução penal por parte do Estado¹²³.

Assim, a condução da investigação pré-processual pelo Ministério Público implica no reconhecimento de novos parâmetros para o Órgão e novas referências para a interpretação dos dispositivos infraconstitucionais em função da inédita atribuição ministerial.

No presente caso, conforme expresso na denúncia, ao inquérito conduzido pela Autoridade Policial, somaram-se atos de instrução complementares ao inquérito policial e incluídos nos próprios autos, além de inquérito civil, em ambos os casos, promovidos diretamente pelo Ministério Público.

No entanto, ao contrário dos parâmetros mínimos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, *data venia*, houve uma escolha seletiva dos documentos que foram juntados aos autos, pois apenas “parte do Inquérito Civil Público” foi trazida para a presente apuração, conforme confessa o Ilustre Membro do Ministério Público.

O argumento de que se trata de um inquérito civil e que não estaria sujeito à exigência do Supremo Tribunal Federal não subsiste como justificativa, na medida em que os Tribunais têm posicionamento consolidado no sentido de que a investigação em inquérito civil pode

123 BRASIL. STF. Segunda Turma. HC 85.419/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. J. 20/10/2009, P. 27-11-2009.

gerar a propositura de ações penais, como ocorreu na presente apuração.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes do STF:

STF: EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA COM BASE EM INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. VIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Denúncia oferecida com base em elementos colhidos no bojo de Inquérito Civil Público destinado à apuração de danos ao meio ambiente. Viabilidade. 2. O Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente de investigação policial, desde que possua os elementos mínimos de convicção quanto à materialidade e aos indícios de autoria, como no caso (artigo 46, §1º, do CPP). 3. Recurso a que se nega provimento¹²⁴.

STF: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA COM BASE EM ELEMENTOS COLHIDOS NO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que “o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis, instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbre

124 BRASIL. STF. Segunda Turma. RE 464893. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. 20/05/2008. P. 01/08/2008.

suposta prática de ilícitos penais” (AP 396-QO, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia). Precedentes: AI 794.861 e AI 790.698, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; e o RE 464.893-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Quanto à alegada violação ao princípio constitucional da individualização da pena, a discussão não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, tampouco foi alegada nos embargos de declaração opostos. Incidência da Súmula 282/STF. Quanto à suposta ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal, para chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido, necessária seria a análise da legislação infraconstitucional pertinente, o que não é admissível em sede de recurso extraordinário. Precedentes. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões. Precedente: AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes. Na hipótese, a decisão está devidamente fundamentada, embora em sentido contrário aos interesses da parte agravante. A parte recorrente limita-se a postular uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constantes dos autos. Nessas condições, incide o óbice da Súmula 279/STF. Agravo regimental a que se nega provimento¹²⁵.

Na verdade, houve uma atuação conjunta de Membros do Ministério Público no sentido de promover uma instrução direta. O procedimento adotado foi confuso e pouco claro, mas fica evidente que havia um esforço conjunto para apuração direta pelo Ministério Público de fatos e correspondentes responsabilidades.

Nunca se pode perder de vista que houve uma juntada fracionada e seletiva de elementos produzidos de forma direta pelo Ministério

125 BRASIL. STF. Primeira Turma. AI 760304 AgR. Rel. Min. Roberto Barroso. J. 13/05/2014, P. 18/06/2014.

Público em inquérito civil, situação assumida de maneira expressa e sem qualquer constrangimento pelo próprio Órgão na denúncia.

O Ministério Público, conforme precedente *erga omnes* do Supremo Tribunal Federal, tem o dever de promover a juntada integral dos elementos de apuração nestes autos.

A situação *in casu* desvela grave omissão que não tem qualquer amparo jurídico e que induz ao questionamento sobre a isenção do Ilustre Membro do Ministério Público responsável pelo caso.

A situação adquire contornos especialmente reprováveis em razão da não juntada de um ato instrutório defensivo por excelência, o depoimento pessoal do Defendente, sendo que, neste caso, o depoimento conta com um nível de detalhamento e esclarecimento extraordinários.

A não juntada do depoimento do Defendente é a prova maior da seletividade prejudicial à Defesa adotada pelo Ministério Público ao escolher os documentos que foram juntados aos autos e que viola, flagrantemente, os limites estabelecidos pelo STF.

Na condição de representante da sociedade, o Ministério Público não pode atuar como agente particular e comprometido *a priori* com um resultado de condenação ou de absolvição. A sua missão constitucional lhe impõe o dever de apurar de maneira isenta e opinar por eventual condenação somente após o encerramento da instrução probatória. Nesse sentido, JOSÉ FREDERICO MARQUES:

[...] o Ministério Público não pode e não deve fazer obra de perseguição contra pessoas que tem como inocente. Nenhum órgão estatal pode, em qualquer das múltiplas atividades da administração, assumir, por vontade da lei, atitudes vexatórias; e conseqüentemente, não é tolerável que a pretensão punitiva do Estado possa ser entendida como um direito de perseguir o inocente. [...] se a denúncia caluniosa constitui ilícito penal e civil, como permitir que a Administração pública, no processo criminal, esteja desvinculada de deveres e desligada dos

preceitos decorrentes da lealdade processual e boa fé?¹²⁶

No caso, a situação não se resolve com a singela juntada dos documentos que integram o inquérito civil, pois, *data venia*, a seleção já demonstrou evidência de parcialidade do Representante do Ministério Público responsável pela apuração dos fatos em discussão no presente processo.

STJ: A função fiscalizatória exercida pelo parquet também deve ser marcada pela imparcialidade, sob pena de se inviabilizar o alcance das suas incumbências constitucionais (artigo 127, caput, da Constituição Federal). 5. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.¹²⁷ (Destacamos).

Diante disso, há evidente violação dos parâmetros estabelecido pelo STF para a investigação criminal pelo Ministério Público. Acresça-se, também, a quebra da imparcialidade dos Promotores de Justiça subscritores da denúncia, os quais acompanharam o processo até o presente momento, razão pela qual requer seja reconhecida a nulidade do feito com esteio nos arts. 101 e 564, I, ambos do CPP, em função da condução do processo pelo aludidos Promotores, reconhecendo-os suspeitos, nos termos do art. 104 do CPP.

126 MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1980, p.273-274.

127 BRASIL. STJ. Quinta Turma. HC 136.771/GO. Rel. Min. Laurita Vaz. J. 27/09/2011, DJe 19/12/2011. Ementa parcial.

PREJUÍZO: A juntada fracionada e seletiva de elementos produzidos de forma direta pelo Ministério Público em inquérito civil, prejudica o Defendente na medida em que impede a compreensão completa dos fatos, o adequado exercício do contraditório e da ampla defesa com a indicação de elementos da íntegra das provas que permitam esclarecer os fatos e sua inocência. Inviabiliza-se, ainda, o adequado controle da prova, já prejudicado na medida em que o Ministério Público afasta-se da função de controle e filtro para atuar diretamente na condução do inquérito.

PREQUESTIONAMENTO: A não juntada integral dos elementos de instrução caracteriza atuação parcial do Ministério Público e ofende os parâmetros estabelecidos pelo STF nos precedentes HC 89837 e RE 593727 e pelo STJ no HC 136771/GO para a investigação direta pelo Ministério Público, bem como aos artigos 101 e 104 do CPP e ao artigo 5º, inciso LIV (devido processo legal), da CR/88.

28. AUSÊNCIA DE CONTROLE JURISDICIONAL DA DENÚNCIA, NOS TERMOS DOS PRECEDENTES DO STF, EM CASO NO QUAL A INVESTIGAÇÃO SEJA CONDUZIDA DIRETAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A tese foi apresentada em caso no âmbito de um caso acerca da responsabilidade penal de profissionais de engenharia e gestores empresariais em função do desabamento de uma construção. A apuração foi realizada também pelo Ministério Público. A tese processual em questão discorre sobre a necessidade do reconhecimento da nulidade por ausência controle jurisdicional do recebimento da denúncia, diante da falta de motivação, nos termos do art. 93, IX, da CR/88 e do art. 564, IV, do CPP.

O Código de Processo Penal, bem como a Constituição da República de 1988, impõe os limites para o exercício da *persecutio criminis*. Nesse sentido, consiste em interesse do próprio Estado Brasileiro a preservação da liberdade do indivíduo contra o furor condenatório, de consequências desastrosas e o dever de fundamentação das decisões judiciais consiste em ferramenta indispensável para o alcance dos objetivos propostos para o processo penal em um contexto democrático.

O dever de fundamentação das decisões judiciais, revestido de maior dignidade após a promulgação da Constituição da República de 1988¹²⁸, é ingrediente indispensável para viabilizar a efetiva participação das partes na construção do provimento e, em razão da natureza democrática do Estado pátrio, transcende o papel

128 “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;”

endo-processual e desempenha, inclusive, “função política”¹²⁹, pois permite o controle da atividade jurisdicional não apenas pelas partes, mas pela população em geral. Contemporaneamente, a motivação das decisões jurisdicionais interessa inclusive ao juiz, pois, mediante ela, evidencia a sua atuação imparcial e justa¹³⁰.

De modo algum a garantia constitucional de motivação das decisões pode ser reduzida a mera formalidade vazia de conteúdo. A argumentação concreta é pressuposto de validade das decisões jurisdicionais e não pode ser substituída por citações doutrinárias, menção a textos legais ou a outras decisões de Tribunais e muito menos por brocardos e expressões cravadas no ordenamento por influxo histórico, místico ou transcendental, sob pena de se instaurar o “arbítrio palavreado”¹³¹.

Nesse contexto, a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o *saber* que legitima o *poder*, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado.

Mais, a fundamentação não deve estar presente apenas na ‘sentença’, mas também em todas as

129 FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 1. p. 987.

130 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 135.

131 “Oxalá fôssemos uma nação de juristas. Mas o que somos, é uma nação de retóricos. Os nossos governos vivem a envolver num tecido de palavras os seus abusos, porque as maiores enormidades oficiais têm a certeza de iludir, se forem lustrosamente fraseadas. O arbítrio palavreado, eis o régimen brasileiro” BARBOSA, Rui. *Juristas e retóricos. Antropologia*. Seleção, prefácio e notas de Luís Viana. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1953. p. 109.

decisões interlocutórias tomadas no curso do procedimento, especialmente aquelas que impliquem restrições de direitos e garantias fundamentais, como os decretos de prisão preventiva, interceptação das comunicações telefônicas, busca e apreensão etc¹³².

Não obstante o Exmo. Juiz ter elaborado um relatório do caso, uma iniciativa positiva e, infelizmente, pouco comum em matéria de recebimento de denúncia, o ato decisório ora combatido não fundamentou o recebimento da denúncia, mas apenas fez menção expressa à existência de pressupostos legais e condições da ação, *in verbis*:

[*print excluído para preservação do caso*]

Não houve motivação, mas tão somente uma menção genérica a três expressões jurídicas “requisitos do art. 41 do CPP”, “indícios de materialidade e autoria delitivas” e “constituindo os fatos narrados, em tese, crimes capitulados”, sem haver a menção a elementos fáticos que demonstrem o preenchimento, no caso concreto, das exigências previstas no Código de Processo Penal.

Data venia, não foram lançados os argumentos necessários para que se identifique o controle jurisdicional da justa causa e dos outros elementos exigidos pelo artigo 41 do Código de Processo Penal para validade da instauração do processo em casos em que o Ministério Público promove, de maneira direta, a colheita de elementos de investigação.

A violação à norma processual constitucional, por atingir as exigências mínimas para a adequação do exercício jurisdicional ao modelo constitucional, gera nulidade absoluta, em virtude da gravidade. Por se tratar de nulidade absoluta, sublinhe-se que não há necessidade de demonstração de prejuízo, sendo o mesmo presumido em razão da magnitude da violação. Não obstante, o prejuízo ao Defendente

132 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3.ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 196.

se mostra evidente, visto que a ausência de controle jurisdicional sobre a atuação do Ministério Público na investigação criminal obsta diretamente o exercício de seus direitos ao contraditório e à ampla defesa, bem como o submete a todas as gravosas consequências da instauração de um processo penal - exposição de sua intimidade e privacidade, impactos midiáticos, estigmatização e custos financeiros - sem que haja razões jurídicas para isso.

Conforme expresso nas decisões do STF que autorizaram a investigação penal pré-processual pelo Ministério Público, além do respeito aos direitos individuais do polo passivo, seria fundamental a juntada de todos os documentos relacionados com o fato em apuração e um permanente controle jurisdicional dos atos.¹³³ Nesse sentido estão as lições de Geraldo Prado:

Uma investigação criminal dirigida pelo Ministério Público somente gozaria de status de conformidade constitucional se viabilizasse em tese a concretização de amplo repertório de providências de participação da defesa, e ademais se estivesse sujeita ao controle judicial [...] admitir-se a investigação pelo Ministério Público dissociada da intervenção defensiva e do controle judicial configuraria violação ao Estado de Direito¹³⁴.

Uma redobrada atenção à obrigação do controle jurisdicional dos atos, conforme destacado pelo STF, se mostra justificável nos contextos em que o Ministério Público conduz pessoalmente a produção dos atos probatórios pré-processuais.

O novo papel do Ministério Público assemelha-se à atribuição prevista no modelo processual penal italiano em que o *Publico Ministero*

133 BRASIL. STF. Tribunal Pleno. RE 593727. Rel. Min. Cezar Peluso, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. J.14/05/2015, Repercussão Geral - DJe-175, P. 08/09/2015. Ementa parcial.

134 PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. A investigação criminal e a PEC 37. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 248, p. 5-7, jul.. 2013, p.06.

como responsável pela *indagine preliminare* deve respeitar uma série de parâmetros para a preservação das garantias e direitos individuais e, a este respeito, a figura do GIP (*giudice di indagine preliminare*) exerce papel preponderante na filtragem das investigações conduzidas pelo Ministério Público, pois cabe a ele uma análise concreta e fundamentada dos elementos apresentados como base de sustentação da denúncia¹³⁵.

Sem o devido controle jurisdicional, como determinado pelo STF, a simples assunção da atribuição de promover investigação pré-processual restauraria uma estrutura medieval de relação linear entre indivíduo e Estado envolto de preconceitos e juízos preconcebidos e que imporiam a instauração do processo sem filtros ou controles, mas tão somente como mera continuidade na investigação preliminar, forjada sob a perspectiva inquisitiva do MP.

Nesse contexto, o dever de motivação, como elemento indissociável do controle jurisdicional, adquire uma importância destacada e mereceu menção expressa e enfática do STF¹³⁶.

No caso em análise, o ato judicial de recebimento de denúncia não foi produzido com respeito material aos requisitos do Código de Processo Penal. Não foi possível identificar a efetiva verificação da justa causa para a instauração da ação penal.

Nunca é demais pisar e repisar a necessidade de implementação concreta dos dispositivos constitucionais e, por essa razão, motivar um ato judicial não pode consistir tão somente em transcrição de dispositivos legais.

135 No modelo processual penal italiano existe a figura do *giudice per le indagini preliminari*, responsável pela proteção dos direitos fundamentais dos investigados durante o inquérito ou procedimento investigatório, bem como pela garantia do direito à duração razoável desse procedimento. Nesse sentido: RUGGERI, Francesca. *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*. Milão: Giuffrè Editore, 1996. p. 08

136 BRASIL. STF. Tribunal Pleno. RE 593727. Rel. Min. Cezar Peluso, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. J. 14/05/2015, Repercussão Geral - DJe-175. P. 08/09/2015.

No nobre papel decisório, cabe ao Juiz apontar no caso concreto, dentre os elementos de instrução, quais foram utilizados para preencher os requisitos previstos na lei para o ato.

No caso, deveria o Exmo. Juiz indicar quais os elementos pré-processuais serviram para formar o seu convencimento de que havia justa causa para a instauração de ação penal em face do Defendente, situação que não ocorreu.

O relatório do caso, mostrou que o Exmo. Juiz, estudou o caso, situação compatível com o comprometimento e a seriedade do Magistrado. No entanto, para a satisfação do dever constitucional de motivação e do controle jurisdicional determinado pelo STF, *data venia*, não é suficiente.

Pelo explanado, requer-se o reconhecimento de nulidade por ausência controle jurisdicional do recebimento da denúncia, diante da violação ao dever de motivação das decisões judiciais e aos princípios do contraditório e ampla defesa, nos termos dos artigos 93, IX. e 5º, LV, ambos da Constituição da República e do artigo 564, IV, do Código de Processo Penal.

PREJUÍZO: A ausência de controle jurisdicional sobre a atuação do Ministério Público na investigação criminal causa grave prejuízo ao Defendente, visto que obsta o exercício de seus direitos ao contraditório e à ampla defesa, bem como o submete a todas as gravosas consequências da instauração de um processo penal - exposição de sua intimidade e privacidade, impactos midiáticos e de estigmatização, custos financeiros - sem que haja razões jurídicas para isso.

PREQUESTIONAMENTO: A ausência de fundamentação do ato judicial que recebeu a denúncia configura ausência de controle jurisdicional sobre atuação do Ministério Público na investigação criminal representando afronta direta ao disposto no artigo 93, IX (dever de motivação das decisões), e art. 5º, LV (contraditório e ampla defesa), ambos da CR/88, bem como os parâmetros estabelecidos pelo STF para a investigação direta pelo Ministério Público como no caso do RE 593727.

29. OPORTUNIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FORA DAS HIPÓTESES E LIMITES LEGAIS

A tese foi apresentada em caso no âmbito de um caso acerca da responsabilidade penal de profissionais de engenharia e gestores empresariais em função do desabamento de uma construção. Foi ofertada oportunidade de participação para o Ministério Público fora das hipóteses e limites legais. A tese processual em questão discorre sobre a conformação da nulidade, na forma do art. 564, IV, do CPP, diante da violação aos princípios da legalidade, paridade de armas e contraditório, bem como o efetivo exercício do direito de defesa técnica, indeclinável e irrenunciável, nos termos do art. 5º, LV, da CR/88 e do art. 8º, 2, “c”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Após a apresentação da resposta à acusação em favor dos acusados “(...)” e “(...)”, vinculados à “Sociedade Empresarial (...)”, o MM. Juiz de Direito proferiu despacho determinando reabertura de vista ao Ministério Público para que oferecesse “parecer” sobre as alegações defensivas (fls...). O órgão do MP (fls...), atendendo ao despacho judicial, praticou ato processual atípico, consubstanciado na apresentação de uma verdadeira IMPUGNAÇÃO à resposta escrita daqueles acusados.

No despacho que determinou a restituição do prazo para o Defendente apresentar a resposta à acusação (fls...), percebe-se a mesma conduta anteriormente verificada: novamente foi ofertada ao Ministério Público oportunidade para impugnação à resposta escrita da Defesa, participação essa fora das hipóteses e dos limites legais para a sua atuação.

Verificando tratar-se de oportunidade não prevista em lei e que retira da Defesa a prerrogativa de manifestar por último antes de se proferir uma decisão, a Defesa apontou a irregularidade em sua Resposta à Acusação, requerendo desde então a apreciação de suas

teses defensivas sem a oitiva do Ministério Público. Entretanto, logo após, foi deferida vistas ao Ministério Público, o qual efetivamente apresentou longa petição contrapondo-se às teses defensivas (fls..).

Vale observar que, após esse momento, não foi conferida à Defesa nova oportunidade para contraditar e impugnar à petição do Ministério Público, perdendo a prerrogativa processual de falar por último.

Nesse termos, foi concedida ao Ministério Público a oportunidade de tréplica ou impugnação à resposta à acusação, situação que, além de não encontrar qualquer previsão normativa, importa em quebra das garantias da paridade de armas, do contraditório e da ampla defesa com nítido favorecimento ao órgão acusatório em prejuízo à defesa.

A importação de figura própria do processo de partes particulares para o processo penal subverte o princípio do *favor rei* e quebra a estrutura constitucionalmente consagrada de que a Defesa atua *contrario sensu* em relação à imputação.

Note-se que, após a promulgação da Constituição de 1988, o Ministério Público abandonou a singela função de órgão de acusação para adquirir um novo papel de representante da sociedade. Assim, pelo princípio da obrigatoriedade, deve propor uma ação penal quando convencido da existência de justa causa e, ao longo do processo, adstrito aos termos da denúncia, buscar apurar a veracidade ou não da imputação originária. No modelo de processo penal adotado, a condução das ações ministeriais não depende das manifestações defensivas a quem cabe reagir à imputação do Ministério Público e, por isso, falar sempre após o titular da ação.

Enquanto órgão público, sua atuação encontra-se adstrita à legalidade (art. 37 da Constituição da República de 1988)¹³⁷ e, portanto, as oportunidades para a sua atuação no processo penal somente podem ocorrer nas hipóteses previstas em lei e nos estritos limites

137 Constituição da República de 1988. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

impostos por tais normas. Diante disso, evidencia-se a primeira irregularidade na concessão de oportunidade para manifestação do Ministério Público sem lastro na legalidade.

Soma-se a isso a ampliação na disparidade entre as partes no processo penal, em completa subversão à paridade de armas, corolário do princípio do contraditório.

Isso porque o processo penal apresenta uma natural disparidade apriorística em sua geometria, uma vez que se contrapõem, de um lado, o Estado-poder, com todo o seu aparato penal, e, de outro, o indivíduo. Com efeito, o Ministério Público exerce função no processo e enquanto titular da ação penal, detém o aparato estatal em seu favor: possui domínio sobre as investigações criminais; poderes para requerer o cerceamento da liberdade do acusado para a coleta de provas – prisão temporária –; poder para intervir na esfera jurídica do acusado para a produção probatória por meio da quebra de sigilo de dados, quebra de sigilo bancário e interceptações telefônicas, dentre outros.

Essa especial geometria do processo penal exige a previsão de uma série de princípios e normas para que sejam conferidas ao acusado as mesmas oportunidades e chances que o Ministério Público. Nesse sentido a oportunidade de apresentar suas teses por último, buscando sua equiparação de forma paritária.

O princípio do contraditório faz também frente a esse aparato estatal e à disparidade natural do processo penal. Como direito que assegura a participação do acusado no processo, irá desenvolver sua eficácia elevando o indivíduo a uma posição paritária na medida em que permite que este atue no processo de forma efetiva e plena.

Destaca-se que o contraditório, muito além do cumprimento de simples formalidade, constitui garantia indeclinável e, para sua validade, exige que sejam viabilizadas todas as circunstâncias que lhe confirmam efetividade e assegurem seu exercício pleno¹³⁸.

138 Nesse sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè Editore, Milano, v. 48, n. 4, p. 1063–1111, dic., 1994, p.1084 e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas*

Enquanto imperativo que assegura e viabiliza a participação do indivíduo, o princípio do contraditório deve desenvolver sua eficácia em todos os momentos do processo, permitindo ao acusado a utilização de todos os meios para tanto.

O que ocorreu no presente caso, contudo, é o exato oposto à sistemática de garantias processuais que buscam conferir paridade de armas ao particular. Criou-se oportunidade de participação para o Ministério Público sem qualquer lastro legal, desvinculado ao exercício de sua função pública conforme determinada em lei, em prejuízo do Defendente.

Reitere-se que, para além da principiologia, as próprias normas processuais penais preveem, na construção formal do processo, alguns aspectos que buscam reduzir o desequilíbrio entre as partes, como ao estabelecer que a última palavra no processo pertença à defesa. Ou seja, a própria lei, identificando uma ausência de paridade entre as partes já estabelece no plano da legalidade certas compensações ao réu. O que foi subvertido no presente caso.

Diante do exposto, requer-se que seja decretada a nulidade do processo pelo cerceamento de defesa, na forma do artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal, verificada a violação à legalidade no exercício das funções públicas (art. 37 da Constituição da República) e ao efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República¹³⁹ de 1988 e do artigo 8º, 2, “c”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁴⁰.

tendências do direito processual: de acordo com a constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p.18.

139 Constituição da República, art. 5º, inciso LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

140 ARTIGO 8 - Garantias Judiciais - (...) 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...); **c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa.**

PREJUÍZO: A atuação do Ministério Público fora das hipóteses legais gera grave prejuízo ao Defendente, pois o submete à total disparidade entre os instrumentos que o Estado acusador possui em contraposição aos instrumentos defensivos, provocando uma maior participação do órgão acusatório do que da defesa na construção do provimento jurisdicional e possibilitando assim, maiores chances de uma condenação do que uma absolvição.

PREQUESTIONAMENTO: O oferecimento de oportunidade extralegal de participação ao Ministério Público, após o oferecimento de resposta à acusação, caracteriza violação aos artigos 5º, LV (contraditório e ampla defesa), da CR/88, ao artigo 8º, 2, “c”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao artigo 564, inciso IV, do CPP verificada a violação à legalidade no exercício das funções públicas (art. 37 da CR/88).

30. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO ANTES DO LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO EM VIOLAÇÃO AO ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 24 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A tese foi apresentada em Habeas Corpus, cuja ordem foi concedida em favor de Executivos de Companhia Multinacional no âmbito de operação envolvendo supostos crimes de corrupção na esfera federal.

A tese em questão discorre sobre o fato de que, no caso, a instauração de inquérito antes do lançamento definitivo do tributo ocorreu em expressa violação à Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, tema arguido nos termos do art. 564, IV, do CPP.

Nos termos da Súmula Vinculante nº 24, do Supremo Tribunal Federal, a tipicidade da infração material contra a ordem tributária, descrita nos incisos I a IV, do art. 1º da Lei nº 8.137/1990 está condicionada ao lançamento definitivo do tributo. Segundo o verbete: “*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo*”.

Antes que se implemente tal providência, caracterizada pela inscrição definitiva do débito tributário em dívida ativa, não se pode cogitar de qualquer investigação de caráter penal. Afinal, se não há, até o encerramento da discussão na esfera administrativa-fiscal, crime contra a ordem tributária, evidentemente não se deve admitir a deflagração de uma investigação de natureza penal para apurar fato que ainda não se reveste de tipicidade.

Nos termos do art. 4º do Código de Processo Penal¹⁴¹ o inquérito policial deve ser insaturado para apuração de infrações penais e de sua autoria, determinando claramente que para sua instauração

141 Art. 4º do CPP: A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

devem existir ao menos indícios da existência de crime. Nos casos de delitos tributários de natureza material, a tipicidade, elemento essencial para a configuração de um delito, apenas é conformada após o lançamento definitivo do tributo, ou seja, após a finalização da etapa administrativa. Assim, se mostra clara a ilegalidade de instauração de inquérito policial, em situação que é evidente a inexistência de infração penal, em função da inexistência da própria tipicidade do crime. Segundo doutrina sobre o tema: “*se houver discussão sobre a existência de obrigação tributária, pressuposto sem o qual não há que se falar em crime, é necessário esperar o lançamento definitivo do tributo, com o encerramento da via administrativa. [...] é pressuposto do comportamento típico que haja nascido uma dívida tributária*¹⁴²”.

Também entendendo ser o lançamento definitivo do tributo elemento imprescindível da tipicidade penal está HELOISA ESTELITTA e ALDO DE PAULA JÚNIOR:

*Ora, se o tipo penal tributário toma como elemento normativo do tipo o termo tributo, que só se configura como objeto de uma relação jurídico-tributária convertida em linguagem jurídica competente (lançamento), e tendo sido a conversão fulminada pela decadência, é iníndico a configuração do tipo penal tributário por ausência de um de seus elementos*¹⁴³.

Nesse sentido está também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a necessidade de suspensão do trâmite de ação penal em função da indefinição sobre o lançamento do tributo, demonstrando que antes da constituição do crédito tributário não há que se falar em tipicidade penal:

142 BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 150.

143 ESTELITTA, Heloísa; PAULA JUNIOR, Aldo de. *Os efeitos da decadência do crédito nos crimes contra a ordem tributária*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (org.). *Direito Penal Tributário*. São Paulo: MP, 2005. p. 26.

STJ: PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. SÚMULA VINCULANTE N. 24/STF. PECULIARIDADES DO CASO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO CÍVEL DE ANULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, AINDA PENDENTE DE RECURSO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL E DO PRAZO PRESCRICIONAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal ou inquérito por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada 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. No caso dos autos, perquire-se a suposta prática do crime do art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990 que estabelece: “Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal”. 3. Segundo o verbete sumular vinculante n. 24/STF: “Não se tipifica o crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

4. É imprescindível destacar o entendimento reiterado desta Corte Superior acerca da independência entre as esferas cível e penal, de modo que a “impugnação do débito na seara cível, não obstante possa ter consequências sobre o julgamento da lide penal, não obsta, automaticamente, a *persecutio criminis*” (HC 103.424/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 16/03/2012).

6. As circunstâncias peculiares do caso em exame apontam para caminho diverso da jurisprudência, pois foi dada procedência à ação anulatória da constituição do crédito tributário, mediante sentença confirmada em sede de reexame necessário, contudo, ainda, não definitiva.

7. No caso, a “conclusão alcançada pelo juízo cível afetou diretamente o lançamento do tributo, maculando a própria constituição do crédito tributário, razão pela qual mostra-se prudente aguardar o julgamento definitivo na esfera cível” (HC 161.462/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 25/6/2013).

8. Recurso parcialmente provido para determinar a suspensão da ação penal n. 0004789-64.2010.8.24.0061, bem como do prazo prescricional, até o trânsito em julgado da ação anulatória n. 0023993-03.2009.8.24.0038¹⁴⁴.

Ademais, importante mencionar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que se mostra totalmente em consonância com a presente tese, visto que esse reconhece a necessidade de trancamento do inquérito policial instaurado nos casos de ausência de lançamento definitivo do tributo:

STF: EMENTA: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO RESPECTIVO TRIBUTO AINDA NÃO CONSTITUÍDO EM DEFINITIVO. SÚMULA VINCULANTE 24. ORDEM CONCEDIDA. *Nos termos da Súmula Vinculante 24, impõe-se o trancamento de inquérito que apura a prática, em tese, de crime contra a ordem tributária (art. 1º da Lei 8.137/1990), se o respectivo lançamento tributário ainda não foi definitivamente constituído. Ordem concedida, para o trancamento do inquérito, quanto ao crime descrito*

144 BRASIL. STJ. Quinta Turma. RHC 34.159/SC. Rel. Min. Ribeiro Dantas. J. 12/12/2017, DJe 19/12/2017.

no art. 1º da Lei 8.137/1990, até que ocorra o respectivo lançamento definitivo do tributo¹⁴⁵.

Contrariando a lógica acima, no presente caso as investigações de natureza criminal se iniciaram antes do lançamento definitivo do tributo, ou seja, foi instaurado inquérito policial a despeito da comprovada inexistência de infração penal, visto a disposição sumular (Súmula Vinculante nº 24 do STF) que determina a possibilidade de existência da tipicidade apenas após o lançamento de definitivo do tributo.

No caso em questão, não houve a aplicação do entendimento correto, visto que se permitiu a manutenção do trâmite do inquérito policial a despeito da inexistência de dívida tributária constituída. Assim, percebe-se que o enunciado da Súmula Vinculante nº 24 do STF não foi aplicado, tendo sido instaurada investigação para apurar fato atípico, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Ante o exposto, requer a Defesa o reconhecimento da contrariedade ao disposto na Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, para conceder o presente Habeas Corpus, trancando-se o referido inquérito policial, nos termos do art. 564, inciso IV, do Código de Processo Penal, bem como do entendimento do Supremo Tribunal Federal- HC 96832 e Superior Tribunal de Justiça- STJ. RHC 34.159/SC.

145 BRASIL. STF. Segunda Turma. HC 96832. Rel. Min. Joaquim Barbosa. J. 10/08/2010, P. 10/09/2010.

PREJUÍZO: O não trancamento do inquérito policial instaurado para investigação de delito tributário em relação ao qual ainda não ocorreu o lançamento definitivo do tributo gera grave prejuízo ao Paciente, visto que o submete às gravosas consequências da instauração do processo penal – exposição de sua intimidade e privacidade, impactos midiáticos, de estigmatização e custos financeiros – em função de fato reconhecidamente atípico, visto ser reconhecido pelos Tribunais Superiores que antes do lançamento definitivo do tributo não há tipicidade.

PREQUESTIONAMENTO: O não trancamento do inquérito policial instaurado para investigação de delito tributário em relação ao qual ainda não ocorreu o lançamento definitivo do tributo configura violação Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, ao art. 564, inciso IV, do CPP (omissão de formalidade essencial), bem como do entendimento do STF: HC 96832 e STJ: RHC 34.159/SC.

31. CABIMENTO DE HABEAS CORPUS PARA RECONHECIMENTO DE ILICITUDE DE PROVAS

A tese foi apresentada em Habeas Corpus, cuja ordem foi concedida em favor de Executivos de Companhia Multinacional no âmbito de operação envolvendo supostos crimes de corrupção na esfera federal.

O lastro probatório apresentava uma série de ilicitudes na obtenção de provas. A tese em questão discorre sobre o cabimento da impetração de Habeas Corpus para o afastamento das referidas irregularidades.

Os pacientes respondem à ação penal pela suposta prática do crime de corrupção ativa apurado no âmbito da “Operação (...)”¹⁴⁶. Em síntese, a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal alega que os pacientes, na condição de executivos da “Sociedade Empresarial (...)”, teriam corrompido o então “Funcionário Público (...)”, para votar favoravelmente aos interesses da empresa no âmbito de processos administrativos sobre áglio interno e autuações fiscais, em razão de suposta sonegação de Imposto de Renda - IR e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL envolvendo lucros das subsidiárias no exterior. A suposta corrupção teria ocorrido por meio da contratação de empresas de assessoria e da subcontratação de um escritório de advocacia.

Em relação aos pacientes, a denúncia é substancialmente baseada em conversas de e-mail armazenadas que foram apreendidas por meio da Medida Cautelar de Interceptação das Comunicações Telemáticas nº (...), em trâmite perante a (...). Ocorre que as conversas

146 Código Penal

“Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003).

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.”

de e-mail que lastreiam a acusação formulada contra pacientes foram obtidas ilicitamente. A ilicitude da prova cujo reconhecimento se pretende por meio desta impetração se baseia em dois fundamentos complementares: a) primeiro, no excesso de execução verificado no cumprimento das decisões judiciais de interceptação das comunicações telemáticas dos investigados; b) segundo, na falta de fundamentação e na desproporcionalidade da apreensão de e-mails armazenados pelo período de dez anos.

Não obstante as flagrantes ilegalidades verificadas na obtenção dos elementos de prova que lastreiam a acusação que pende contra os pacientes, a r. decisão contra a qual se impetra o presente *writ* ainda assim recebeu a denúncia. É conferir:

[print excluído para preservação do caso]

Ao deixar de decretar a ilicitude da prova que sustenta a acusação lançada contra os ora pacientes, a r. decisão que recebera a inicial acusatória incorreu na coação ilegal que se pretende afastar com este *habeas corpus*.

Importante destacar que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que é possível discutir a validade da prova em sede de *habeas corpus*, sendo ainda admissível o próprio trancamento da ação penal como resultado do reconhecimento da ilicitude da prova. Nesse sentido:

STJ: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INViolÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE EFEITOS AO CORRÉU. 9. Ordem concedida para, considerando que não houve fundadas razões para o ingresso em domicílio,

reconhecer a ilicitude das provas por tal meio obtidas, bem como de todas as que delas decorreram, e, por conseguinte, determinar o trancamento do processo. Extensão de efeitos ao corrêu¹⁴⁷. (ementa parcial)

Com efeito, ao examinar a admissibilidade da acusação o juiz deve averiguar a existência de justa causa – isto é, indícios razoáveis de autoria e materialidade – para a instauração do processo crime, conforme o art. 395, III, do CPP. Esse exame deverá levar em consideração também a idoneidade dos elementos que embasam a pretensão acusatória, tendo em conta o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita no processo, positivado nos artigos 5º, inciso LVI, da CF e 157 do CPP, que impede que as provas ilícitas sejam utilizadas para embasar uma denúncia ou fundamentar uma condenação criminal. Prova disso é que a jurisprudência do STJ tem declarado nulas as denúncias apresentadas com base em provas ilícitas¹⁴⁸, inclusive as acusações oferecidas com esteio em elementos de prova decorrentes de interceptações telefônicas ilegais¹⁴⁹. Nesse sentido, a omissão da r. decisão impugnada em decretar a nulidade dos elementos de prova que sustentam a denúncia oferecida contra os pacientes desafia a impetração deste *habeas corpus*.

Reitere-se que não há dúvida do cabimento do presente *writ* para o reconhecimento das ilegalidades supracitadas. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que:

STF: [...] se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial, a jurisprudência do STF admite o *habeas corpus*, dado que de um ou outro possa advir

147 BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 686.445/RS. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. J. 08/03/2022, DJe 14/03/2022.

148 BRASIL. STJ. Sexta turma. HC 100.879/RJ. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. 19/08/2008.

149 BRASIL. STJ. Sexta Turma. RHC 12717/MG. Rel. Min. Vicente Leal. DJ de 28/10/2002; BRASIL. STF. Segunda Turma. HC 81154/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 19.12.2001; e STF, HC 72588, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 04.08.2000.

condenação a pena privativa de liberdade, ainda que não iminente, cuja aplicação poderia vir a ser viciada pela ilegalidade contra o qual se volta a impetração da ordem. Nessa linha, não é de recusar a idoneidade do habeas corpus, seja contra o indeferimento de prova de interesse do réu ou indiciado, seja, o deferimento de prova ilícita ou o deferimento inválido de prova lícita: nessa última hipótese, enquadra-se o pedido de habeas corpus contra a decisão - alegadamente não fundamentada ou carente de justa causa - que autoriza a quebra do sigilo bancário”¹⁵⁰.

Na esteira da jurisprudência consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal¹⁵¹, esse eg. TRF da 1ª Região tem reconhecido a “[a] dmissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade”¹⁵².

Por outro lado, ambas as Turmas de Direito Criminal desse eg. TRF da 1ª Região tem admitido o emprego do *habeas corpus* para pleitear o trancamento de ação penal movida sem base em indícios mínimos de autoria e materialidade (justa causa). É conferir:

150 BRASIL. STF. Primeira Turma. HC 79191. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 04/05/1999, DJ de 08/10/1999.

151 A título exemplificativo, é ver-se também o seguinte precedente do BRASIL. STF: BRASIL. STF. Primeira Turma. HC 80949. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 30/10/2001, DJ 14/12/2001. Assim, o STF tem reconhecido a ilicitude de provas na via do *habeas corpus*. Confira-se: “Habeas corpus. 2. Inviolabilidade de domicílio (art. 5º, IX, CF). Busca e apreensão em estabelecimento empresarial. Estabelecimentos empresariais estão sujeitos à proteção contra o ingresso não consentido. 3. Não verificação das hipóteses que dispensam o consentimento. 4. Mandado de busca e apreensão perfeitamente delimitado. Diligência estendida para endereço ulterior sem nova autorização judicial. Ilicitude do resultado da diligência. 5. Ordem concedida, para determinar a inutilização das provas” (BRASIL. STF. Segunda Turma. HC 106566. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 16/12/2014, DJe 18/03/2015).

152 BRASIL. TRF1. Quinta Turma. HC 0068571-33.2015.4.01.0000. Rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves. J. 21/06/2016, DJE 30/06/2016.

TRF1: “PROCESSUAL PENAL. ART. 171, § 3º, DO CP. ART. 19, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 7.492/86. HABEAS CORPUS. TIPICIDADE. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Consoante entendimento firmado por esta Corte, o trancamento de ação penal através de habeas corpus é medida excepcional que só se justifica nas hipóteses de manifesta atipicidade da conduta, na presença de causa extintiva de punibilidade, nos casos de ausência de indícios mínimos de autoria e de materialidade, ou quando verificada a ausência de justa causa, o que, só assim, evidenciaria o constrangimento ilegal em consequência do exercício da persecução penal. Precedentes. 2. A ausência de justa causa que autoriza o trancamento da ação é aquela que se apresenta incontroversa com o simples exame dos autos, sem a necessidade de se aprofundar no exame da prova (Nesse sentido: HC 0033526-65.2015.4.01.0000 / MT, Rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Terceira Turma, e-DJF1 de 06/05/2016, dentre outros). 3. No caso concreto, o negócio jurídico firmado entre o paciente e o anterior proprietário não consubstanciou em fraude com o intuito de obtenção de vantagem ilícita, mediante prejuízo à Caixa Econômica Federal, até porque o empréstimo (financiamento) tomado pelo paciente junto à citada instituição financeira foi totalmente quitado por ele, fato reconhecido pela CEF. Portanto, não se vislumbra, na espécie, a presença das elementares que configuram o delito de estelionato (art. 171 do CP). 4. É de se ressaltar que também não há, na hipótese dos autos, a presença de indícios mínimos de autoria e materialidade na obtenção, mediante fraude, do financiamento habitacional (o que poderia configurar, ao menos em tese, o delito descrito no art. 19 da Lei n.º 7.492/86) junto à CEF por parte do paciente, motivo pelo qual se revela ausente (nesse ponto) a

justa causa, condição objetiva de procedibilidade da ação penal. 5. Ademais, a prova pré-constituída nos autos demonstra que não há indícios de que o paciente tenha atuado, em unidade de desígnios com os demais denunciados, para o cometimento dos crimes narrados na exordial acusatória, até porque, conforme já ressaltado alhures, o paciente quitou o empréstimo/financiamento por ele realizado e o bem imóvel está em seu nome - não tendo retornado ao seu proprietário originário -, o que infirma a tese de ocorrência de simulação do negócio jurídico em questão. 6. Portanto, é forçoso o trancamento da ação penal proposta em face do paciente, considerando que a sua conduta narrada na denúncia se revela atípica, uma vez que não se subsume ao delito de estelionato (art. 171 do CP), bem como em face da ausência de justa causa no tocante ao delito descrito no art. 19 da Lei n.º 7.492/86. 7. Ordem concedida”¹⁵³.

TRF1: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. POSSIBILIDADE. JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA ÍNDICIOS MÍNIMOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA 1. O trancamento da ação penal pela via do habeas corpus somente é autorizado na evidência de uma situação de excepcionalidade, vista como “a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas” (HC 110698 - STF). 2. Imputa-se ao paciente a conduta do art. 40 da Lei n. 9.605/1998 porque segundo a denúncia teria causado dano direto à Floresta Nacional de Roraima, através da destruição de 1,38 hectares de floresta nativa em seu interior, sem a autorização do Órgão Ambiental competente. 3. O relatório de fiscalização do órgão ambiental, no qual está embasada a denúncia, informa que apenas

153 BRASIL. TRF1. Quarta Turma. HC 0059738-89.2016.4.01.0000. Rel. Juiz Fed. Henrique Gouveia da Cunha (Conv.). e-DJF1 de 19/12/2016.

algumas árvores de pequeno porte foram suprimidas e que a vegetação nativa foi destruída por incêndios vindos de outras regiões, sem qualquer participação de ação humana. 4. Ausentes indícios mínimos de materialidade e autoria delitivas, resta evidente a falta de justa causa para a ação penal. 5. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal”¹⁵⁴.

A propósito do tema concernente ao conhecimento do *habeas corpus*, não figura como óbice ao conhecimento do *writ* a circunstância de estar pendente a decisão judicial sobre a ratificação do recebimento da denúncia e, portanto, o fato de as teses veiculadas nesta impetração ainda não terem sido objeto de exame pelo MM. Juízo *a quo*.

Primeiro, porque a fase a que se refere o art. 396 do CPP se presta ao exame das hipóteses de absolvição sumária, e não propriamente à análise da justa causa para o prosseguimento do processo, embora seja permitido ao magistrado revisitar os requisitos de admissibilidade da acusação nesse segundo momento. A idoneidade dos elementos de prova que embasam a acusação deveria ter sido averiguada quando do exame de admissibilidade da denúncia.

Segundo, porque:

STF: “o conhecimento do habeas-corpus nos diversos graus de jurisdição independe de prequestionamento na decisão impugnada: basta que a coação seja imputável ao órgão de gradação jurisdicional inferior, o que tanto ocorre quando esse haja examinado e repellido a ilegalidade aventada, quanto se omite de decidir sobre a alegação da impetrante ou sobre matéria sobre a qual, no âmbito de conhecimento

154 BRASIL.TRF1. Terceira Turma. HC 0025183-17.2014.4.01.0000. Rel. Des. Federal Ney Bello, e-DJF1 22/08/2014.

da causa a ele devolvida, se devesse pronunciar de ofício”^{155_156}

Terceiro, porque já houve recebimento da denúncia formulada em desfavor dos ora pacientes, o que basta para que haja interesse jurídico no trancamento da ação penal¹⁵⁷, especialmente quando a discussão envolve apenas a licitude da prova com base na qual a denúncia se baseou, matéria de ordem pública cognoscível em qualquer grau de jurisdição até mesmo de ofício¹⁵⁸.

De qualquer sorte, mesmo quando se revela incabível o manejo do *habeas corpus* como sucedâneo recursal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem implementado a ordem de *habeas corpus* de ofício para reconhecer a ilicitude de provas obtidas mediante interceptações telefônicas e telemáticas ilegais¹⁵⁹. De qualquer forma, portanto, as ilegalidades adiante suscitadas devem ser corrigidas por meio desta impetração.

Nesses termos, requer a Defesa o conhecimento do presente *Habeas Corpus* para fins de reconhecimento de ilicitude de provas obtidas mediante interceptações telefônicas e telemáticas ilegais, com o consequente desentranhamento destas, nos termos dos artigos 5º, LVI, da CF e 157 do CPP (inadmissibilidade de provas ilícitas), bem

155 BRASIL. STF. Primeira Turma. RHC 82045. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 25/06/2002, DJ 25/10/2002.

156 Também nesse sentido: BRASIL. STF. Primeira Turma. HC 82104. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 06/08/2002, DJ 13/09/2002; e BRASIL. STF. HC-QO 81414. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 23/10/2001, DJ 14/12/2001.

157 Cf., a propósito, BRASIL.TRF1. Quarta Turma. HC 0006229-88.2012.4.01.0000. Rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho. e-DJF1 24/04/2013 PAG 73.

158 Cf., a propósito, BRASIL. TRF1. Terceira Turma. HC 0049827-92.2012.4.01.0000. Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro. e-DJF1 14/09/2012.

159 Nesse sentido, confirmam-se, exemplificativamente, os seguintes precedentes do BRASIL. STJ: BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 160.662/RJ. Rel. Min. Assusete Magalhães. J. 18/02/2014, DJe 17/03/2014; BRASIL. STJ. Quinta Turma. HC 351.407/PR. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. J. 01/12/2016, DJe 14/12/2016; BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 185.443/MG. Rel. Min. Nefi Cordeiro. J. 12/04/2016, DJe 23/05/2016; BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 131.225/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. J. 27/08/2013, DJe 16/09/2013.

como o entendimento firmado nos julgados do **STF** - HC 79191 e do **STJ** - HC 160.662/RJ, HC 351.407/PR, HC 185.443/MG, HC 131.225/SP.

PREJUÍZO: A manutenção de provas ilícitas no processo reitera e agrava a violação dos direitos fundamentais do paciente, transgredidos na obtenção da prova e em sua utilização no feito. Ademais, não conhecer de Habeas Corpus para fins de reconhecimento de ilicitude de provas obtidas mediante interceptações telefônicas e telemáticas ilegais submete o paciente às gravosas consequências da instauração do processo penal - exposição de sua intimidade e privacidade, impactos midiáticos, de estigmatização e custos financeiros - com base em elementos probatórios ilícitos.

PREQUESTIONAMENTO: O não conhecimento de Habeas Corpus para fins de reconhecimento de ilicitude de provas obtidas mediante interceptações telefônicas e telemáticas ilegais viola frontalmente os artigos 5º, inciso LVI, da CR/88 e 157 do CPP (inadmissibilidade de provas ilícitas), bem como o entendimento firmado nos julgados do STF - HC 79191 e do STJ - HC 160.662/RJ, HC 351.407/PR, HC 185.443/MG, HC 131.225/SP.

32. AGENTE INFILTRADO E PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A tese foi apresentada em defesa de Executivo do ramo de engenharia em processo relacionado à suposta fraude à licitação, no qual foi imputado a ele o delito previsto no art. 90 da Lei n° 8.666/1993. A tese em questão discorre sobre a ilicitude das provas produzidas por agente infiltrado, visto que estas foram produzidas em violação ao disposto nos arts. 10 e 11 da Lei n° 12.850/2013, inobservado os parâmetros estipulados para o referido método de produção de provas, violando, assim, o princípio da não autoincriminação.

O instituto do agente infiltrado, por vezes denominado agente encoberto, foi introduzido e regulamentado na legislação brasileira através da Lei n.º 12.850/2013, em seus artigos 10 a 14, e dentre os quais previu-se o seguinte:

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, **será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.**
(Destacou-se)

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a **demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.**
(Destacou-se)

Embora a Lei nº 12.850/2013 preveja a possibilidade de infiltração de agentes, nela não se conceituou o que seja o agente infiltrado.

Assim, a questão permaneceu em aberto para discussão na doutrina e nos Tribunais. Até que, em 2019, o Supremo Tribunal Federal definiu um parâmetro de distinção entre a infiltração de agente policial e o trabalho de agente de inteligência, nos seguintes termos:

STF: (...) em essência, **a distinção entre agente infiltrado e agente de inteligência (a)** se dá em razão da **finalidade e amplitude de investigação**. Enquanto “agente de inteligência” tem uma função preventiva e genérica, buscando informações de fatos sociais relevantes ao governo, o “agente infiltrado” possui finalidades repressivas e investigativas, visando à obtenção de elementos probatórios relacionados a fatos supostamente criminosos e organizações criminosas específicas.

Na doutrina, afirma-se que “o agente infiltrado pode ser entendido como o funcionário de investigação criminal ou um terceiro (subordinado à polícia) que atua ocultando sua qualidade, visando conquistar a confiança dos possíveis criminosos e, conseqüentemente, à obtenção de provas que possam incriminá-los” (GONÇALVES, Vinícius A. **O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional**. Arraes, 2014. p. 12).¹⁶⁰

Para que o agente policial realize o trabalho de agente infiltrado, ou seja, para que faça a colheita de provas acerca de supostas infrações penais específicas através da interação com os investigados, é necessária a prévia autorização judicial. E não se trata de uma

160 BRASIL. STF. Segunda Turma. HC 147.837. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 26/02/2019, DJe-138 P. 26-06-2019. Trecho do voto do Exmo. Ministro Relator, que foi acompanhado à unanimidade pelos demais Ministros que participaram do julgamento. Todos os destaques no original.

autorização que concede “carta branca” ao agente infiltrado para atuar como quer. A legislação prevê especificamente a necessidade de delimitação já no próprio requerimento da medida investigatória, a fim de que seja discriminado o alcance das tarefas dos agentes a serem infiltrados, conforme artigo 11 da Lei n.º 12.850/2013.

Há, portanto, uma série de requisitos que servem de garantia ao cidadão¹⁶¹, para que ao Estado não seja permitido simplesmente infiltrar agentes em meio a atividades lícitas, violar indevidamente a privacidade dos cidadãos e utilizar tais informações em processos judiciais de natureza criminal. Em resumo: a interação entre agentes de Estado e cidadãos no âmbito de investigações/processos criminais específicos é excepcionalíssima e depende, sempre, de prévia autorização judicial com a delimitação das tarefas dos agentes.

Não é, entretanto, o que se vê no caso.

Conforme se depreende do Relatório de fls. (...), intitulado “INFORME POLICIAL (...)”, no presente caso, os agentes de Polícia Federal agiram verdadeira e inequivocamente como agentes infiltrados, sem que tivesse qualquer autorização para tanto.

O requisito citado pelo STF para que se caracterize a infiltração é o seguinte: que a investigação seja sobre fatos específicos, ou seja, que seja feito o levantamento dos dados se dê sobre um caso particular, delimitado. Esse requisito, claramente, se encontra presente no caso, pois a investigação tinha amplitude restrita, tratando de circunstâncias/conduitas discriminadas e sobre indivíduo certo.

161 Assim, pela gravidade e caráter intrusivo da medida, exige-se, além da autorização judicial, a imprescindibilidade de sua aplicação no caso concreto. Nesse sentido, conferir: “(...) a medida de infiltração policial, por ser a mais gravosa atividade de investigação, seja do ponto de vista do investigado ou do infiltrado, somente pode ser deferida se nenhuma outra medida investigatória tiver resultado em sucesso para a elucidação de fatos relacionados aos crimes possivelmente cometidos pelo grupo organizado” (SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 84-85). No mesmo sentido: ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no processo penal: os critérios de suficiência probatória, sua sistematização e a aplicabilidade do proof beyond a reasonable doubt no Brasil*, 2021. Tese-(doutorado em Direito Processual Penal) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021, p. 219.

Ademais, de acordo com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no citado precedente:

STF: “a partir do momento em que passou a obter a confiança de membros de um grupo específico e a obter elementos probatórios com relação a fatos criminosos concretos, o agente caracteriza-se como infiltrado, e isso pressupõe a autorização judicial, que deveria ter sido requerida aos órgãos competentes.”¹⁶²

No caso, os agentes policiais se passaram por outras pessoas para adquirir a confiança de terceiros indivíduos e, assim, levantar as supostas informações que colocaram no “Informe Policial (...)”.

A ilicitude do documento é de tal forma clara que os policiais citam, em determinado ponto, a utilização de uma “estória de cobertura”, indicando claramente que se infiltraram e, agindo acobertados, buscaram levantar informações específicas que seriam levadas ao Inquérito Policial e, futuramente, ao Processo Penal ora tratado.

Não bastasse o contato com outros indivíduos acerca dos fatos em apuração, o Agente Encoberto, utilizando-se de sua “estória de cobertura”, chegou até mesmo a falar com o Defendente, conforme demonstra o excerto do relatório:

[print excluído para preservação do caso]

A situação descrita constitui tamanho absurdo, que o Agente Encoberto “estabeleceu contato” – leia-se: INTERROGOU – um cidadão que àquela altura já era investigado, sem que ao investigado fosse dada ciência de que falava com um Policial Federal, sem que ao investigado fosse dada ciência de que estava falando na condição de investigado, sem que ao investigado fosse dada ciência de qual o objeto

162 BRASIL. STF. Segunda Turma. HC 147.837. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 26/02/2019, DJe-138 P. 26-06-2019. Trecho do voto do Exmo. Min. Rel., que foi acompanhado à unanimidade pelos demais Ministros que participaram do julgamento. Todos os destaques no original.

da investigação e, não menos importante, sem que ao investigado fosse dada ciência do seu direito de permanecer calado.

Para além da já evidente violação ao disposto nos artigos 10 e 11 da Lei n.º 12.850/2013, a “Informação Policial (...)” configura clara e inequívoca prova ilícita por desrespeito ao princípio da vedação à autoincriminação, conhecido por princípio do *nemo tenetur se detegere* e expressamente previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República.¹⁶³

De toda sorte, o documento “Informação Policial (...)” foi produzido em completa desconformidade à Constituição e à legislação, porquanto os agentes policiais tenham indevidamente se infiltrado e, utilizando-se de “estórias de cobertura”, conquistado a confiança de diversos indivíduos para levantar informações quanto ao objeto da investigação, ilicitamente colhendo diversos depoimentos e inclusive interrogando o Defendente.

Por último, não se diga que a figura do agente infiltrado somente é aplicável quando suposta a prática do delito de organização criminosa, questão também enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no citado *Habeas Corpus*. Como bem assentado pelo STF, os institutos processuais previstos na Lei n.º 12.850/2013, não apenas a delação premiada, mas também a figura do agente infiltrado, seguem ao regramento previsto naquela Lei, ainda que não se trate de investigação de organização criminosa. A propósito:

STF: Ainda que se sustente que os mecanismos excepcionais previstos na Lei 12.850/13 sejam cabíveis somente nas persecuções de delitos relacionados a organização criminosas nos termos definidos pela referida legislação, **não se pode negar que os procedimentos probatórios nela regulados devem ser respeitados, por analogia, em casos de omissão legislativa.** Na doutrina, em casos de “inovações

163 Constituição da República. “Art. 5º: (...) LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”.

investigatórias”, ou seja, utilização de meios de investigação não totalmente regulados na Lei, afirma que “somente são toleráveis, sem regulamentação legal exauriente, medidas análogas ou extensíveis a outras já incorporadas ao ordenamento jurídico, analogia ou extensão essas a serem explicitadas na fundamentação do ato que determine cada medida” (...).¹⁶⁴

Diante do exposto, a Defesa requer a declaração da ilicitude da “Informação Policial (...)”, juntado às fls. (...), por desconformidade ao disposto nos artigos 10 e 11 da Lei n.º 12.850/2013 e violação ao princípio da vedação à autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) expressamente previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição da República de 1988, com o consequente desentranhamento da “Informação Policial (...)” e de todos os elementos derivados.

PREJUÍZO: A utilização de técnicas ilegais de infiltração policial enseja a ilicitude de provas, face a violação de garantias individuais e direitos fundamentais. Especificamente, in casu, a oitiva, sem dar ao Defendente ciência de sua condição, inviabilizou o exercício do direito ao silêncio, a não autoincriminação e a ampla defesa, em prejuízo ainda de seus direitos à intimidade e privacidade, tendo em vista as gravosas consequências da instauração do processo penal.

PREQUESTIONAMENTO: A infiltração de agente policial, através de “estória de cobertura”, para conseguir dados acerca de e junto a indivíduo investigado, constitui prova ilícita por violação aos artigos 10 e 11 da Lei 12.850/2013, ao artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República e ao precedente do STF: HC 147.837.

164 BRASIL. STF. Segunda Turma. HC 147.837. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 26/02/2019, DJe-138 P. 26-06-2019. Trecho do voto do Exmo. Min. Rel., que foi acompanhado à unanimidade pelos demais Ministros que participaram do julgamento. Todos os destaques no original.

33. NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

A tese foi apresentada em defesa de Executivo do ramo de engenharia em processo relacionado à suposta fraude à licitação, no qual foi imputado a ele o delito previsto no art. 90 da Lei n.º 8.666/1993. A tese em questão discorre sobre a violação ao princípio do juiz natural diante da incompetência da justiça estadual para o julgamento do processo.

Segundo a denúncia, o Defendente, junto aos demais acusados, teria fraudado a Licitação (...), cometendo assim o delito tipificado no artigo 90 da Lei n.º 8.666/1993. Referido procedimento licitatório, contudo, tinha por objeto a aplicação de recursos provenientes de repasses do FUNDEB e do PNATE.

De fato, como afirmado pelo Ministério Público Estadual, o setor educacional é destinatário de verbas repassadas não apenas pelo Estado, mas também pela União. No caso específico do Processo Licitatório (...), a verba é oriunda do FUNDEB, Fundo de Manutenção e Desenvolvimento e de Valorização dos Profissionais da Educação, e do PNATE-FNDE, Programa Nacional de Transporte Escolar. Os contratos constantes do Apenso (...), Volume (...) e preveem:

As despesas decorrentes do presente contrato serão provenientes de recursos consignados no orçamento da Secretaria Municipal de Educação e correrão à conta da seguinte programação orçamentária:

- (...) – ficha a.
- (...) – ficha b.
- (...) – ficha c.
- (...) – ficha d.

As fichas acima identificadas estão detalhadas no Quadro de Detalhamento de Despesas do Município, correspondente ao

respectivo exercício. Na página (...) do Quadro, nas despesas referentes à Secretaria Municipal de Educação, a ficha b tem por fonte o FUNDEB e a ficha c o FNDE-PNATE.

Logo, é indiscutível que o Processo Licitatório (...) tinha por objeto a aplicação de recursos provenientes de repasses do FUNDEB e do PNATE. Aliás, conforme previsto na denúncia e já transcrito, o próprio Ministério Público Estadual reconhece a existência de verbas da União nos repasses para o setor educacional.

O FUNDEB foi criado pela Emenda Constitucional nº 53/2006 em substituição ao FUNDEF e recebe aportes de recursos da União no valor correspondente a 10% da contribuição total dos Estados e Municípios de todo o país. Não bastasse, o FUNDEB é planejado, coordenado e monitorado pelo FNDE, Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, uma autarquia federal¹⁶⁵ e o PNATE, por sua vez, é um programa instaurado no âmbito do Ministério da Educação e executado pelo FNDE, conforme artigo 2º da Lei n.º 10.880/2004¹⁶⁶.

A suposta malversação de verbas oriundas do FUNDEB e do PNATE e sujeitas ao controle do FNDE, uma autarquia federal, tem como consequência necessária a competência da Justiça Federal para processamento do feito, a teor do Enunciado da Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça:

STJ: Súmula 208 - Compete a Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.¹⁶⁷

165 O FNDE foi criado pela Lei n.º 5.537/1968, que dispõe: “Art. 1º É criado, com personalidade jurídica de natureza autárquica, vinculado ao Ministério da Educação e Cultura, o Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação (FNDE).”

166 “Art. 2º Fica instituído o Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar - PNATE, no âmbito do Ministério da Educação, a ser executado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, com o objetivo de oferecer transporte escolar aos alunos da educação básica pública, residentes em área rural, por meio de assistência financeira, em caráter suplementar, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, observadas as disposições desta Lei”.

167 BRASIL. STJ. Terceira Seção. Súmula 208. J. 27/05/1998, DJ 03/06/1998.

Conforme determinado de maneira expressa pela Constituição da República, compete aos juízes federais processar e julgar as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

Em termos claros e precisos: a Licitação (...), supostamente fraudada, tinha por objeto a contratação de transporte escolar com verbas oriundas do FUNDEB e do PNATE que, além de serem compostos por verbas da União, ainda são geridos por uma autarquia federal, qual seja, o FNDE e, portanto, a competência para conhecer e julgar eventuais crimes que atinjam verbas da União, além de fundos e programas de Autarquia Federal, é da Justiça Federal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona e, desde 2012, portanto desde antes mesmo da instauração deste Processo Criminal, entende que casos como este estão sujeitos à competência da Justiça Federal:

STJ: “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal” (Súmula 208/STJ). Sujeitam-se à prestação de contas “perante órgão federal” os recursos repassados por conta do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE.¹⁶⁸

168 BRASIL. STJ. Terceira Seção. CC 134.071/BA. Rel. Min. Newton Trisotto (Des. Convocado do TJ/SC). J. 27/05/2015, DJe 03/06/2015.

STJ: Conforme se extrai dos autos, versa a controvérsia em saber se a competência para processar e julgar a causa é da Justiça Federal ou da Justiça Estadual tendo em vista que os valores supostamente desviados são provenientes do FUNDEB, cuja fiscalização é feita pelo Ministério da Educação por intermédio do Fundo Nacional de Desenvolvimento de Educação FNDE, autarquia federal. Este Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que evidencia-se o interesse da União na causa toda vez que houver malversação de verbas oriundas do FNDE, uma vez que as entidades que recebem esses recursos devem prestar contas ao órgão federal.¹⁶⁹

STJ: 10 FUNDEF - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, atende a uma política nacional de educação (artigo 211, § 1º, parte final).

2. A teor do disposto no artigo 212, caput, da Carta Magna, “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”

3. A malversação de verbas decorrentes do FUNDEF, no âmbito penal, ainda que não haja complementação por parte da União, vincula a competência do Ministério Público Federal para a propositura de ação penal, atraindo, nessa hipótese, a da Justiça Federal, bem como o controle a ser exercido pelo TCU, conforme dispõe o artigo 71 da CR/88.

4. Evidenciado o interesse da União frente à sua missão constitucional na coordenação de ações relativas ao direito fundamental da educação, principalmente por tratar-se de fiscalização concorrente entre entes federativos, a competência é da Justiça Federal, sendo nula a sentença condenatória proferida por

169 BRASIL. STJ. Conflito de Competência nº 152.087 - GO (2017/0096765-3). Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. P. 24/05/2017. Trecho da decisão.

Juízo Estadual, a teor do disposto no artigo 5º, III, da Carta Republicana.¹⁷⁰

STJ: Após o julgamento do CC nº 119.305/SP, a Terceira Seção desta Corte, mudando a jurisprudência até então pacificada, passou a entender ser da competência da Justiça Federal a apuração, no âmbito penal, de malversação de verbas públicas oriundas do FUNDEF, independentemente da complementação de verbas federais, diante do caráter nacional da política de educação, o que evidencia o interesse da União na correta aplicação dos recursos” (CC 123.817/PB, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Seção, julgado em 12/09/2012, DJe 19/09/2012). No mesmo sentido o HC 218.921/PI, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 25/03/2014, DJe 02/04/2014 e RHC 76.444/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017. Interpretação do STF nas áreas cível e penal: ACO 1.109-SP e PETIÇÃO 4.885-SP.¹⁷¹

STJ: 2. Independentemente de repasse ou não de recursos federais ao município, a malversação de verbas decorrentes do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF enseja o interesse da União, diante da sua competência constitucional em prol do direito à educação, a evidenciar, desse modo, a competência da Justiça Federal.

3. Na hipótese em apreço, existe flagrante ilegalidade pois a Justiça estadual processou e julgou o feito, não obstante os recursos serem oriundos do FUNDEF.¹⁷²

STJ: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO/DESVIO DE VERBAS DO FUNDEF/

170 BRASIL. STJ. Terceira Seção. CC 119.305/SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Des. Convocado do TJ/RJ). J. 08/02/2012, DJe 23/02/2012. Ementa parcial.

171 BRASIL. STJ. Quinta Turma. AgRg no HC 366.707/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. J. 17/08/2017, DJe 29/08/2017. Ementa parcial.

172 BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 198.023/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. 10/12/2013, DJe 26/02/2014. Ementa parcial.

FUNDEF. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CARÁTER NACIONAL DA POLÍTICA DE EDUCAÇÃO. INCORPORAÇÃO AO PATRIMÔNIO MUNICIPAL. IRRELEVÂNCIA. COMPETÊNCIA FEDERAL. ALEGADA PARTICIPAÇÃO DO ATUAL PREFEITO MUNICIPAL. AFASTAMENTO PELA CORTE REGIONAL. PEDIDO DE TRANCAMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA E FALTA DE JUSTA CAUSA. TEMAS QUE DEMANDAM REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA.

1. “Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de complementação de verba federal aos recursos do FUNDEF, como no caso dos autos, resta evidenciada a competência da Justiça Federal para analisar possível desvio, bem como fiscalização pelo Tribunal de Contas da União” (HC 148.138/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 02/08/2011, DJe 29/08/2011). Ademais, “independentemente de repasse ou não de recursos federais ao município, a malversação de verbas decorrentes do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF enseja o interesse da União, diante da sua competência constitucional em prol do direito à educação, a evidenciar, desse modo, a competência da Justiça Federal” (HC 198.023/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 26/02/2014). Portanto, não há como afastar a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito.¹⁷³

O processamento do feito e possível prolação de sentença por juízo incompetente constitui afronta direta ao princípio do juízo natural, expressamente previsto no artigo 5º, LIII, da Constituição da

173 BRASIL. STJ. Quinta Turma. RHC 76.444/BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. J. 01/06/2017, DJe 09/06/2017. Ementa parcial.

República¹⁷⁴ e gera nulidade de todo o processo. Tal princípio consiste em garantia imprescindível das partes, a qual abarca, inclusive, o direito a um julgamento imparcial:

A posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se na ideia reitora do princípio do juiz natural — garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição — que consiste na combinação de exigência da prévia determinação das regras do jogo (reserva legal peculiar ao devido processo legal) e da imparcialidade do juiz, tomada a expressão no sentido estrito de estarem seguras as partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido a priori a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõe durante o processo¹⁷⁵. [...] O escopo ou a finalidade da garantia do juiz natural é assegurar a imparcialidade do julgador, ou melhor, o direito de todo e qualquer acusado ser julgado por um juiz imparcial. [...] Sendo a neutralidade do juiz apenas um mito, a predeterminação do juiz competente, enquanto órgão julgador e enquanto pessoa física que irá julgar, torna-se ainda mais relevante¹⁷⁶.

A competência em razão da matéria (*ratione materiae*), como no caso, é absoluta, e sua violação implica inafastável incompetência do juízo, por violação direta ao texto da Constituição da República, em seu já citado artigo 109, inciso IV, causando nulidade de todo o processo.

Ademais, não se pode perder de vista que na denúncia imputa-se ao Defendente a prática dos delitos tipificados nos artigos 90 da

174 “LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”

175 PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 179.

176 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 50-54.

Lei n.º 8.666/1993, 288 do Código Penal e 1º, V, e 2º, inciso I, da Lei n.º 9.613/1998, na forma do artigo 69 do Código Penal. Verifica-se, portanto, uma hipótese de reunião dos processos, por conexão e continência e, destarte, todos os delitos imputados ao Defendente e aos demais denunciados devem ser julgados em um único processo.

Assim, a Defesa requer o reconhecimento da nulidade do processo, desde o oferecimento da denúncia, nos termos do artigo 564, I, do Código de Processo Penal¹⁷⁷, em razão da incompetência da Justiça Estadual para processamento e julgamento do feito, com a consequente remessa dos autos à Justiça Federal, juízo natural e constitucionalmente previsto para a causa.

PREJUÍZO: A violação ao princípio do juiz natural, impediu que o Defendente fosse julgado por um juiz competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei.

PREQUESTIONAMENTO: A Justiça Estadual é incompetente para processar e julgar suposta fraude a licitação que tenha por objeto a aplicação de recursos oriundos do FUNDEB e do PNATE, fundos e programas geridos pelo FNDE, por força do disposto no artigo 109, IV, da Constituição da República e no Enunciado da Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça, e o processamento do feito por juízo incompetente constitui nulidade por força dos artigos 5º, LIII, da Constituição da República, e artigo 564, I, do Código de Processo Penal.

177 “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;”

PARTE II – TESES DE MÉRITO

34. AÇÃO NEUTRA: ATIPICIDADE DOS FATOS IMPUTADOS SOB O ARTIGO 2º, V, DA LEI 8.137/90

A tese foi apresentada em defesa de Executivos de Empresa do ramo de tecnologia em uma apuração sobre supostos crimes tributários. Como dirigentes de empresa criadora do software de emissão de cupom fiscal utilizado por diversas sociedades empresariais, lhes foram imputados os delitos descritos no art. 1º, II e V, e art. 2º, V, da Lei nº 8.137/1990. A tese em questão sustenta a atipicidade objetiva da ação dos desenvolvedores do software, por se tratar de conduta de risco permitido, caracterizando-se, assim, como ação neutra, ainda que terceiros utilizem do programa para fins ilícitos.

O Ministério Público atribuiu aos defendentes a prática de divulgação de programa de processamento de dados para uso em Emissor de Cupom Fiscal (ECF) o qual permitiria ao sujeito passivo da obrigação tributária a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. Assim o seguinte excerto da denúncia (fl...):

[print excluído para preservação do caso]

Conforme a narrativa ministerial, a “Sociedade Empresarial (...)” dirigida pelos Defendentes seria, em tese, desenvolvedora de aplicativo para fins de emissão de cupons fiscais, o qual possuiria uma janela de preenchimento manual, que em última análise, possibilitava ao sujeito passivo da obrigação tributária o registro da venda de mercadorias sem a emissão de cupom fiscal. Entretanto, como se verá a seguir, nada há de ilícito no *software* desenvolvido pelos Defendentes.

Antes do mais, necessário compreender o que é a janela de preenchimento manual e qual a sua finalidade. Trata-se de recurso que permite a continuidade de vendas em casos de defeitos com o Emissor de Cupom Fiscal - ECF.

Isso porque o funcionamento do aplicativo em sua forma standard somente opera uma vez localizado o Emissor de Cupom

Fiscal. Quando este é danificado e encaminhado para manutenção, a continuidade das vendas passa a ser registrada manualmente por meio dessa janela. Assim o depoimento de (...) em seu interrogatório em Audiência de Instrução e Julgamento:

[print excluído para preservação do caso]

Destaca-se que essa janela de preenchimento manual não é uma criação espontânea e maliciosa dos Defendentes, mas trata-se de verdadeira exigência legal, definida no requisito 17 do Roteiro de Análise Funcional emitido pela Secretaria da Fazenda.

Até 2008, caso a impressora fiscal ou o emissor de cupom fiscal apresentasse problemas ou defeitos, a respectiva loja simplesmente teria de parar de registrar e emitir os cupons fiscais ou utilizava o antigo talão CDL. A partir de 2009, a Receita Federal passou a incluir no roteiro de análise para aprovação de aplicativos e softwares fiscais a criação de um mecanismo manual para a inserção de nota fiscal, sem a emissão de cupom fiscal (Requisito 17 do roteiro de análise da Receita Federal). Assim, na hipótese em que uma empresa se depara com um emissor de cupom fiscal danificado e precisa encaminhá-lo para manutenção, é possível continuar a realizar vendas por meio da digitação de notas fiscais, a chamada inserção manual. Note-se que a tela de inserção manual, na forma do requisito 17 do roteiro de análise da Receita Federal, é requisito que deve ser cumprido por todo e qualquer software, não se tratando de recurso exclusivo do programa desenvolvido pela “Sociedade Empresarial (...)”.

O aplicativo (...), desenvolvido pela “Sociedade Empresarial (...)” foi devidamente homologado conforme o Laudo de Análise Funcional de PAF-ECF - versão 1.3 - agosto/2009 n° (...) emitido pela POLIMIG, órgão técnico credenciado pelo CONFAZ para a homologação de aplicativos fiscais (fls...).

Não apenas se encontra devidamente inspecionado e homologado pela autoridade competente, como no próprio Laudo de homologação contam observações que demonstram a verificação e conhecimento da existência dessa janela pela POLIMIG (fls...):

[*print excluído para preservação do caso*]

A disponibilização de tela de registro manual para as hipóteses de inoperabilidade do ECF é exigência legal definida entre as exigências de roteiro de execução do aplicativo do CONFAZ, de modo que essa janela é necessária para a homologação e conformidade do aplicativo à ordem jurídica.

Nesse sentido, o esclarecedor depoimento de (...) em sede de seu interrogatório:

[*print excluído para preservação do caso*]

Os fatos descritos, em sua feição jurídica, revelam-se como um quadro de risco permitido o que, em nível de imputação objetiva, afasta o tipo penal.

Atualmente, a análise do tipo objetivo de determinada conduta se divide em dois aspectos: o desvalor da ação e o desvalor do resultado.

Por um lado, no presente caso, aparentemente verifica-se um claro resultado lesivo a bem jurídico protegido, resultante da sonegação tributária que teria sido realizada por estabelecimentos comerciais que utilizavam o *software* em análise.

Por outro lado, contudo, esse resultado lesivo não pode ser atribuído aos Defendentes. Isso porque suas ações de desenvolvimento e comercialização de *software* lícito e devidamente homologado pela Receita Federal, em inteira conformidade com os requisitos do roteiro de análise da própria Receita, encontram-se dentro do risco permitido e não passam de ações neutras.

Os Defendentes, desenvolvedores do *software*, atuaram conforme à legalidade e aos parâmetros de risco permitido, exercendo uma atividade não apenas aceita pelo ordenamento, mas verdadeiramente cumprindo estritamente as exigências das normas da Secretaria da Fazenda e os requisitos por ela determinados para a homologação do *software*.

Nunca é demais reiterar que a inserção no *software* de janela de preenchimento manual era uma obrigação normativa, estabelecida pelas normas técnicas da Secretaria da Fazenda e CONFAZ. A

homologação pela POLIMIG apenas comprova que as condutas dos Defendentes no desenvolvimento do aplicativo eram permitidas e conformes à ordem jurídica.

De tal sorte, não é possível atribuir a eles o resultado da sonegação realizada por terceiros, os quais desviaram arbitrariamente a utilidade do aplicativo para, de forma autorresponsável e completamente independente dos Defendentes, deixarem de adimplir suas obrigações tributárias¹⁷⁸. Note-se que a previsão de uma janela de inserção manual não apenas é exigência legal, como cumpre uma utilidade legítima de grande importância, viabilizando às empresas que utilizam o programa a darem continuidade às suas vendas, registrando os dados correspondentes para posterior encaminhamento ao fisco.

Reitere-se que a existência de janela de preenchimento manual não é instrumento de sonegação, pelo contrário. É uma forma de permitir o registro de vendas e, dessa forma, assegurar a informação contábil real para apresentação ao fisco. Conforme descrito anteriormente, quando inoperante o ECF, o aplicativo permite que seja realizado o preenchimento dos dados de venda nesta janela, dados estes que ficam registrados em um relatório do PAF SEF. Para demonstração dessa função do aplicativo, a Defesa juntou às fls. (...) um arquivo texto demonstrando o registro de informações referentes a Notas Fiscais emitidas manualmente pelo PAF, conforme requisito XVII, item 53, teste 17.

É obrigação das empresas que utilizam o aplicativo realizarem a declaração dos dados registrados nesses relatórios, apresentando para a Receita também as Notas Fiscais emitidas manualmente por meio do PAF. Contudo esse dever incumbe apenas ao sujeito passivo da obrigação e de forma alguma se estende aos Defendentes, meros fornecedores de *software* devidamente credenciado e homologado pela Fazenda Nacional. Uma vez vendidos os aplicativos devidamente homologados e conformes à ordem jurídica, encerram-se os deveres

178 Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. par. Diego Manuel Luzón Peña. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas, 2014. P. 293.

dos desenvolvedores. A partir desse ponto, alterações e usos inadequados do produto pelos adquirentes apenas a eles lhes compete.

Assim, no presente caso, a sonegação é fato ilícito alheio, resultante da conduta delitiva de terceiros que deixaram de cumprir suas obrigações legais e, após o preenchimento de dados na janela de inserção manual não encaminharam as documentações ao fisco. A utilização maliciosa do *software* e posterior descumprimento de obrigações tributárias de terceiros não torna o desenvolvimento do programa em si em um ilícito. Trata-se de conduta conforme ao risco permitido e sem qualquer sentido delitivo. Conforme lição de FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO:

O tipo, como expressão esquemática da ação ilícita, contém: a) a proibição da conduta descrita, ou seja, o elemento valorativo que espelha o seu conteúdo material e atua como fator limitativo do juízo de adequação típica (as ações ou omissões ético-socialmente permitidas não podem estar abrangidas por um modelo de conduta proibida); b) a modelagem, a descrição da conduta proibida, isto é, o aspecto fático sobre que incide a valoração da proibição da norma. Esse aspecto fático compõe-se de elementos objetivos e subjetivos (O termo fático está aqui empregado com o sentido de relativo a fenômenos que podem ser objeto de observação e descrição)¹⁷⁹.

Em outros termos, a conversão da utilidade do aplicativo para uma finalidade delitiva é fato que compete tão somente a terceiros, não podendo ser atribuída aos Defendentes.¹⁸⁰ Além de se tratar de um recurso legalmente exigido e que cumpre finalidades legítimas, não

179 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.84/85.

180 BRENER, Paula. *Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice*. São Paulo: Marcial Pons, 2021. p. 172 e ss.

há qualquer dever legal que imponha aos desenvolvedores de *software* a fiscalização contábil dos indivíduos ou empresas que adquirem os seus produtos, não havendo sequer previsão legal que lhes permita acessar os livros contábeis dessa empresa ou adotarem qualquer medida sobre as suas esferas de organização.

Vale observar que o crescente desenvolvimento da sociedade com a implementação de novas tecnologias e pela formação de uma rede de relações negociais global apresenta uma complexidade que desafia o Direito Penal. As relações jurídicas interpessoais passam a realizar-se em massa, muitas vezes intermediadas por sociedades empresariais articuladas em longas cadeias de fornecimento. Em tal cenário, a ocorrência de delitos usualmente ocorrerá em um contexto marcado pela interação causal de diversos indivíduos e pessoas jurídicas¹⁸¹. Diante desse quadro, a pura e simples responsabilização causal de toda conduta que possa possibilitar ou favorecer o fato delitivo alheio representaria uma insuportável restrição à liberdade individual e profissional dos indivíduos, bem como uma grande barreira ao desenvolvimento e à inovação.

O desenvolvimento de novas tecnologias e produtos necessariamente perpassa pela criação de riscos. Tais riscos, contudo, uma vez criados em conformidade às normas regulamentadoras e homologados pelo Estado são riscos tolerados pela sociedade, permitidos e incentivados por ela, uma vez que trazem consigo inúmeras vantagens econômicas e de melhoria na qualidade de vida das pessoas. Não obstante, sempre haverá quem busque fazer um uso desviado dessas criações para a obtenção de indevidas vantagens pessoais, indivíduos que procuram por brechas e aberturas para fraudar ao fisco e demais formas de regulamentação.

181 Em um exemplo simples, pode-se mencionar o uso de armas de fogo para o cometimento de crimes de homicídio. Atualmente a produção de tais armas é realizada por diversas indústrias e comercializada por diferentes lojas. O emprego por um agente para o cometimento de um ilícito não permite a atribuição de responsabilidade a essas lojas e indústrias, uma vez que tenham exercido sua atividade comercial conforme às normas legais. Da mesma forma no caso de acidentes automotivos, entre outros.

As atividades delitivas desses agentes que se aproveitam de bens e serviços para o cometimento de crimes, contudo, não justificam a proibição da inovação e desenvolvimento, a qual propicia diversas facilidades e utilidades legais para a sociedade em geral.

Aqueles que desviam a utilidade do bem, no caso o *software*, devem ser devidamente identificados e responsabilizados. Nesse sentido, a Receita pode aprimorar e alterar os requisitos exigidos dos desenvolvedores de aplicativos buscando enfrentar o desvio de terceiros. O que não pode ocorrer é a criminalização de desenvolvedores que atuaram estritamente conforme à legalidade, tiveram seu produto certificado e homologado por instituição credenciada pela Secretaria da Fazenda, cumprindo todas as regras e padrões de regulamentação técnica de suas funções.

Por todo o exposto, devem ser absolvidos os Defendentes na forma do artigo 386, III, do CPP, tendo em vista a atipicidade de suas condutas, as quais se desenvolveram conforme os espaços de risco permitido e às regulamentações técnicas, tendo sido devidamente homologadas.

35. ATIPICIDADE OBJETIVA DA CONDUTA DE FRAUDE DE BALANÇO EM FUNÇÃO DA REGULARIDADE DA OPERAÇÃO E DA AUSÊNCIA DE FRAUDE.

A tese foi apresentada em defesa de Empresário do ramo de construção civil em processo relacionado a suposto crime de fraude de balanço, delito contra o sistema financeiro nacional, em função da contratação de mútuo com um Banco, sendo-lhe imputado o delito descrito no art. 10 da Lei nº 7.492/86. A tese em questão demonstra tratar-se de operações reais, lícitas, legítimas e transparentes, de modo a afastar a tipicidade objetiva.

A denúncia imputa ao Defendente suposto crime do artigo 10 da Lei nº 7.492/86, o qual criminaliza a inserção fraudulenta de dados em demonstrativos contábeis de instituições financeiras, de forma a maquiagem seus balanços contábeis.

Descreve então a conduta do Defendente que considerou amoldar-se ao tipo penal nos seguintes termos: “firmou (...) a documentação pertinente à operação nº (...), no valor de R\$ (...), viabilizando assim a inserção de dados falsos nos demonstrativos contábeis do Banco (...)”.

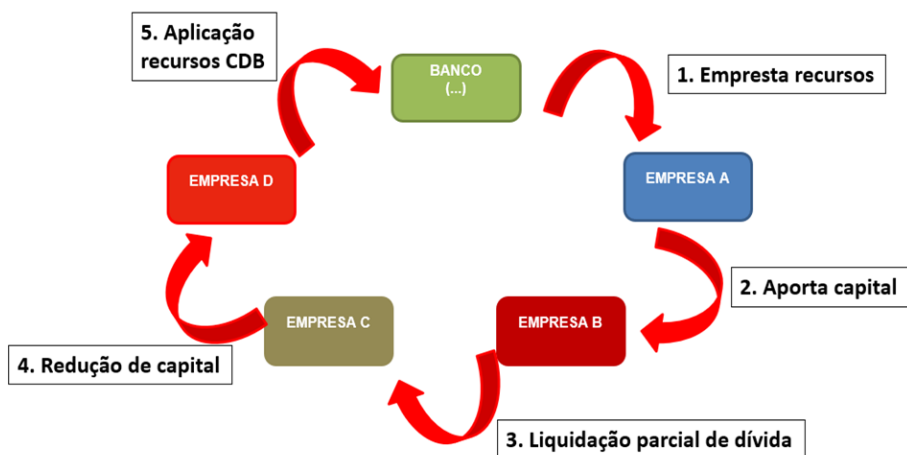
De fato, na condição de sócio da empreiteira “Sociedade Empresarial (...)”, o Defendente firmou o contrato de mútuo com a “Instituição Financeira (...)” (operação nº ...), operação essa inteiramente regular, lícita e transparente, informada a todos os órgãos de controle e fiscalização e registrada oficialmente nos documentos societários do “Grupo Empresarial (...)”.

A operação foi desenvolvida e realizada pelo “Grupo Empresarial (...)” e aprovada pelo Defendente como forma de dar continuidade a um processo de reestruturação societária já em andamento, com a redução de capital social e o adimplemento de saldos entre empresas de um mesmo grupo econômico, de forma a reorganizar participações societárias.

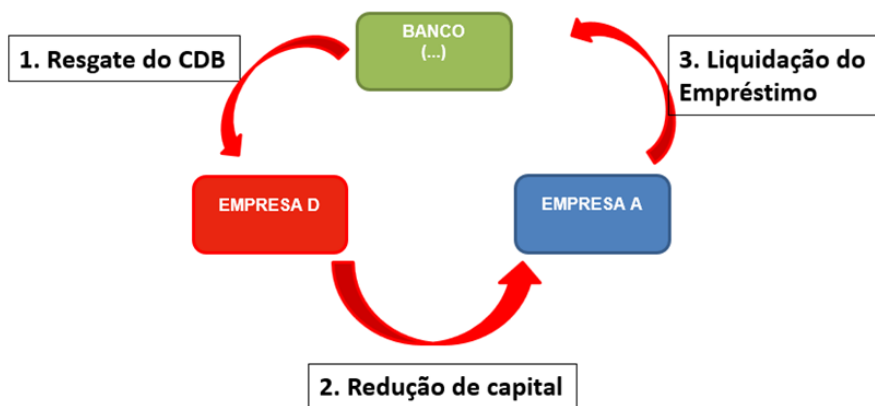
A operação de reestruturação societária proporcionada pelo empréstimo tomado do Banco (...) pode ser descrita em 07 passos:

- **1º PASSO** (28/12/2011): A “Empresa A” toma um empréstimo de 30 milhões de reais com o Banco (...).
- **2º PASSO** (28/12/2011): O empréstimo tomado pela “Empresa A” é integralizado ao capital social na “Empresa B”.
- **3º PASSO** (28/12/2011): A “Empresa B” utiliza-se dos recursos oriundos da capitalização para realizar a liquidação parcial de saldo devido à “Empresa C”.
- **4º PASSO** (28/12/2011): O valor recebido em função da liquidação parcial de dívida permitiu à “Empresa C” realizar uma redução de capital remetendo os recursos para a sua controladora, a “Empresa D”, operação esta que pode ser comprovada conforme a 31ª alteração do Contrato Social (evento ..., p...) e Razão Contábil (evento ..., p...).
- **5º PASSO** (28/12/2011): A “Empresa D” utilizou-se desse valor para realizar a aplicação de capital em CDB.
- **6º PASSO** (01/02/2012): Vencido o prazo de resgate da aplicação, a “Empresa D” resgata a integralidade do saldo de aplicação financeira liquidando parcialmente o saldo de débito da redução de capital social junto à sua controladora “Empresa A”. Essa operação é comprovada pela razão contábil da empresa (evento ..., p...).
- **7º PASSO** (01/02/2012): A “Empresa A” utiliza os recursos para a quitar o empréstimo junto ao Banco (...).

Para facilitar a compreensão das operações realizadas em 28/12/2011, segue abaixo uma apresentação esquematizada:



Da mesma forma, segue a apresentação das operações realizadas em 01/02/2012:



Um terceiro, ao observar essa operação pode se perguntar: por que realizá-la?

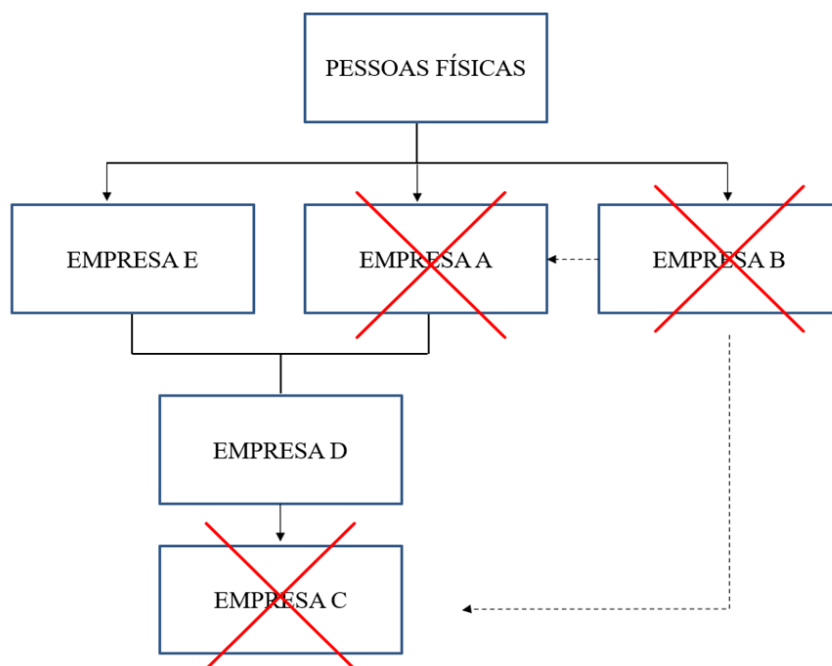
O “Grupo Econômico (...)”, constituído por Sociedades Anônimas de capital fechado, foi estruturado como um grupo familiar, originalmente composto por três sócios que administravam os negócios a partir de Holdings, as quais, por sua vez, eram controladoras de empresas operacionais com diferentes objetos sociais.

Em 2004, o Grupo iniciou processo de reestruturação societária, tendo em vista a saída de dois dos sócios que o conformavam – o primeiro deles por cisão e o segundo por falecimento –, o que tornou necessário reorganizar a Árvore de Participações Societárias do Grupo.

A reestruturação exigiu a gradual redução de capital de empresas do grupo, bem como a quitação de saldos gerados entre as empresas, saldos esses oriundos de operações de redução da capital, aporte de capital e transferência de recursos para o pagamento de despesas.

O processo de reestruturação societária do Grupo se iniciou em 2004 e alongou-se no tempo, tendo culminado na saída da “Empresa A” do quadro societário do Grupo, bem como na extinção das Empresas “B” e “C”.

Demonstra-se abaixo o comparativo das Árvores Societárias do grupo em 2011 e em 2019, o qual evidencia a enorme redução de complexidade no plano das controladoras do grupo (documentos extraídos dos autos – evento ..., p...):



Os primeiros passos no planejamento dessa específica operação para reorganização societária já haviam sido dados em agosto de 2011, momento em que foi aprovado em Assembleia Geral Extraordinária da Empreiteira “Empresa A” a viabilização da operação em análise.

A operação ocorreu em função de uma redução de capital com o cancelamento de ações até então pertencentes à “Empresa A”. Essa redução de capital conferiu liquidez à “Empresa A”, de modo a permitir a reorganização das empresas do grupo, tendo sido determinado na Assembleia o prazo de até um ano para a sua realização (evento ..., p...):

[print excluído para preservação do caso]

A operação com o “Banco (...)” foi especialmente importante ao final do ano de 2011, período em que surgiu para o Grupo uma razão de premente urgência no avanço desse processo: a existência de saldos interempresas foi considerado fato gerador do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros - IOF, gerando a autuação do Grupo Empresarial pela Receita Federal no período em um valor de R\$ (...) (evento... p...).

A apuração do IOF sobre mútuos entre empresas é diária, de forma que o Grupo efetuou cálculos e apresentou demonstrativo financeiro no qual a contratação de um empréstimo viabilizaria a operação financeira de reestruturação societária pretendida, além de reduzir de forma relevante esse saldo de mútuo entre empresas ligadas, base de cálculo de incidência do imposto.

Nesse processo, dando seguimento à reestruturação societária do Grupo e buscando a redução dos saldos interempresas – base de cálculo para o IOF – foi elaborado um plano operacional pela equipe financeira da empresa, a qual apresentou demonstrativo financeiro comprovando a economia de uma operação financeira de mútuo que viabilizasse a redução de saldos para a Empresa naquele momento.

As operações societárias eram interessantes especialmente tendo em vista a redução de participação entre as empresas como forma de

saldar mútuos entre elas, permitindo reduzir a base de cálculo do IOF (saldos interempresas) sem que fosse criado fato gerador.

A redução de capital nada mais é que a troca de um ativo imobilizado por um ativo com liquidez, liberado no caixa. Assim, com a redução de capital, gera-se recurso para aporte na quitação dos saldos entre as empresas sem a criação uma nova hipótese de incidência tributária. Essa troca, portanto, não apenas permitiu o avanço da reorganização societária, como a redução dos saldos existentes entre as empresas sobre os quais o IOF era calculado diariamente.

É claro que toda essa reestruturação lastreada pelo empréstimo com o “Banco (...)” gerou um custo financeiro para as empresas do “Grupo (...)”.

A operação financeira de mútuo realizada com o “Banco (...)” é operação financeira absolutamente regular e normal no mercado financeiro. E foi usada em movimentações de recursos entre empresas do mesmo Grupo Econômico, visando dar viabilidade à extinção de saldos entre empresas desse grupo.

Portanto, trata-se de uma operação societária corriqueira em Grupos Econômicos, que permite a organização das empresas que o conformam de forma segura e transparente. Foi, portanto, uma contratação real e dispendiosa para o “Grupo (...)”.

Não obstante os custos, quando foi elaborado um plano pela equipe técnica financeira e de controladoria do “Grupo (...)” para a quitação ou ao menos redução dos saldos interempresas, foi realizado estudo sobre as vantagens econômicas da operação sobre o débito de IOF, tendo o estudo demonstrado a vantagem da contratação do mútuo.

Diante do estudo apresentado, o plano de reorganização societária foi aprovado pelo Defendente e o “Grupo (...)” passou a buscar uma instituição financeira que viabilizasse os valores nas melhores condições e com a maior urgência possível, tendo em vista o cálculo diário de IOF em face das empresas do Grupo.

Dentre as instituições estudadas, o “Banco (...)” apresentou a melhor proposta, razão pela qual foi escolhido para a contratação.

A Defesa, sempre de forma coerente e corroborada POR TODAS AS PROVAS, reconheceu que solicitou uma proposta a qual gerou uma negociação, inclusive com requerimento por parte do Banco do envio de documentos para a análise do pedido de crédito. Tudo isso devidamente registrado nos e-mails abaixo colacionados.

Assim, negociação ocorreu de forma regular, dentro dos parâmetros de mercado e, inclusive, ficou aquém dos interesses da empresa que demandou um valor de (...), relevantemente superior àquele aprovado para o mútuo. É o que se verifica do seguinte e-mail encaminhado pelo Grupo ao Banco (evento ..., p...):

[print excluído para preservação do caso]

Não obstante a demanda do “Grupo (...)” por um valor muito maior, o “Banco (...)”, em sua análise de crédito sobre o “Grupo (...)”, apenas permitiu que fosse contratado mútuo de (...) reais, o qual, embora insuficiente para a quitação integral dos saldos interempresas, permitiu relevante redução da base de cálculo para o IOF.

Assim, proposta foi firmada em 28 de dezembro de 2011 no valor de (...) e permitiu o início imediato da reestruturação societária do Grupo (...), data na qual o Grupo (...) imediatamente deu início à reestruturação societária. Os fatos foram divulgados nas Empresas do grupo, com os cumprimentos à equipe financeira pelo importante avanço (evento ..., p...):

[print excluído para preservação do caso]

O Ministério Público, em alegações finais (evento ..., p..), desenvolve um raciocínio no sentido de que o “Grupo (...)” teria “consentido em participar de operação financeira que visava, por meio de garantias bancárias (CDB’s) e movimentações irregulares, tão somente inflar a imagem do “Banco (...)” perante o mercado” (evento ..., p...).

Em nenhum momento da instrução há qualquer elemento probatório ou indiciário que aponte a consciência do Defendente de contribuir para “inflar a imagem do “Banco (...)” perante o mercado”.

Pise-se e repise-se, sem receio de sermos repetitivos, o “Grupo (...)” contratou um mútuo regular, com razão comprovada, dentro dos parâmetros legais e arcou com taxas de mercado.

Note-se que o Ministério Público, conforme excerto abaixo colacionado, identifica como objetivo injusto do “Grupo (...)” a “obtenção de um mútuo a taxas mais vantajosas” (evento ..., p...).

Sem entrar no mérito se uma política liberal é mais ou menos adequada ao país, não se pode ignorar que todo e qualquer consumidor legitimamente tente obter preços, taxas e custos menores. O trecho acima pressupõe como ilícita a conduta do Defendente em função de ter optado pela instituição financeira que lhe ofereceu melhores condições para a contratação do mútuo.

Ao Ministério Público não incumbe papel meramente narrativo e a insistente repetição de que o Defendente atuou de forma deliberada ou com consciência do ilícito jamais substituirá o ônus probatório. No caso, guiada por uma postura colaborativa, a Defesa não se resignou com a ausência de comprovação pelo polo ativo, mas trouxe provas documentais e testemunhal que demonstram a licitude da atuação do Defendente.

Além da ausência de provas da acusação, somada às provas que demonstram a inocência do Defendente, podemos, por raciocínio lógico-hipotético, reforçar o descabimento da pretensão ministerial: Se o objetivo fosse inflar os números dos balanços do “Banco (...)”, por óbvio a instituição teria acatado o pedido de empréstimo feito pela “Sociedade Empresarial (...)” no valor de (...). E não o fez, em função da análise de crédito prévia à contratação do mútuo.

A inocência do Defendente é patente e, não por outro motivo, se recusou a aceitar a proposta de Suspensão Condicional do Processo.

Ao ler as alegações finais do Ministério Público, encontramos uma conclusão desconectada da instrução, pois atribui-se uma vantagem ilegítima ao “Grupo (...)” pela contratação do empréstimo. No caso, a operação foi lícita e legítima, totalmente dentro dos parâmetros de mercado, tendo inclusive gerado significativo custo para o grupo empresarial, num valor total aproximado de (...) reais.

Além dos custos, há provas na instrução da ampla mobilização da equipe contábil/financeira da empresa para atender às garantias e aos requisitos formais exigidos pelo Banco. A operação foi lícita, com registro e plena publicidade, informada aos órgãos de controle do Estado e efetivamente gerou alterações societárias e quitação de saldos interempresas.

Os motivos da contratação da operação, além de plenamente razoáveis, estão comprovados, pois, apesar dos custos, a operação viabilizou que o Grupo avançasse em seus objetivos de reorganização societária, trazendo ainda uma redução de mais de (...) reais por ano em dívidas referentes ao IOF.

A iniciativa de buscar a contratação do mútuo partiu da própria “Empreiteira (...)”, que procurou o “Banco (...)” e outras instituições e somente efetivou a contratação após identificar a instituição que ofereceu as melhores taxas e condições, fatos que são totalmente corroborados por prova documental (evento ..., p...):

[print excluído para preservação do caso]

As provas documentais estão em plena sintonia com a prova testemunhal e o interrogatório do Defendente em juízo (evento ..., p...):

[print excluído para preservação do caso]

Por todos os elementos comprovados na instrução, está plenamente demonstrada não apenas a boa-fé, quanto a regularidade da atuação do Defendente e do “Grupo (...)”. De modo que, se houve alguma irregularidade, o “Grupo (...)” e o Defendente foram vítimas.

Destaque-se que, quanto aos deveres que tinha como diretor estatutário do “Grupo (...)” – fiscalização e gestão –, o Defendente cumpriu a todos com total diligência, dentro de padrões de integridade, exigindo a apresentação de demonstrativos financeiros, estudos e análises que comprovassem a regularidade da operação proposta pela equipe financeira, bem como os benefícios fiscais que proporcionaria para o Grupo.

Ressalte-se que o artigo 10 da Lei n. 7.492/1986, imputado ao Defendente, prevê como passível de punição o agente que praticar a conduta de “fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação”. No caso, o Defendente:

- Autorizou que os funcionários do Grupo Empresarial buscassem no mercado empréstimo para quitar os saldos entre as empresas.
- **Os saldos eram reais.**
- Autorizou a negociação com diversas instituições financeiras, incluindo o “Banco (...)”.
- **As negociações foram reais.**
- Aprovou a contratação do mútuo com o “Banco (...)” com custos relevantes e aquém dos termos solicitados originalmente pelo “Grupo (...)”.
- **A aprovação foi real.**
- **O mútuo possuía finalidade real e lícita.**
- **O pagamento do custo do empréstimo foi real.**
- O valor obtido pelo empréstimo permitiu a redução dos saldos entre empresas.
- **A redução dos saldos foi real.**
- A redução dos saldos era etapa de reestruturação da árvore societária do “Grupo (...)”.
- **A reestruturação foi real.**
- A movimentação do valor de empréstimo contratado junto ao “Banco (...)” circulou entre as empresas do “Grupo (...)” para a quitação dos saldos.
- **A circulação foi real, transparente, registrada e declarada para todos os órgãos de controle e fiscalização**

Qual a base fática para se imputa rum crime de falso ao Defendente?

Nenhuma, pois, toda a participação do Defendente nos fatos em apuração foi real, comprovadamente verdadeira e atendia a finalidades lícitas do Grupo.

Ademais, a realização da conduta descrita no art. 10 da Lei 7.492/86 requer um agente que possua especial acesso ao Bem Jurídico. Afinal, a conduta de “fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação” em balanços de instituições financeiras somente pode ser realizada por aqueles que possuem acesso e poder de controle a referidos balanços.

No caso, o Defendente é um indivíduo que não compunha os quadros societários de uma Instituição Financeira ou equiparada, mas sim dirigia uma Sociedade Empresarial dedicada ao ramo da construção civil e, diante de finalidades amplamente legítimas e lícitas, contratou um mútuo real, devidamente registrado e realizado conforme todos os tramites legais, com instituição financeira. A sua responsabilização, portanto, decorreria da comunicabilidade das circunstâncias pessoais objetivas, enquanto elementares do crime, nos termos do art. 30 do Código Penal.

Todavia, é inquestionável que a acusação não apenas deixa de capitular a conduta da forma adequada (na forma do art. 29 e 30 do Código Penal), como também sequer se preocupou em demonstrar o cumprimento dos requisitos do concurso de pessoas, que fundamentariam eventual comunicabilidade de circunstâncias.

Como já desenvolvido em tópico anterior à presente tese, é claro que para essa comunicação de circunstâncias é antes necessário demonstrar a ocorrência de um injusto penal por parte de instituição financeira e seus sócios. O que não ocorreu no presente caso.

Ainda que os acusados (...) e (...), que atuavam em nome do “Banco (...)”, tenham aceitado suspensão condicional do processo, não é a acusação isenta do ônus de demonstrar que houve a realização do injusto por parte do sujeito ativo específico do crime próprio, no caso, pelos diretores da instituição financeira.

Nessa esteira, importante salientar que não obstante a possibilidade do “concurso de pessoas” consoante previsto no referido

§ 2º da Lei 7.492/86, não se pode admitir, por óbvio, a PRESUNÇÃO, sem qualquer amparo probatório e ainda contrária ao farto acervo de provas proporcionado pela Defesa.

Por todo o exposto, fica evidente a completa ausência de tipicidade objetiva, uma vez que ficou provado que a conduta do Defendente é regular e não se amolda a qualquer tipo penal. Assim, requer a defesa a absolvição do Defendente, com fulcro no artigo 386, III, do CPP, haja vista o fato de que sua conduta não configura crime.

36. ATIPICIDADE DA CONDUTA: REALIZAÇÃO DE LIMPEZA DE PASTAGEM PERMITIDA PELO ART. 65 DA LEI N° 20.922/2013

A tese foi apresentada em defesa de Empresário do agronegócio em processo que apurava suposto crime ambiental, com a imputação dos delitos previstos nos artigos 40 e 40-A, §1º, da Lei nº 9.605/95. A tese em questão discorre sobre a atipicidade da conduta, uma vez que não se tratava de ação de desmatamento, mas, sim, de limpeza de pastagem permitida.

O Ministério Público acusa o Apelante de ter causado dano direto ou indireto à Unidade de Conservação (Área de Proteção Ambiental...) por meio da supressão de vegetação de floresta estacional semidecidual por meio da destoca mecanizada de formação florestal, sem possuir autorização do órgão ambiental competente, imputando-lhe o delito previsto nos arts. 40 e 40-A, §1º da Lei nº 9.605/1998:

[print excluído para preservação do caso]

No entanto, o que ocorreu de fato foi a realização de uma limpeza de pastagem pelos funcionários do Apelante em área de sua propriedade, atividade permitida pelo art. 65, caput, inciso III, e parágrafo único da Lei nº 20.922/2013¹⁸², em vigor na data dos fatos.

A testemunha “(..), funcionário do Apelante e única testemunha presencial, afirmou em seu depoimento prestado em Audiência de Instrução e Julgamento que **“Isso foi na área lá que a gente foi fazer uma limpeza de pasto”** (AIJ - 02/04/2023 - 19min e 48 segundos - PJE

182 **Lei 20.922/2013**: Art. 65. Ficam dispensadas de autorização do órgão ambiental as seguintes intervenções sobre a cobertura vegetal:
III - a limpeza de área ou roçada, conforme regulamento;
Parágrafo único. Para os fins desta Lei, entende-se por limpeza de área ou roçada a retirada de espécimes com porte arbustivo e herbáceo, predominantemente invasoras, em área antropizada, com limites de rendimento de material lenhoso definidos em regulamento.

Mídias)”, corroborando o depoimento por ele anteriormente prestado em sede policial:

[print excluído para preservação do caso]

Segundo o art. 65 da Lei nº 20.922/2013, não se exige autorização para a realização de limpeza de área ou roçada. Tal dispensa de autorização se dá independente da área ser APA ou não. Restrição mais severa dependeria de previsão em Plano de Manejo APA, que, como se verá ao longo das presentes razões, não foi elaborado.

A limpeza de pastagem realizada consistiu na retirada de espécimes com porte arbustivo e herbáceo em área antropizada de acordo com os limites rendimento de material lenhoso definido em regulamento, nos termos do art. 65 da Lei nº 20.922/2013:

- **A área em questão era antropizada, pois trata-se de propriedade rural do Apelante.**
- **Em relação à qualidade, ao porte da vegetação suprimida e à quantidade de rendimento lenhoso originado da limpeza, não houve o cuidado das autoridades policiais e do r. Perito de realizar as medições e exames necessários *in loco* para delinear essas importantes definições.**

Não obstante o laudo pericial “(...)” (ID... – fls...) conter diversas falhas, ele foi usado como prova da materialidade pelo Exmo. Juízo para condenar o Apelante:

[print excluído para preservação do caso]

E justamente por ter sido usado como prova da materialidade, impressiona fato de que o próprio laudo indica que se tratava **de pastagem e vegetação de porte arbustivo, cuja supressão em limpeza é permitida, sem necessidade de autorização:**

[print excluído para preservação do caso]

A caracterização de crime dependeria da apuração de eventual rendimento lenhoso, ou seja, deveria ter ocorrido o cálculo da quantidade de material lenhoso suprimido na ocasião, o que não foi

apurado, como demonstrado na introdução às teses de mérito, e, se tivesse sido, constataria que não houve extração de madeira.

Ainda que tivesse ocorrido extração de madeira, não se pune o simples fato de haver rendimento lenhoso na limpeza de pastagem, mas somente se torna penalmente relevante quando a extração ultrapassa limite de 18 st/ha/ano ou 8 st/ha/ano, conforme previsto em decreto¹⁸³.

Portanto, o simples fato de existir limpeza com rendimento lenhoso, ainda que realizada em Área de Proteção Ambiental, não implica em existência de crime ambiental, pois se trata de atividade permitida, conforme também demonstrado pelo depoimento da testemunha compromissada “(...)”, engenheiro agrônomo e florestal:

[print excluído para preservação do caso]

Assim, tratando-se de limpeza de pastagem, que dispensa autorização, inexistindo quaisquer provas de que o rendimento lenhoso ultrapassava o limite permitido e tendo sido constatado pelo laudo pericial que a vegetação do local era de pastagem e arbustiva, o Apelante deve ser absolvido das acusações.

Por todo o exposto, a Defesa requer a absolvição do Apelante, com base no art. 386, III, do CPP.

183 Nesse sentido, cf. Decreto nº 47.749/2019.

37. ATIPICIDADE DA CONDUTA EM FUNÇÃO DA AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO VINCULAÇÃO SUBJETIVA DOS AGENTES

A tese foi apresentada em defesa de Empresário do ramo de construção civil em processo relacionado a suposto crime de fraude de balanço, delito contra o sistema financeiro nacional, em função da contratação de mútuo com um Banco, sendo-lhe imputado o delito descrito no art. 10 da Lei nº 7.492/86. A tese em questão aborda a atipicidade subjetiva do mutuário por ausência de dolo de contribuir com o suposto propósito criminoso do Banco e, além disso, por inexistência de liame subjetivo que unisse o mutuário e o Banco como coautores ou partícipes na realização do delito imputado.

Ainda que se considere (de forma equivocada) que, objetivamente, a conduta do Defendente tenha contribuído para os fins fraudulentos a que se refere a denúncia, é inegável que no aspecto subjetivo não há que se falar em qualquer crime.

Para a condenação do Defendente não basta comprovar que sua conduta deu causa ao resultado; impõe-se demonstrar que sua atuação estava, de algum modo vinculada subjetivamente com o alegado propósito criminoso do Banco “(...)”, ou seja, é necessária a demonstração do dolo.

Conforme é cediço, o crime do art. 10 da Lei 7.492/86 é doloso e, como tal, exige a inequívoca prova do *conhecimento e intuito* fraudulento por parte dos concorrentes.

Por se tratar de crime próprio¹⁸⁴, o dever de comprovar o dolo se torna especialmente relevante para eventuais coautores/partícipes que não ostentam a condição de representantes ou mandatários de instituição financeira (art. 25 da Lei 7.492/86), como é o caso do Defendente.

184 BRASIL. STJ. Quinta Turma. AgRg no HC n. 858.967/SP. Rel. Min. Ribeiro Dantas. J: 4/3/2024. DJe: 7/3/2024.

A versão apresentada pelo Ministério Público não merece prosperar **porque não houve dolo algum na formalização do contrato bancário pelo Defendente para a realização dos crimes descritos no artigo 10 da Lei de Crimes Financeiros.**

Diante da ausência de provas do crime e especialmente do dolo, ao invés de cumprir as previsões do ordenamento e pedir a absolvição, o Ministério Público substituiu provas por presunções.

A busca por melhores taxas é algo negativo e pernicioso para o Ministério Público que o leva a presumir o dolo, conforme se depreende de suas alegações finais:

Na história do Brasil, vale apontar, poucas são as iniciativas de ataque ao livre mercado que possam se equivaler a esta postura do Ministério Público.

Note-se que, para a configuração do dolo, devem ser vislumbrados seus dois elementos, a saber, o elemento cognitivo e o elemento volitivo do dolo, sendo imprescindível o “conhecimento das circunstâncias de fato que pertencem ao tipo legal”¹⁸⁵, mas, também, é necessária a referência a uma vontade de conduta para a qual: “o simples conhecimento não constitui ainda o dolo. É preciso que apareça em referência à vontade de ação do autor”¹⁸⁶.

Some-se a isso a definição legal expressa sobre o que se entende por dolo no Brasil, conforme o artigo 18 do Código Penal. Além disso, o artigo 20 do Código, o qual prevê o erro de tipo, determina a inadmissibilidade da punição em um quadro de completo desconhecimento.

Em suma, para que se configure o dolo, é necessário que o autor se comporte com “conhecimento tal que lhe confira o domínio sobre aquilo que está realizando”¹⁸⁷, dado este que fundamenta a punibilidade a título de dolo.

185 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. tomo II, tradução da 2ª ed. Alemã por José Arturo Rodriguez Muñoz, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949. pp.95/96.

186 *Ibidem*.

187 GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (orgs.). *Liber*

Tal elemento de forma alguma foi narrado, descrito ou comprovado ao longo da apuração.

Além do dolo típico, em se tratando de crime próprio que somente poderia ser atribuído ao Defendente na forma do concurso de pessoas, como já desenvolvido no tópico V, necessário comprovar o liame subjetivo entre os agentes, o que tampouco foi realizado.

Não obstante o ônus probatório no processo penal incumbir à Acusação, a Defesa demonstrou cabalmente nos autos que não havia entre os acusados qualquer liame subjetivo que os unisse como coautores ou partícipes na realização do delito imputado.

As tratativas e negociações foram realizadas via e-mail e se encontram todas devidamente registradas, inclusive por meio de ata notarial, conforme documentos anexados pela Defesa (fls...).

Se eventualmente a instituição financeira se utilizou da operação de concessão do empréstimo para executar os fins elencados na denúncia, é evidente que não se pode presumir que todas as pessoas físicas ou jurídicas que tenham contratado com ela estivessem ajustados neste desiderato criminoso.

O Defendente, na condição de diretor financeiro do “Grupo Empresarial (...)” esclareceu, em várias oportunidades, bem como através de documentos, que sua empresa possuía razões próprias e legítimas para contratar a operação na forma como foi executada.

Em nenhuma passagem dos autos há qualquer prova ou indício de que o Defendente teria sido procurado pelo “Banco (...)” ou de que teria sido informado acerca de uma suposta fraude para inflar os balanços contábeis da instituição financeira. Nesse sentido, aventar qualquer suspeita sobre algum interesse escuso do “Banco (...)” que fosse de conhecimento do Defendente é mera conjectura ou presunção.

Vale também consignar que eventual vantagem que o negócio poderia ter para o “Banco (...)” não eram de qualquer interesse para o Defendente, tendo em vista que esses interesses não trariam qualquer vantagem para ele.

amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, pp.885-903. p. 902.

Destaque-se que se tratava de operação custosa para o “Grupo Empresarial (...)”, sobre a qual foram cobradas taxas elevadas de juros, além de outros encargos financeiros, os quais foram devidamente pagos.

Assim, jamais ocorreu qualquer arranjo ou conluio, inexistindo liame subjetivo entre as partes e, conseqüentemente, concurso de pessoas.

Por todo o exposto, ausente requisito imprescindível à conformação do crime do artigo 10 da lei nº 7.492/86, a Defesa requer seja reconhecida a necessária absolvição do acusado na forma do artigo 386, III, do Código de Processo Penal, em função da completa ausência de vinculação subjetiva entre os participantes da operação, requisito essencial à comunicabilidade das circunstâncias elementares, nos termos do art. 30 do CP.

38. EXCLUSÃO DE ILICITUDE POR EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO NA OPERAÇÃO DE TOMADA DE EMPRÉSTIMO PELO GRUPO EMPRESARIAL

A tese foi apresentada em defesa de Empresário do ramo de construção civil em processo relacionado a suposto crime de fraude de balanço, delito contra o sistema financeiro nacional, em função da contratação de mútuo com um Banco, sendo-lhe imputado o delito descrito no art. 10 da Lei nº 7.492/86. A tese em questão demonstra a existência da causa de exclusão da ilicitude por exercício regular do direito, visto que a conduta de tomar empréstimo em instituição financeira decorre do direito constitucional à livre iniciativa e do direito de exercer atividade econômica.

Não bastasse a completa atipicidade da conduta do Defendente, como já esboçado ao longo dessas alegações finais, seus atos ainda estariam resguardados pela causa de exclusão da ilicitude do exercício regular de direito, prevista no artigo 23, III, do CP.

A operação de tomada de empréstimo em instituição financeira, seja de qual for o montante, é conduta absolutamente lícita, regular e que perfaz o direito à livre iniciativa.

A livre iniciativa é estabelecida como verdadeiro fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, CR/88) e da ordem econômica (art. 170, *caput*, CR/88). Além de ser um direito constitucional, a livre iniciativa, também abarca a liberdade de exercer atividade econômica que é garantida pela Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), que estabelece normas de proteção ao exercício desse direito¹⁸⁸.

Se o Ministério Público discorda de um modelo de política econômica liberal ou da livre iniciativa, sem adentrar no mérito de

188 Art. 1º, *caput*, lei 13.874/2019: Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do *caput* do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do *caput* do art. 174 da Constituição Federal.

eventual ideologia, jamais eventual concepção ou divergência poderia suportar uma pretensão punitiva fora dos parâmetros legais.

A realização de operações financeiras, especialmente as de mútuo, é atividade corriqueira no âmbito do exercício da atividade empresarial. Inclusive, buscar as melhores taxas possíveis no mercado, como ocorreu no presente caso, é uma diligência básica, previsível em qualquer hipótese negocial.

Destaca-se ainda que o “Grupo Empresarial (...)” é composto por sociedades anônimas, o que impõe ao Defendente deveres de prestação de conta a seus *share holders*.

Um executivo deixar de optar pela proposta negocial que oferece as melhores condições para a sociedade empresarial consistiria em indício de conduta desviada e neste caso sim, potencialmente ilícita.

Nesse sentido, conforme foi demonstrado no decorrer do processo, a operação de mútuo realizada pelo “Grupo Empresarial (...)”, tinha um objetivo bem definido, qual seja, possibilitar uma reorganização societária, e, além disso, foi planejada e executada conforme as necessidades das empresas e sempre observando as melhores taxas de mercado, bem como os ditames legais.

A Defesa reluta em aceitar, mas, ao que parece, o Ministério Público formou seu convencimento em razão do Defendente ter optado pela proposta comercial que ofereceu para a “Sociedade Empresarial (...)” taxas menos onerosas.

Assim as alegações finais do Ministério Público evidenciam a sua formação do convencimento a partir de uma preconcepção contrária aos princípios do livre mercado, divergência ideológica essa que jamais poderia ter repercussão penal. Assim:

[print excluído para preservação do caso]

O Ministério Público não esconde a sua resistência e discordância com uma política econômica liberal e o livre mercado, a ponto de ocupar boa parte de suas alegações finais com críticas ideológicas utilizadas indevidamente para tentar suportar um pedido de condenação.

O empresário buscar melhores taxas em um mercado financeiro tão hostil jamais poderia ser objeto de repreensão, principalmente na esfera penal. Na verdade, pernicioso para o mercado é a insegurança jurídica que paira sobre o empresariado, face ao risco penal de sua atuação lícita e transparente.

É passada a hora do Brasil deixar de ser um território tão inóspito para empreendedores e se adequar aos princípios da livre iniciativa e da liberdade econômica.

Conforme já ressaltado, a conotação ou a utilização que um dos contratantes dará para o negócio é absolutamente irrelevante. A operação foi celebrada, executada e liquidada, não se tratando de operação fantasiosa ou fictícia. Houve, de fato, circulação dos recursos financeiros, que inclusive, serviram para concretizar uma reorganização societária que já vinha sendo implementada desde o ano (...).

Nesse sentido, a prova testemunhal (fls...):

[print excluído para preservação do caso]

Destarte, se o “Banco (...)” quis se aproveitar de tal operação para inflacionar seu balanço financeiro, o Defendente, não tinha ciência, não quis contribuir para tal resultado e não pode ser responsabilizado por presunção, sobretudo porque, conforme exaustivamente comprovado pela prova documental, testemunhal e o interrogatório do Defendente, o “Grupo Empresarial (...)” ao qual era vinculado possuía razões próprias para celebrar o negócio jurídico, sendo portanto, seu comportamento absolutamente lícito.

De outro lado, apenas a título argumentativo, questiona-se:

- É ilícita a contratação do mútuo junto à instituição financeira?
- A forma como foi executada a operação é proibida?
- É ilícita a liquidação de saldos interempresas?
- As perguntas são um reforço socrático para repisar o que está, de forma uníssona, comprovado na instrução: não há crime algum do Defendente.

Nesses termos, considerando que o comportamento do Defendente é absolutamente regular e lícito, bem como a operação realizada pelo “Grupo Empresarial (...)”, requer a Defesa a absolvição do acusado na forma do artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, com fundamento nos artigos 23, III, do Código Penal.

39. ATIPICIDADE DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO UMA VEZ QUE A SIMPLES ENTREGA DE VALOR NÃO CONFIGURA LAVAGEM

A tese foi apresentada em defesa de Executivos de Companhia Multinacional em processo relacionado a suposto esquema de lavagem de capitais, alegadamente conectado com delitos de corrupção, cartel e organização criminosa. A tese em questão, relacionada à imputação do delito de lavagem de capitais, art. 1º, V, VI e VII, e §4º da Lei nº 9.613/1998, buscou demonstrar a atipicidade objetiva da conduta do defendente responsável pela mera entrega de valores a terceiros, sem, contudo, utilizar-se de expedientes aptos a ocultar ou dissimular a sua origem supostamente ilícita.

Inicialmente, vale apontar que, no que concerne ao Defendente, a denúncia imputa a suposta prática do crime descrito no artigo 1º, incisos V, VI e VII, e §4º da Lei 9.613/98 e artigo 1º, *caput*, e § 4º da Lei nº 9.613/98.

O fundamento para a mencionada imputação ao Defendente consiste na autorização de um pagamento, o qual, conforme a denúncia, teria sido operacionalizado por “Operacionalizador”:

[print excluído para preservação do caso]

Assim, coube ao Defendente anuir que o “Executivo A” desse encaminhamento à operacionalização do pagamento, aprovado pelo “Executivo B” e implementado por “Operacionalizador”.

Por esse fato, imputa-se ao Defendente o crime de Lavagem de Ativos, ou seja, a realização de expedientes para dissimular e ocultar a origem ilícita de valores. Esses expedientes seriam a “entrega” ou “realização de pagamentos em espécie”. Diante da descrição realizada na denúncia, deve-se perguntar:

A ENTREGA DE VALORES EM ESPÉCIE CONFIGURA O CRIME DE LAVAGEM DE ATIVOS?

Enquanto conduta típica, o primeiro elemento do delito a ser analisado é a AÇÃO. O tipo penal da Lavagem de Dinheiro é compreendido como:

ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitativa ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na econômica formal com aparência de licitude¹⁸⁹.

Assim, a ação exigida pelo tipo penal descrito no artigo 1º da Lei n.º 9.613/98, e consubstanciada nos núcleos do tipo penal, é a de “ocultar” ou de “dissimular”, condutas estas que devem ter como resultado a aparência de licitude da origem do capital:

Ocultar significa esconder, tirar de circulação, subtrair da vista. A consumação ocorre com o encobrimento, por qualquer meio, desde que acompanhado da intenção de converter o bem futuramente em ativo lícito. A dissimulação é o ato – ou conjunto de atos, posterior à ocultação. Há quem a caracterize como a ocultação mediante ardil, ou como a segunda etapa do processo de lavagem. Dissimular é o movimento de distanciamento do bem de sua origem maculada, a operação efetuada para aprofundar o escamoteamento, e dificultar ainda mais o rastreamento dos valores.¹⁹⁰

189 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3ª ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 29.

190 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro na AP n. 470 (parecer). *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – RBCCRIM, n.110, 2014, p.489.

Os núcleos do tipo penal da lavagem de ativos são assim definidos pelo TRF-4: “ocultar - esconder, simular, encobrir - ou dissimular - disfarçar ou alterar a verdade”¹⁹¹, ou seja, a lavagem de dinheiro nada mais é do que um mecanismo de mascaramento da origem ilícita de recursos.

Ainda que não se exija sofisticação, os expedientes devem ser capazes de afetar o rastreamento da origem e do destino dos valores. Ou seja, deve se verificar um encobrimento capaz de conferir aparência de licitude ao capital e não o mero pagamento de valores, exaurimento de crime de corrupção.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se debruçado sobre os crimes de lavagem de dinheiro a partir de suas três fases: a colocação, a transformação e a integração. Destaca-se:

STF: 4) O delito de lavagem de dinheiro consoante assente na doutrina norte-americana (*money laundering*), caracteriza-se em três fases. A saber: a primeira é a da ‘colocação’ (*placement*) dos recursos derivados de uma atividade ilegal em um mecanismo de dissimulação da sua origem, que pode ser realizado por instituições financeiras, casas de câmbio, leilões de obras de arte, dentre outros negócios aparentemente lícitos. Após, inicia-se a segunda fase, de ‘encobrimento’, ‘circulação’ ou ‘transformação’ (*layering*), cujo objetivo é tornar mais difícil a detecção da manobra dissimuladora e o descobrimento da lavagem. Por fim, dá-se a ‘integração’ (*integration*) dos recursos a uma economia onde pareçam legítimos.¹⁹²

Nenhuma dessas fases ou condutas-meio para a lavagem de ativos, ainda que tomadas de forma isolada, pode ser identificada no

191 BRASIL. TRF-4. Oitava Turma. ACR 5027685-35.2016.4.04.7000. Rel. Des. João Pedro Gebran Neto. Juntado aos autos em 25/07/2018

192 BRASIL. STF. Tribunal Pleno. AP 470 - EI-décimos segundos. Rel. Min. Luiz Fux. J: 13/03/2014.

caso. **Não foi utilizado qualquer meio de dissimulação da origem do valor, não foi operada manobra dissimuladora ou integração à economia enquanto valores que pareçam legítimos.** Apenas foi efetuado o pagamento de valores em espécie, no país, em reais e feitos diretamente ao beneficiário, sem quaisquer artifícios, seja a dissimulação de contratos de prestação de serviços, ou o envolvimento de *off-shores, shell corporations* etc.

A título de esclarecimento, não se ignora o fato de que a jurisprudência e a doutrina caracterizam como crime de Lavagem, o depósito ou o pagamento de valores, mas somente quando o depósito ou o pagamento de valores ocorra por meio de conta de terceiros alheios aos fatos, ou seja, através da utilização de laranjas¹⁹³. Isso porque, nesses casos, diferentemente do que ocorre na presente hipótese, o depósito não seria simples pagamento, mas teria por finalidade justamente dissimular a origem dos valores. Ao depositar os valores em conta de pessoas alheias aos acordos ilícitos, sua identificação e rastreamento se torna mais difícil. Assim, havendo ocultação de valores, é clara a caracterização da conduta descrita no tipo penal de Lavagem, o que, contudo, não ocorreu no presente caso, em clara hipótese de *distinguishing*.

Todos os elementos constantes dos autos demonstram que a conduta do Defendente foi a de anuir com a operacionalização de um pagamento, confira-se:

[*print excluído para preservação do caso*]

Assim, *in casu*, o pagamento consiste apenas no exaurimento de crime de corrupção, consumado com o perfazimento de acordo. No sentido do *pagamento* como *exaurimento* de crime de corrupção, destaca-se o entendimento do Tribunal Federal Regional da Quarta Região - TRF-4:

193 A título de exemplo: BRASIL. TRF4. Sétima Turma. ACR 5025407-77.2015.4.04.7200. Rel. Desa. Salise Monteiro Sanchotene. Juntado aos autos em 03/02/2021.

TRF-4: 22. Os atos de lavagem de ativos somente poderiam ser considerados como exaurimento do crime de corrupção passiva caso a propina tivesse sido entregue em mãos ou em depósito direto nas contas dos réus. Na espécie, todavia, a entrega da propina deu-se por meio de esquema elaborado especificamente para ocultar a origem dos valores. As condutas de ocultação e de dissimulação se concretizaram mediante utilização de contas secretas no exterior e de offshores e com contrato de comissionamento simulado¹⁹⁴.

No mesmo sentido, indicando que somente quando constatados estratégias para a ocultação e dissimulação da origem dos valores é que se pode reconhecer algo diverso do mero exaurimento do crime anterior, o seguinte julgado:

TRF-4: EMENTA PARCIAL: Na hipótese, o delito de corrupção se consumou com o recebimento da vantagem indevida, **sendo o pagamento da propina mero exaurimento do crime**. No entanto, o dinheiro objeto da propina poderia ter sido entregue de diversas maneiras. Porém, o embargante optou por utilizar estratégia para dissimular a origem ilícita dos recursos, praticando, assim, nova conduta criminosa, a lavagem de dinheiro. A heterogenia de desígnios é evidente. Dessa forma, não há como se acolher a alegação de que o primeiro ato de lavagem imputado ao embargante figurou como mero exaurimento do crime de corrupção¹⁹⁵.

194 BRASIL. TRF4. Oitava Turma. ACR 5039475-50.2015.4.04.7000. Rel. para acórdão Des. Leandro Paulsen, J: 07/08/2017.

195 BRASIL. TRF4, Quarta Seção. ENUL 5027685-35.2016.4.04.7000. Rel. Des. José Carlos Fabri. Juntado aos autos em 28/05/2019.

Também no sentido de reconhecer a atipicidade do simples pagamento, sem qualquer dissimulação ou ocultação, entende o TRF-4:

TRF-4: 8. LAVAGEM DE DINHEIRO. Os verbos nucleares do tipo penal trabalhado pela Lei 9.613/98 em seu art. 1º são ocultar ou dissimular. Ocultar é esconder, agir para que não seja notado, visto ou descoberto. Dissimular também implica ocultação, encobrimento, mas através de uma conduta que faz parecer outra coisa. Quando se descobre a ocultação e a dissimulação, se encontra o produto do crime anterior, se levanta o véu que encobria a prática criminosa, tornando-a desnuda, aparente, acessível. 9. *O pagamento, em nome próprio, mediante utilização de recursos em espécie advindos de ilícitos criminais, não configura o crime de lavagem de dinheiro, porquanto não implica ocultação ou dissimulação*¹⁹⁶.

O mesmo tribunal apresenta entendimento no sentido de que nem sequer a aquisição de bens em favor do destinatário de propina consiste em lavagem:

TRF-4: A aquisição de bem em favor do destinatário de propina previamente acertada como meio para seu pagamento não configura crime de lavagem de dinheiro quando ausente qualquer conduta voltada à ocultação ou dissimulação. Absolvição dos acusados relativamente a tal imputação¹⁹⁷.

Nesse sentido o entendimento da doutrina nacional, apresentado na obra de SÉRGIO FERNANDO MORO:

¹⁹⁶ BRASIL. TRF4. Oitava Turma. ACR 5035263-15.2017.4.04.7000. Rel. para acórdão Des. Leandro Paulsen. Juntado aos autos em 23/07/2019

¹⁹⁷ BRASIL. TRF4. Oitava Turma. ACR 5026212-82.2014.4.04.7000. Rel. Des. João Pedro Gebran Neto. Juntado aos autos em 29/11/2016.

Para a configuração do crime do caput do art. 1º é necessária a caracterização dos atos de ocultação ou dissimulação de qualquer característica do produto do crime. A mera guarda ou movimentação física do produto do crime, sem ocultação ou dissimulação, não configura o tipo do *caput*.¹⁹⁸

Destaca-se ainda que a Lavagem é crime autônomo em relação aos delitos antecedentes.

Assim, não constitui uma forma de participação *post-delictum*¹⁹⁹, ou seja, não pode ser atribuída ao Defendente a participação nos delitos antecedentes, os quais se consumaram antes mesmo de sua assunção no respectivo cargo na “Sociedade Empresarial (...)”, tendo apenas se prolongado o seu exaurimento.

Dessa forma, a denúncia imputa ao Defendente fato atípico, classificando-o como lavagem.

Vale ainda observar que, no âmbito eleitoral, o simples pagamento, como ocorreu no presente caso, é denominando no linguajar popular como *caixa dois*.

Dessa expressão o próprio Ministério Público lançou mão para identificar os fatos no anexo da colaboração que serviu de base para a presente apuração, como se observa a seguir:

[*print excluído para preservação do caso*]

Nesse ponto é de relevância central apontar para o fato de que a realização de “caixa dois” não é crime no Brasil, permanecendo atípica a conduta, conforme já alegado na presente tese.

198 MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

199 Nesse sentido a jurisprudência do BRASIL. TRF-4. Oitava Turma. ACR 5027685-35.2016.4.04.7000. Rel. Des. João Pedro Gebran Neto. J: 25/07/2018; BRASIL. TRF4. Oitava Turma. ACR 5012331-04.2015.4.04.7000. Rel. Des. João Pedro Gebran Neto. J: 03/07/2017; BRASIL. TRF4. Oitava Turma. ACR 5023121-47.2015.4.04.7000. Rel. Des. João Pedro Gebran Neto. J: 08/06/2017; BRASIL. TRF4. Oitava Turma. ACR 5083376-05.2014.4.04.7000. Rel. Des. João Pedro Gebran Neto. J: 29/11/2016.

A complexificação das relações interpessoais e a dificuldade do Direito Penal tradicional em lidar com os novos problemas da atualidade levou à proposição de Projeto de Lei, no bojo do pacote anticrime, para a criminalização do caixa dois.

Assim, tramita no Congresso o Projeto de lei nº 1.865/2019 cuja finalidade é alterar a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para criminalizar o uso de caixa dois em eleições.

Destaca-se a justificativa apresentada no referido Projeto de Lei, a qual não apenas conceitua o caixa dois como dispõe sobre a atual inexistência de previsão legal definindo tal conduta como crime:

[*print excluído para preservação do caso*]

Não obstante o referido projeto, em função do princípio da legalidade (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”), enquanto não for aprovado o projeto e positivado o tipo penal, todas as condutas que configuram *caixa dois* permanecem atípicas.

A proposta não foi até o presente momento sequer aprovada e, até a sua entrada em vigor, todas as condutas de caixa dois realizadas permanecem excluídas do âmbito de incidência do Direito Penal.

Fica a dúvida: diante do vazio legislativo, houve um lapso do Ministério Público ou se trata de estratégia de ilegítima e inconstitucional ampliação da descrição típica²⁰⁰ da Lavagem de Ativos?

Reitere-se, trata-se de iniciativa absolutamente inconstitucional, violando o princípio da legalidade penal (artigo 5º, XXXIX, da CR/88) e a finalidade de segurança dos tipos penais, os quais balizam os limites para os cidadãos e a atribuição de responsabilidades.

Diante do exposto, deve-se reconhecer a atipicidade da conduta atribuída ao Defendente, uma vez que não se amolda ao tipo penal da Lavagem de Dinheiro, mas conforma simples exaurimento de delitos supostamente consumados em momento anterior. Assim, requer a

200 KUHLEN, Lothar. *Sobre la trivialización del derecho penal de la corrupción: un comentario motivado en su actualidad*. CRIMNT – Revista en letra Derecho Penal, Enfoques penales, jul. 2018.

Defesa a absolvição do Defendente, na forma do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

PREQUESTIONAMENTO: A estratégia de ampliação da descrição típica da Lavagem de Ativos viola o princípio da legalidade penal (artigo 5º, XXXIX, da CR/88) e a finalidade de segurança dos tipos penais, os quais balizam os limites para os cidadãos e a atribuição de responsabilidades.

40. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA: INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO PATRIMÔNIO DA UNIÃO

A tese foi apresentada em defesa de Executivos de Empresa, também denunciada, do ramo ceramista em processo em que se apurava uma suposta exploração clandestina de areia e argila, matérias primas pertencentes à União. Foram-lhes imputados os delitos previstos no art. 2º da Lei nº 8.176/91 e art. 55 da Lei 9.605/1998. A tese em questão aborda a atipicidade material da conduta diante ausência de lesividade, uma vez que exploração da areia e argila havia sido autorizada pela União, sendo a ausência de renovação da licença mera irregularidade administrativa.

A conduta imputada aos Defendentes é atípica por não ter lesado o patrimônio da União. Convém transcrever o texto do artigo 2º da Lei 8.176/1991:

Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.

Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.

Ao tornar penalmente ilícita a exploração de matéria-prima, pretendeu-se proteger o patrimônio da União daqueles que buscam explorá-lo sem comunicar às autoridades competentes, assim deixando de recolher os tributos devidos e de pagar a compensação à União pela exploração de material que lhe pertence. A qualificação do delito na modalidade de “*usurpação*” indica, justamente, que se pretende punir aqueles que de forma indevida e sorrateira se locupletam do patrimônio da União.

Os fatos apurados neste processo são diametralmente opostos, pois a União já havia permitido a exploração no local imputado na

denúncia e apenas faltou renovar a licença. Nesse sentido, os d. Peritos da Polícia Federal, após visita ao local, afirmaram o seguinte no laudo pericial:

[print excluído para preservação do caso]

A exploração nas coordenadas contidas no Boletim de Ocorrência são exatamente as que foram utilizadas pelo Ministério Público na denúncia de fls (...).

Note-se que a União já havia autorizado a exploração da matéria-prima no processo (...). Logo, não houve usurpação de matéria-prima pertencente à União, mas mera irregularidade pela não renovação da autorização para exploração.

Uma simples comparação torna fácil a compreensão da inexistência de lesão ao patrimônio da União: imagine-se que, uma vez autorizada a exploração no âmbito do Processo DNPM nº (...) pelo prazo de um ano, toda a argila do local fosse retirada durante o prazo de vigência da autorização. Nesse caso, obviamente, não se cogitaria de crime. Então, questiona-se: uma vez autorizada a exploração da matéria-prima, por que não seria crime contra o patrimônio explorar uma determinada quantidade em um ano, no prazo de vigência, mas seria delito explorar a mesmíssima quantidade de matéria-prima ao longo de dez anos?

Não há resposta racional à indagação que justifique tratar como conduta atípica a exploração de determinada quantidade de matéria-prima durante o prazo da autorização e, por outro lado, considerar delito contra o patrimônio da União a exploração da mesmíssima quantidade de matéria-prima por um prazo maior, não encoberto pela autorização.

Pelo contrário, o tratamento diferenciado das duas situações apenas incentiva a exploração mais agressiva ao meio ambiente e consumidora de maior quantidade de matéria, feita de forma açodada e em menor prazo, já que apenas essa seria lícita. Condena-se, assim, aquele que explora de forma consciente, extraíndo do solo apenas a quantidade de matéria-prima necessária, de forma sustentável,

parcimoniosa e mitigadora dos impactos inerentes à atividade, já que menos agressiva.

Fica claro que ocorreu apenas a continuação da exploração de uma matéria-prima que a União já havia autorizado. **A irregularidade pela falta de renovação da autorização pode até configurar ilícito no âmbito do direito administrativo, o que deve ser discutido na seara apropriada, mas jamais pode transbordar para a seara penal. Desde uma análise do fato apurado e do tipo penal em sua perspectiva material, a ausência de lesão ao bem jurídico tutelado impede que se atribua tipicidade à conduta em questão.**

Assim, impõe-se o reconhecimento da atipicidade da conduta e a absolvição dos Defendentes, com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

PREQUESTIONAMENTO: A continuação de exploração de matéria-prima em área, após o prazo de vigência da autorização, não configura o crime previsto no artigo 2º da Lei 8.176/1991, por ausência de lesão ao patrimônio da União e consequente atipicidade material da conduta.

41. ATIPICIDADE DA CONDUTA POR ERRO DE TIPO: INEXISTÊNCIA DE DOLO

A tese foi apresentada em defesa de Executivos de Empresa, também denunciada, do ramo ceramista em processo em que se apurava uma suposta exploração clandestina de areia e argila, matérias primas pertencentes à União. Foram-lhes imputados os delitos previstos no art. 2º da Lei nº 8.176/91 e art. 55 da Lei 9.605/1998. A tese em questão aborda a descaracterização do dolo diante do erro de tipo representado pelo desconhecimento acerca do vencimento da licença que autorizava a Empresa a explorar as matérias primas.

A conduta é subjetivamente atípica em razão de erro de tipo, que afasta o dolo.

Cediço que, conforme a teoria majoritariamente aceita, o dolo possui dois elementos constitutivos: conhecimento e vontade. Para agir dolosamente, um indivíduo precisa ter conhecimento das circunstâncias que tornam sua conduta típica e, também, ter vontade orientada à prática dessa conduta. Mesmo as teorias e os debates mais atuais reformulam o dolo retirando o elemento vontade (o denominado “dolo sem vontade”), porém nunca prescindem do elemento conhecimento para configuração do dolo. Do contrário, regressaríamos à responsabilidade objetiva no direito penal, proscrita no ordenamento jurídico brasileiro e incompatível com um Estado Democrático de Direito.

A falta de conhecimento de que age tipicamente configura erro de tipo, nos termos do artigo 20 do Código Penal:

Erro sobre elementos do tipo

Art. 20 – O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Respectivamente, o delito tipificado no artigo 2º da Lei 8.176/1991 e o crime do artigo 55 da Lei 9.605/1998 trazem como elementar típica a exploração “sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo” e a extração mineral “sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida”. Exige-se, portanto, que o acusado aja sabendo que não possui autorização legal, permissão, concessão ou licença. Em outras palavras, o agente precisa ter ciência de que pratica sua atividade sem as inúmeras autorizações que a burocracia estatal lhe impõe.

No caso, foi comprovado que os Defendentes não sabiam que praticavam a atividade de forma irregular. Tanto na Delegacia de Polícia quanto em juízo, o “Sr. (...)” afirmou que:

[print excluído para preservação do caso]

Da mesma forma, o “Sr. (...)” esclareceu que:

[print excluído para preservação do caso]

Além disso, como já afirmado, é de se destacar que o “Sr. (...)” sequer participava do dia-a-dia da empresa, não sendo capaz, portanto, de saber acerca da licitude da conduta.

Por sua vez, o “Sr. (...)” foi ouvido na Delegacia e em Juízo e confirmou que era o responsável por acompanhar os procedimentos de obtenção das autorizações junto ao Poder Público:

[print excluído para preservação do caso]

O contrato de prestação de serviços, assinado em 1998, demonstra que o “Sr. (...)” prestava o serviço de regularização junto ao DNPM havia mais de 15 anos (ANEXO II).

A Ata de Reunião (...) da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável corrobora a versão de que o “Sr. (...)” era quem acompanhava os processos de regularização junto aos órgãos da Administração, constando ali seu nome como consultor do empreendimento em reunião com integrantes da SEMAD (fl...).

É especialmente relevante, nesse caso, a fala do “Sr. (...)” no sentido de que, com relação à exploração objeto do processo:

[print excluído para preservação do caso]

Logo, os Defendentes não possuíam qualquer conhecimento de que estavam agindo irregularmente, pois não foram informados pela pessoa que contratada para tal fim. Eles não podem ser responsabilizados penalmente pela conduta se não tinham consciência de que praticavam uma ação típica.

A propósito, confira-se a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

TRF1: 2. O crime de usurpação é de natureza formal, não se exigindo a efetiva comprovação da usurpação de substância mineral. Basta a simples exploração de matéria-prima pertencente à União em desacordo com o título autorizativo para sua consumação. *Exigência, contudo, da presença do dolo, consubstanciado na livre consciência e vontade de ludibriar a União através da exploração clandestina das jazidas naturais.* Não existe previsão acerca de usurpação culposa, assim, apenas a forma dolosa é punível penalmente. 3. *A existência de autorização DNMP para exploração de cascalho no local, fato conhecido pelos réus, à época, indica a intenção de cumprir as normas aplicáveis à exploração pretendida. Evidência de que os acusados não tinham a intenção de agir em desconformidade com a legislação ambiental, tanto que antes de proceder à extração da matéria-prima já haviam, há muito, protocolado o pedido de registro de licenciamento que, afinal, foi concedido.*²⁰¹

A situação desse processo amolda-se perfeitamente ao acórdão citado como paradigma, principalmente considerando os documentos de fl(...), que indicam a intenção da Empresa e de seu administrador, o “Sr. (...)”, de realizar suas atividades de forma regular. **A atuação**

201 BRASIL. TRF1. Segunda Seção. APN 0026786-62.2013.4.01.0000. Rel. Juíz Fed. Conv. Iran Esmeraldo Leire. E-DJF: 21/07/2016. Ementa parcial. Importante salientar que a decisão foi proferida pela Segunda Seção e de forma unânime.

dos Defendentes foi, sempre, no sentido de cumprir a legislação nas atividades que desempenham, seja na Cerâmica ou no Depósito de materiais de construção. Nunca houve a intenção de agir em desconformidade com a legislação que, por ser demais intrincada, exigiu a contratação de profissionais especialistas.

Inclusive, os Peritos da Polícia Federal chegaram à mesma conclusão de que agiram em erro:

[print excluído para preservação do caso]

Os Peritos também afirmaram no Laudo e, posteriormente, esclareceram em juízo como a Empresa buscou recuperar a área, o que é incomum principalmente considerando seu porte, demonstrando a boa-fé e o compromisso da “Cerâmica (...)”, de seu dirigente e dos funcionários com a promoção de uma atividade regular e ambientalmente sustentável:

[print excluído para preservação do caso]

Consta ainda no Laudo que quando da visita, em 26/09/2016, as atividades minerárias estavam paralisadas (fl...), indicando que tão logo se soube da irregularidade, a atividade foi cessada. Essa circunstância foi amplamente corroborada pelos depoimentos colhidos.

Causa surpresa, nesse contexto, a afirmação feita pelo Ministério Público Federal em alegações finais de que os defendentes alegaram “*de modo genérico*” o desconhecimento da ausência de título autorizativo (fl...). Todas as provas colhidas durante o processo demonstram de forma indubitável que eles de fato não sabiam dessa circunstância.

Aliás, convém ressaltar trecho do depoimento de (...) em juízo, contratado como consultor ambiental e que esclarece que o processo de regularização passa por 5 órgãos, Prefeitura, DNPM, SUPRAM, SEMAD – relacionada à FEAM, e IBAMA, e que o “*o IBAMA é o único que é mais simples*”. O próprio consultor destaca que “*geralmente consultor ambiental trabalha muito em parceria, então indico alguém para trabalhar no DNPM e, depois que liberava, eu fazia minha parte*”, indicando que as peculiaridades de cada órgão são tamanhas que

dificultam a atuação até mesmo de pessoas com formação superior. Não bastasse, a burocracia imposta dificulta até mesmo o registro de plano de recuperação da área:

[print excluído para preservação do caso]

Também o consultor, “Sr. (...)”, afirmou que o dono da empresa, o “Sr. (...)”, “*não entendia muito das coisas que a gente estava lidando*”. Igualmente, o antigo consultor de mineração, “Sr. (...)”, explica de forma rápida a classificação dos minerais contidos no sítio e como são os direitos de exploração nesse caso.

Não se pode perder de vista que os Defendentes são pessoas sem instrução no que concerne à complicada legislação minerária e ambiental. O “Sr. (...)”, quem de fato administra a Empresa, possui como grau de instrução o a 4ª série do primeiro grau, como afirmou em juízo, e contava 81 anos à época dos fatos, em fevereiro de 2015. Essas circunstâncias tornam ainda mais complicada a compreensão do intrincado regramento administrativo relativo à regularização da atividade de extração mineral e, justamente por isso, eles contrataram profissional para auxiliá-los na obtenção da infinidade de licenças e autorizações que o Estado impõe. Todavia, como provado, nem o profissional contratado foi informado quanto à irregularidade, muito menos os Defendentes, não havendo dolo por parte de nenhum deles na prática de ilícito.

Comprovado, com base em provas documentais, testemunhais e periciais, que os Defendentes agiram em erro de tipo, devem ser absolvidos nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

PREQUESTIONAMENTO: Comprovado que os Defendentes contrataram profissional para acompanhar a tramitação dos processos de obtenção de licenças junto aos Órgãos Públicos, porém não foram informados de que os pedidos foram indeferidos pela Administração, conclui-se pelo desconhecimento por parte dos Acusados de que praticavam extração mineral sem título autorizativo, o que constitui erro quanto a elementar típica dos delitos contidos nos artigos 2º da Lei 8.176/1991 e 55 da Lei 9.605/1990.

42. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A tese foi apresentada em defesa de Executivos de Empresa, também denunciada, do ramo ceramista em processo em que se apurava uma suposta exploração clandestina de areia e argila, matérias primas pertencentes à União. Foram-lhes imputados os delitos previstos no art. 2º da Lei nº 8.176/91 e art. 55 da Lei 9.605/1998. A tese em questão demonstra a ausência de responsabilidade penal da pessoa jurídica em ação não praticada pelo representante legal ou contratual e nem por órgão colegiado da Empresa.

A Constituição da República previu, em seu artigo 225, § 3º²⁰², a polêmica possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica em matéria criminal-ambiental, que foi disciplinada em nível legal no artigo 3º da Lei 9.605/1998:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

202 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica exige, portanto, que o delito “seja cometido por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

No caso dos autos, a ausência de regularização junto ao DNPM, que constitui o delito, não foi praticada pelo administrador da Empresa, o “Sr. (...)”, ou pelo sócio, o “Sr. (...)”. Ela decorreu da falta de notificação do consultor contratado que, por sua vez, já que não informado, não pôde passar a informação ao gestor da Cerâmica para que ele agisse em conformidade com a legislação.

Não é possível, portanto, a responsabilização da Empresa por ato de pessoa alheia a seus quadros, contratada como consultora da atividade de mineração. Nesse sentido, convém transcrever a lição de Luiz Regis Prado:

Fica assentada, quanto à autoria, a necessidade de conduta punível – seja delito, seja contravenção –, realizada por ato decisório de autor qualificado – representante legal ou contratual (v.g., presidente, diretor, gerente, etc.) ou órgão colegiado (v.g., assembleia geral, diretoria, conselho de administração etc.) da pessoa jurídica, não sendo cingida a figura do empregado subalterno ou do preposto, sem nenhum poder de decisão.²⁰³

A falta de regularização junto ao DNPM, cujo processo era acompanhado pelo consultor contratado pela Empresa, demonstra que não há falha estrutural da pessoa jurídica em suas atividades. Foi feito, no âmbito interno e por ordem de seu administrador, o “Sr. (...)”, tudo que lhe cabia para que a atividade fosse desenvolvida de forma regular.

203 PRADO, Luiz Régis. *Direito penal do ambiente*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 145-6.

Tão evidente fica a busca da empresa por manter-se regular que, como já citado, **no Laudo Pericial constou expressamente a excepcionalidade e surpresa dos d. Peritos em verificar que foi promovida pela “Cerâmica (...)” a recuperação da área anteriormente explorada, bem como a apresentação de Projeto de Fechamento das Minas e de Plano de Recuperação de Área Degradada (ANEXO), em situação de preocupação com a recuperação ambiental completamente atípica, principalmente em empresas de pequeno porte.** Confira-se:

[print excluído para preservação do caso]

Como, então, punir a Empresa que, mesmo com todas as dificuldades impostas pela economia e pelo seu pequeno porte, jamais se escusou de seu dever e sempre se pautou pelo respeito à legislação ambiental, ao regramento infralegal e, mais importante, à preservação do ambiente em que se encontra instalada? Que paulatinamente buscou mitigar os danos ambientais da atividade minerária durante a própria produção, promovendo o desenvolvimento de forma sustentável.

Fazê-lo implicaria na punição não apenas da Empresa ou de seus sócios, mas de todos os funcionários que laboram diariamente e que integram estrutura que em hipótese alguma buscou causar dano ao ambiente, buscando sempre, por determinação dos seus sócios e compromisso de seus colaboradores, agir em conformidade com suas obrigações legais.

Ante o exposto, impõe-se a absolvição da “Cerâmica (...)”. nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal, quanto ao delito tipificado no artigo 55 da Lei 9.605/1998, por inexistência de conduta dos seus sócios, administradores, representantes legais ou contratuais.

PREQUESTIONAMENTO: Em cumprimento ao disposto no artigo 3º da Lei 9.605/1998, não é possível a atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica, se a falta de regularização ambiental não ocorreu por determinação de seus sócios, não sendo imputável a qualquer representante legal ou contratual da Empresa que tenha poder de direção.

43. AUSÊNCIA DE PROVAS DE MATERIALIDADE DO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA: INEXISTÊNCIA DE OFERECIMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA

A tese foi apresentada em defesa de Executivo de Empreiteira em processo relacionado a suposta fraude à licitação, sendo-lhe imputado os delitos descritos no art. 90 da Lei n° 8.666/90 e arts. 312, 332 e 333, todos do CP. A tese em questão discorre sobre a inexistência de provas com relação à materialidade da corrupção ativa.

O Apelante foi denunciado pela prática de corrupção ativa, na forma do art. 29 do CP (participação), **por ter sido um dos destinatários, juntamente com “(...)”, de e-mail enviado por “(...)”, da “(...)”, em 23/01/2011:**

[print excluído para preservação do caso]

Desde já, consigne-se que ao Apelante foi imputado o oferecimento de suposta vantagem indevida no montante de R\$..., não lhe tendo sido atribuída eventual prática de conduta ilícita relacionada a oferta ou promessa de pagamento indevido a servidor público no valor de R\$...

Assim, trata-se de condenação baseada no fato de ter o Apelante, supostamente, concorrido para o *pagamento* do valor de R\$... a *agente público não identificado*.

Desde logo, consigne-se: não se encontram comprovados os pressupostos do delito de corrupção ativa.

Não há provas nos autos do oferecimento ou da promessa de vantagem indevida a agentes públicos em relação à corrupção imputada ao Apelante.

Há apenas e-mail em que “(...)”, da “(...)”, menciona que acertaria com os destinatários o valor referente aos R\$... “devolvidos à “(...)””.

Frise-se que eventual pagamento de valores a título de corrupção ativa é mero exaurimento do delito:

STJ: Delito de corrupção ativa, enquanto crime formal, prescinde, para sua consumação, da efetiva obtenção da indevida vantagem, **sendo esta mero exaurimento da conduta criminosa**²⁰⁴.

Não há provas nos autos a respeito do ato de ofício ao qual os e-mails que mencionam o montante de R\$... supostamente se referiram.

Não há nos autos uma única prova e nem mesmo um único indício de que o montante de R\$... tenha sido destinado a agente público. Na verdade, houve uma inconstitucional presunção utilizada para substituir o elemento nuclear de toda e qualquer sentença condenatória válida em um Estado Democrático, que é a prova.

Nesse sentido, frise-se que a r. sentença recorrida limitou-se a consignar que tais valores teriam sido destinados à “(...)”, “amigos” e a “terceiros”, sequer indicando se seriam funcionários públicos e, em caso positivo, quais seriam os seus cargos:

[print excluído para preservação do caso]

Por todo o exposto, o Apelante requer a absolvição do delito em razão da ausência inexistência de provas da materialidade delitiva, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal ou, subsidiariamente, em razão da insuficiência de provas para a condenação, nos termos do art. 386, VII, do mesmo diploma legal.

204 BRASIL. STJ. Quinta Turma. RHC 47.432/SP. Rel: Min. Felix Fischer. J: 16/12/2014. Dje: 02/02/2015.

44. RESPONSABILIDADE DOLOSA DE TERCEIRO QUE ATUOU EM BENEFÍCIO PRÓPRIO E EM PREJUÍZO DA EMPRESA

A tese foi apresentada em defesa de Empresa do ramo de engenharia em caso em que se apurava suposto dano em área de preservação permanente decorrente de realização de aterro sem autorização ambiental, sendo-lhe imputado delito previsto no art. 38 da Lei nº 9.605/98. A tese em questão demonstra a ausência de responsabilidade penal da pessoa jurídica por atos praticados dolosamente por terceiros, sem autorização da Empresa, em proveito próprio e exclusivo.

Na eventualidade de superação da preliminar arguida, é assertivo que, no mérito, a pretensão punitiva deduzida na ação penal deve ser julgada improcedente.

Vejamos os fatos e as provas carreadas nos autos.

Em primeiro lugar, para que se pudesse condenar a pessoa jurídica, ora Defendente, seria necessário identificar os pressupostos caracterizadores de toda e qualquer infração penal, quais sejam, a existência de fato típico, antijurídico e culpável praticado pela ré.

No caso sob exame, inexistente qualquer prova de que a empresa ré tenha cometido, dolosa ou culposamente, por intermédio de quaisquer de seus funcionários, a infração penal a ela imputada (art. 38 da Lei Federal nº 9.605/1998). Ao cabo de toda a instrução processual, não se logrou identificar nenhuma conduta ativa ou omissiva, que tenha sido praticada dolosa ou culposamente, por alguém que integrasse o quadro de funcionários da Defendente.

Pelo contrário, a prova testemunhal em juízo, corroborada pela robusta prova documental apresentada pela Defesa às fls. (...), comprovam inequivocamente a preocupação da ré em instituir, no âmbito do funcionamento de suas atividades, programa de integridade e qualidade, adotando uma rígida política de *compliance* que impede qualquer cogitação de que possa ter havido negligência ou omissão de sua parte.

Outrossim, não se comprovou que a ré, através de seus representantes, dirigentes, gestores ou mandatários, tenha consentido ou dirigido qualquer ordem, ou mesmo praticado qualquer ação no sentido de determinar, permitir que se praticasse, ou executar o delito sob apuração.

Se é sabido que a pessoa jurídica, por si só, não pratica conduta, evidente que para sua condenação, por crime ambiental, o art. 3º da Lei Federal nº 9.605/1998, impõe que tal responsabilização é cabível desde que o fato delituoso tenha sido cometido por decisão de um de seus representantes, órgão colegiado ou no seu interesse ou benefício, o que absolutamente não se verifica no caso.

Lei Federal nº 9.605/1998

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Em síntese, a despeito da possibilidade de se responsabilizar individualmente as pessoas físicas que eventualmente tenham concorrido para o fato delituoso, o dispositivo legal supracolacionado é EXPRESSO ao condicionar a responsabilização da pessoa jurídica à conduta comissiva ou omissiva de um de seus representantes legais, ou caso tenha havido proveito aos seus interesses. Esse definitivamente não é o caso dos autos.

A violação ao princípio da obrigatoriedade/indivisibilidade da ação penal pública pelo *Parquet*, apontada no tópico anterior desta peça, acabou por gerar uma situação esdrúxula no caso dos autos:

- Todas as provas, inclusive a confissão do suspeito, apontam para a responsabilidade única e individual de (...) (fls...).
- Não há, em toda a investigação conduzida pela polícia ou na instrução processual realizada em juízo, nenhuma prova que aponte o envolvimento de qualquer representante, mandatário ou funcionário da “(...) S.A”, no sentido de praticar, permitir que se praticasse, omitir dever de cuidado ou vigilância, deixar de adotar medidas, treinamentos, políticas de integridade e compliance, a fim de que se evitasse a infração penal.
- Apesar disso, a denúncia é veiculada imputando EXCLUSIVAMENTE à “Empresa (...)”, o cometimento da infração penal, a despeito do que prescreve o art. 3º da Lei nº 9.605/1998. Veja que nenhum dirigente, representante legal, funcionário e nem mesmo o próprio terceirizado que assumiu a responsabilidade exclusiva pelo evento delitivo foram denunciados!!!

Com isso não se quer afirmar, ao contrário do que alguns possam pensar, que a imputação de crime à pessoa jurídica não possa ser feito de modo isolado. Não se desconhece a jurisprudência da Corte no sentido de que a pessoa jurídica pode responder criminalmente independente da imputação de crime à pessoa física. É sabido que esta Egrégia Corte não adota, majoritariamente, o sistema da dupla-imputação em matéria de crimes ambientais.

No presente caso, todavia, não há qualquer elemento probatório ou mesmo indiciário suficiente para embasar uma condenação à pessoa jurídica Defendente, pois nenhuma conduta foi identificada por qualquer de seus representantes legais e tampouco a infração lhe gerou qualquer proveito, tendo sido cometida em benefício EXCLUSIVO do terceiro, “Sr. (...)”, conforme ele próprio afirmou em seu interrogatório colhido na fase policial.

E não se alegue que no depoimento do “Sr. (...)” há elementos para apontar a responsabilidade da empresa porque, além de lacunoso

e inverídico em certos trechos, tal indivíduo sequer foi arrolado como TESTEMUNHA pelo Promotor de Justiça, conforme se extrai da denúncia de fls.(...). Vejamos o absurdo do caso que se apresenta:

- O “Sr. (...)”, ouvido na Delegacia, CONFESSA o crime e diz que ele próprio ORDENOU que a terra fosse jogada no local dos fatos, para que “pudesse regularizar o terreno com o nível da rua para que fizesse uma casa” (fls...), em lote que era de sua PROPRIEDADE, trazendo-lhe pois, BENEFÍCIO PESSOAL EXCLUSIVO.
- O Ministério Público, na peça acusatória, exclui sumariamente o “Sr. (...)” do polo passivo da ação e também do rol de testemunhas, impedindo que ele pudesse esclarecer e, eventualmente, comprovar a participação da ré ou de algum de seus funcionários, mandatários, representantes, etc., apontando quem teriam sido as supostas pessoas, vinculadas à empresa, que lançaram a terra ou os materiais no seu terreno.

A única conclusão que pode ser extraída deste cenário fático é de que eventual condenação da empresa ré representaria incontrastável hipótese de responsabilidade penal objetiva, desvinculada de qualquer comportamento comissivo ou omissivo doloso ou culposos da ré.

Com efeito, beira o absurdo cogitar sua condenação pelo simples fato de um INDIVÍDUO TERCEIRIZADO, sem qualquer autorização da empresa, ter decidido, por conta própria, atirar dejetos em terreno de SUA PROPRIEDADE, agindo em PROVEITO PRÓPRIO E EXCLUSIVO, o qual foi imediatamente desligado assim que os fatos foram descobertos.

Não se alegue, ainda, que a empresa tenha cometido os fatos descritos na denúncia por omissão, ou que tenha faltado com seu dever de instituir programa de conformidade ou de implementar treinamentos na área ambiental.

Inicialmente, conforme exposto na petição de fls. (...), a Defendente é empresa reconhecida pela qualidade de seu programa

de integridade e *compliance* com especial destaque para o combate e a prevenção contra ilícitos ambientais.

Assim que os fatos *in casu* chegaram ao seu conhecimento, a sociedade empresarial tomou todas as medidas cabíveis para a apuração e o enfrentamento da questão, cumprindo com celeridade as determinações e procedimentos de seu programa de *Compliance*.

A empresa atua há mais de vinte anos no mercado e possui um qualificado e eficiente programa de integridade, o qual é amplamente difundido na empresa, com a entrega anual de Códigos de Ética e Conduta (ANEXO I – Código de Ética e Conduta – fls...), bem como com a realização periódica de treinamentos de *compliance* (ANEXO II – Registros de Treinamento Coletivo de *Compliance* – fls...).

Além dos treinamentos de *compliance*, a Defendente adota ainda treinamentos especificamente voltados para a observância de normas atinentes à preservação do meio ambiente, haja vista ser a sustentabilidade e o meio ambiente valores centrais da organização da empresa, a qual impõe a todos os seus membros, funcionários e colaboradores uma atenção e um compromisso maiores com esse temário (ANEXO III – Registros de Treinamento Coletivo de Meio Ambiente – fls...).

Destaca-se que o conteúdo programático dos treinamentos de qualidade sobre o Meio Ambiente abrange especificamente a capacitação para a adequação da obra e reciclagem de resíduos sólidos da construção civil, inclusive o Plano de Gerenciamento de Resíduos da Construção Civil – PGRCC (ANEXO IV – Plano de Gerenciamento de Resíduos da Construção Civil da “(...) S.A.” – fls...).

O treinamento, conduzido por um profissional especializado, busca instruir aqueles envolvidos com as atividades da empresa sobre os materiais e resíduos produzidos em relação aos cuidados requeridos e procedimentos necessários para a sua destinação final: desde as formas de acondicionamento e transporte até a efetiva e adequada destinação final conforme o tipo de resíduo.

Além disso, os contatos do engenheiro que ministra o treinamento são sempre disponibilizados para que qualquer dúvida ou questão possa ser sanada em momentos posteriores.

Todo esse procedimento é orientado pelo Referencial Normativo Nível “A” do Sistema de Avaliação da Conformidade de Empresas de Serviços e Obras da Construção Civil – SiAC.

Esse referencial impõe a provisão de recursos especificamente voltada para a definição da destinação adequadas dos resíduos sólidos e líquidos produzidos pela obra, de modo a respeitar o meio ambiente por meio de uma atuação em conformidade com a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010).

Vale ressaltar ainda que, para assegurar a informação e a contínua habilitação dos profissionais envolvidos nas atividades da empresa, a referida Lei de Política Nacional de Resíduos Sólidos foi impressa na forma de livredo e distribuída aos engenheiros da empresa como Manual de Política Nacional de Resíduos Sólidos (ANEXO V – Manual distribuído aos engenheiros – fls..).

Além disso, no constante intento de aprimoramento de suas atividades, desde 2010 a “(...) S.A.” aprovou a implantação de um Plano de Qualidade rigoroso para a Unidade de “(...)”, o qual, entre suas imposições, define a específica e adequada destinação dos resíduos produzidos na empresa sob a perspectiva do impacto ao meio ambiente (ANEXO VI – Planos e Manual de Qualidade – fls..).

Destaca-se que o Plano é periodicamente atualizado para manter-se adequado às normas ambientais, atualizando e adaptando continuamente os procedimentos para a obtenção de maior efetividade.

Esse plano foi estruturado em um Manual da Qualidade o qual aponta entre seus indicadores, voltados à sustentabilidade no segmento da construção civil, a geração de recursos para estruturação das políticas da empresa (ANEXO VI – Planos e Manual de Qualidade).

O programa de *compliance* da “(...) S.A.” abarca ainda:

- Código de Ética e Conduta;

- Políticas de Compliance e Procedimentos Internos;
- A realização periódica de inspeções e auditorias (ANEXO VII – documentos de inspeções e auditorias – fls...);
- Canal de denúncias à disposição de seus profissionais, clientes, colaboradores e terceiros, viabilizado presencialmente, por telefone, por correio, pelo e-mail e, também, através do portal online da empresa.

Destaca-se que a Defendente realiza o monitoramento contínuo das atividades desenvolvidas em seu âmbito, tomando medidas céleres e efetivas para a prevenção e a apuração de irregularidades.

Assim que informada sobre os acontecimentos que lastreiam o presente processo, a Defendente imediatamente adotou as medidas previstas em seu programa de integridade, especificamente de seu Procedimento de Gestão de Qualidade para o tratamento de não conformidade, buscando a responsabilização e correção de quaisquer falhas, com a aplicação de ações corretivas e preventivas (ANEXO VII – Procedimento e Tratamento de não conformidade – fls...).

Tamanho o rigor da Defendente em relação ao compromisso com o meio ambiente que, apesar de não ter sido identificada conduta irregular do Engenheiro responsável *in locu* pela obra, ainda assim, o Engenheiro teve o seu contrato de trabalho rescindido (ANEXO X – Termo de Recisão de Contrato de Trabalho – fls...).

Por fim, vale apontar a ampla certificação da “(...) S.A.”, qualificada por seu Sistema de Gestão da Qualidade como nível A pela SAS Certificadora. É também habilitada como nível A do Sistema de Avaliação da Conformidade do PMQP-H na Especialidade Técnica de Execução de Obras em diversos subsetores (ANEXO X – Certificados – fls...).

O histórico narrado e a robusta prova documental supramencionada demonstram, inequivocamente, que a “(...) S.A.” adota rigoroso programa de conformidade, ao qual estão atrelados todos os envolvidos em suas atividades, demonstrando reiteradamente o seu comprometimento da com a preservação ambiental, com a

qualificação de seus funcionários e colaboradores e com a adequada destinação dos resíduos de suas obras.

Tal prova documental é corroborada pela prova oral, colhida sob o crivo do contraditório judicial.

Ouvido em juízo, o representante legal da pessoa jurídica, atestou que a empresa, com anos de atuação no mercado, sempre cumpriu rigorosamente todas as normas ambientais, destacando que o episódio narrado na denúncia aconteceu por culpa exclusiva de um funcionário terceirizado, o qual, visando obter benefício próprio, passou a desviar a carga de despojos do empreendimento para um lote de sua propriedade, lá depositando a terra e os materiais dispensados na obra. Ao tomar conhecimento dos fatos, a empresa ré imediatamente adotou providências para cessar o comportamento ilícito do terceiro, desligando os responsáveis pelo evento, conforme transcrição do interrogatório abaixo:

[print excluído para preservação do caso]

O interrogatório dos representantes legais da ré foi corroborado por TODOS os depoimentos das testemunhas na instrução. Senão vejamos.

A testemunhas “(...)”, ex-funcionário da “(...) S/A”, engenheiro o qual trabalhava como gestor de obra, ouvida às fls..., declarou em juízo que:

[print excluído para preservação do caso]

A testemunha “(...)”, declarou em juízo que:

[print excluído para preservação do caso]

As testemunhas “(...)”, “(...)” e “(...)”, declararam em juízo que a empresa segue todas as normas de conformidade, observando rigorosamente a legislação e seu programa de integridade e *compliance*, conforme os documentos acima juntados.

testemunha ainda foi indagada pelo Promotor de Justiça acerca do motivo pelo qual o engenheiro responsável pela obra, mesmo não tem qualquer envolvimento nos fatos, teria sido demitido cerca

de um mês depois, tendo esclarecido que se trata de uma política de conformidade da empresa, que optou por desligar o funcionário mesmo constatando que ele só tomou conhecimento do fato após a notificação da empresa.

Por sua vez, “(...)”, funcionário da empresa desde 2011, quando ouvido em juízo, apontou que a empresa tem normas rigorosas de conformidade ambiental, afirmando que a empresa sempre se preocupa com o cumprimento das normas. Disse que a “(...)” foi uma das primeiras empresas em Minas Gerais a implantar um controle de qualidade e possuir certificação ISSO9000, possuindo manual de sustentabilidade ambiental em obras, uma cartilha que oferece condições ao engenheiro de obra condições para conhecer a legislação ambiental, os cuidados com o canteiro de obra e ao longo da execução do contrato. Afirmou ainda que o engenheiro foi desligado mesmo não tendo qualquer envolvimento com os fatos e que o contrato com a Prefeitura de “(...)” para essa e outras obras sempre foi cumprido corretamente. Por fim, confirmou a versão da empresa Defendente asseverando que o caminhoneiro terceirizado era proprietário do terreno e que ele, por conta própria, pediu aos caminhoneiros que jogassem a terra no local para aterrál-lo.

Outra testemunha, “(...)”, declarou que a empresa tomou conhecimento dos fatos após a autuação, dizendo que a empresa possui um rigoroso controle de conformidade ambiental. Asseverou que foi constatada a culpa do caminhoneiro nos fatos objeto da denúncia e que o proprietário da área era ele. Afirmou que o engenheiro responsável foi desligado, através da comissão de controle de conformidade, mesmo não tendo responsabilidade nos fatos, por conta da gravidade da ocorrência e sua repercussão interna na empresa, que zela fielmente pela observância das normas ambientais. E, por fim, atestou que o bota-fora da Prefeitura de “(...)” não emite ticket de recebimento para fiscalizar a entrada e saída de materiais, informação essa que foi corroborada pela outra testemunha “(...)”.

Destarte, considerando TODOS os elementos probatórios coligidos aos autos, deve a ré ser absolvida da imputação que lhe recai,

porquanto comprovado de maneira inequívoca que não concorreu para a prática da infração penal (art. 386, inciso IV, CPP) e, sobretudo, diante da constatação irrefutável de que houve responsabilidade exclusiva de terceiro que atuou em benefício próprio, em prejuízo do bem jurídico e da própria empresa ré.

45. ATIPICIDADE DO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: EXTEMPORANEIDADE DA CONDUTA DO ACUSADO.

A tese foi apresentada em defesa de Executivos de Companhia Multinacional em processo relacionado a suposto esquema de lavagem de capitais, alegadamente conectado com delitos de corrupção, cartel e organização criminosa. A tese em questão, relacionada à imputação do delito de lavagem de capitais, art. 1º, V, VI e VII, e §4º da Lei nº 9.613/1998, objetivou demonstrar a atipicidade objetiva da conduta que não contribui, intelectual ou materialmente, para o planejamento das supostas empreitadas criminosas.

O Defendente esteve em Angola a trabalho durante toda a suposta realização dos arranjos criminosos objeto de apuração e somente retornou ao Brasil em setembro de 2010

Às fls. (...), a denúncia dedica-se ao delito de organização criminosa e, *data vênia*, o faz de modo genérico, amontoando os diversos envolvidos, sem indicar e nem mesmo sugerir a forma, o contexto e as circunstâncias a partir dos quais teriam se associado.

Vale destacar o seguinte excerto:

[print excluído para preservação do caso]

Como se verifica, a denúncia considerou o Defendente imprescindível para que o desiderato criminoso fosse alcançado, entretanto sequer diferencia sua conduta daquela dos demais envolvidos que teriam agido para corromper agentes públicos. Imputa-se ao defendente fatos de 2008 a 2014 sem especificação e não é levado em consideração o fato de que o Defendente sequer estava no Brasil no período em que teria sido firmado o arranjo ilícito entre os envolvidos.

Nos delitos de Organização Criminosa o elemento temporal se mostra crucial, isso porque o tipo penal possui um elemento

subjetivo do tipo especial, qual seja, o objetivo de obter vantagens pelo cometimento de delitos²⁰⁵.

Por objetivo se entende uma planificação²⁰⁶, ou seja, uma projeção de futuro. Disso se extrai a necessária associação dos agentes ao grupo em momento anterior à prática de crimes.

Nesse sentido, RODRIGO CARNEIRO GOMES, em análise sobre os requisitos para a organização criminosa a partir da Convenção de Palermo, entende ser imprescindível a atuação combinada o que “nada mais é do que o cometimento de ilícitos programados, em que cada um desempenha seu papel dentro de uma estrutura de divisão de tarefas”²⁰⁷.

No presente caso, o que se percebe é que o Defendente esteve em Angola a trabalho durante toda a suposta realização dos arranjos criminosos objeto de apuração e somente retornou ao Brasil em setembro de 2010. Ademais, apenas 04 anos depois de retornar ao país é que assumiu a Diretoria da “(...)”, em julho de 2014. Nesse momento, o empreendimento da Torre “(...)” já estava em avançado estágio e todos os arranjos foram descritos na denúncia como finalizados antes desse período.

Dessa forma, quando assumiu a Diretoria da “(...)”, o Defendente não possuía conhecimento de qualquer dos fatos, somente vindo a saber deles quando assumiu o cargo:

[print excluído para preservação do caso]

205 “Lei n. 12.850/2013

Artigo 1º

§ 1o Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

206 GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da convenção de Palermo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 170 e 175.

207 GOMES, Rodrigo Carneiro. *Op. cit.* p. 167.

A própria assunção do cargo pelo Defendente não fora planejada, mas se deu de forma emergencial, como já apontado, em função da saída inesperada de outro Diretor da empresa:

[print excluído para preservação do caso]

Note-se ainda que as próprias cobranças pelo adimplemento dos acordos que haviam sido pré-estabelecidos já haviam se iniciado em momento anterior à chegada do Defendente:

[print excluído para preservação do caso]

No mesmo sentido o depoimento do Defendente em seu interrogatório:

[print excluído para preservação do caso]

O completo distanciamento do Defendente de quaisquer arranjos ou desvios é reforçado pelo fato de não ser nem ao menos reconhecido como Diretor Regional da “(...)” por “(...)” em seu depoimento:

[print excluído para preservação do caso]

Observa-se também a partir do Termo de Colaboração n... de “(...)” que, novamente, o Defendente não é nem ao menos reconhecido como Diretor da “(...)”, não sendo nem ao menos indicado ou mencionado:

[print excluído para preservação do caso]

Diante do exposto, tendo em vista que os supostos arranjos teriam sido inteiramente realizados antes que o Defendente houvesse retornado para o país, verificam-se ausentes os requisitos objetivos do tipo penal de Organização criminosa.

Assim, requer a Defesa a absolvição do acusado pelo crime de Organização Criminosa, na forma do artigo 386, IV, do CPP, uma vez que todo o acervo probatório construído na apuração demonstra não ter o Defendente concorrido para os fatos.

46. ATIPICIDADE DO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: AUSÊNCIA DOS ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

A tese foi apresentada em defesa de Executivos de Companhia Multinacional em processo relacionado a suposto esquema de lavagem de capitais, alegadamente conectado com delitos de corrupção, cartel e organização criminosa. A tese em questão, relacionada à imputação do delito de organização criminosa, art. 2º, caput e §4º, II, III, IV e V, da Lei nº 12.850/2013, discorre sobre a atipicidade subjetiva da conduta do indivíduo que não possui ânimo associativo com os demais supostos membros da organização criminosa.

Não bastasse a extemporaneidade, o Defendente assumiu o cargo de modo excepcional, em face de uma necessidade da Companhia, sem ter participado dos arranjos, da negociação e de nenhum outro fato ocorrido antes do Defendente assumir a Diretoria.

Inclusive, o Defendente desconhecia os envolvidos nos fatos que antecederam a sua assunção na Diretoria e os envolvidos, por outro lado, nem ao menos reconheciam o Defendente como participante do projeto Torre “(...). Vale novamente colacionar:

[print excluído para preservação do caso]

Situação muito mais relevante do que aquela imputada ao Defendente foi considerada atípica no julgamento da Ação Penal 966 pelo **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** em 2019, justamente por ausência de prova nos autos da adesão subjetiva em se tratando de fato no qual houve arranjos prévios sem a participação do agente. Vale destacar o seguinte trecho do voto do Ministro Relator Edson Fachin, às fls. 3544 dos autos da respectiva ação:

STF: “Do relato dos colaboradores é possível inferir que, na gênese do estratagema de apropriação de recursos da sociedade de economia mista ora

denunciado, o Partido Progressista (PP) teve seus interesses geridos por José Mohamad Janene que, por sua vez, procedia à distribuição de recursos entre os demais integrantes da agremiação partidária, os quais, até então, eram meros beneficiários das quantias arrecadadas junto às empresas cartelizadas. Por ocasião do seu falecimento no ano de 2010, quando tal função foi diluída entre os demais líderes, todo o sistema de cartelização das empreiteiras, superfaturamento de contratos e pagamento de propina ao Partido Progressista (PP) já se encontrava em pleno funcionamento, não havendo prova nos autos que indique a adesão subjetiva, especificamente por parte do denunciado Nelson Meuer, à conduta de Paulo Roberto Costa na obtenção das vantagens indevidas, mormente na extensão pretendida pela Procuradoria-Geral da República na incoativa.²⁰⁸

O ânimo associativo é considerado essencial para a configuração do tipo penal de Organização Criminosa também pela jurisprudência do **TRF-4**²⁰⁹, valendo citar aqui excerto extraído da ementa resultante do julgamento da Apelação Criminal nº 5023121-47.2015.4.04.7000:

TRF-4: “16. Não constatado um ânimo associativo entre os acusados, resta ser mantida a absolvição dos réus quanto ao delito de pertinência a organização criminosa.”

O Tribunal vai além em seu rigor, exigindo não apenas a comprovação no envolvimento com os fatos e o ânimo associativo, mas também a ciência acerca do propósito específico ao qual se destinava

208 BRASIL. STF. Segunda Turma. AP 996. Rel. Min. Edson Fachin. J: 29/05/2018. DJe: 07/02/2019. P: 08/02/2019.

209 Nesse sentido: BRASIL. TRF4. Oitava Turma. ACR 5023121-47.2015.4.04.7000. Rel. Des. João Pedro Gebran Neto, J: 08/06/2017.

o fato, destacando-se aqui os seguintes excertos da Apelação Criminal nº 5083376-05.2014.4.04.7000/PR, julgada pelo **TRF-4**²¹⁰:

TRF-4: “23. Preservada a absolvição em relação ao agente que, ainda que comprovado seu envolvimento com a organização criminosa, não há elementos probatórios que demonstrem, acima de dúvida razoável, sua ciência acerca do propósito específico de viabilizar o repasse de propina ao diretor da estatal.” (trecho da ementa)

“Como já referido, não há provas do envolvimento de Mateus nos fatos. Quanto a José Ricardo, ainda que comprovado o seu envolvimento com a organização criminosa, não há elementos probatórios que demonstrem, acima de dúvida razoável, de sua ciência de que as operações subreptícias tinham o propósito específico de viabilizar o repasse de propina a Paulo Roberto Costa.” (voto do Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, p. 130 do inteiro teor do acórdão)

Sublinhe-se e reitere-se que o pagamento realizado é atípico, e tão somente pode ser compreendido como um mero exaurimento de delitos realizados anteriormente.

Diante desse cenário, importante evidenciar a completa ausência de envolvimento do Defendente na Organização, jamais tendo a ela se associado, estando ausente o requisito subjetivo do tipo, ânimo associativo.

Dessa forma, a Defesa requer a absolvição do acusado pelo crime de Organização Criminosa, na forma do artigo 386, V, do CPP, uma vez que todo o acervo probatório construído na apuração demonstra não ter o Defendente concorrido para os fatos.

210 BRASIL. TRF4. Oitava Turma. ACR 5083376-05.2014.4.04.7000. Rel. Des. João Pedro Gebran Neto. J: 29/11/2016

47. ATIPICIDADE DA CONDUTA: IMPOSSIBILIDADE DE COAUTORIA EM CRIMES CULPOSOS

A tese foi apresentada em defesa de Executivo de Empresa do ramo de saneamento no âmbito de caso que discute suposto crime ambiental. Foi imputado ao Defendente, em razão do seu cargo na Empresa, também denunciada, a prática dos delitos previstos no art. 54, §2º, V, da Lei nº 9.605/98 c/c art. 71 do CP e art. 60 da Lei nº 9.605/98. A tese discorre sobre questões atinentes à estrutura dos tipos penais culposos, abordando a impossibilidade de configuração de coautoria em delitos dessa modalidade.

O Ministério Público, em alegações finais por memoriais, manteve o pedido de condenação dos funcionários da “(...)” nos exatos termos da denúncia, o que foi totalmente acolhido nos termos da sentença ora impugnada.

Na sentença, com base na imputação apresentada na denúncia e nos memoriais finais do Ministério Público, foram atribuídos os mesmos crimes a todos os funcionários da “(...)”, envolvendo-os, indistintamente, nos fatos delituosos, ou seja, na condição de coautores:

[print excluído para preservação do caso]

Tem-se como compreensão assente na doutrina²¹¹, o fato de que em sede de delitos culposos, inexistente concurso de agentes na

211 Nesse sentido, destaca-se a lição de Hungria, segundo o qual, nos delitos culposos, “todos os participantes são autores, pois todos cooperam na realização do crime com igual eficiência causal (isto é, suas cotas de cooperação são igualmente necessárias e decisivas in concreto ou segundo um juízo *ex post*)”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 1, t. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 326. No mesmo sentido: BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 102; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral* – 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 255-256; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Lições fundamentais de Direito Penal: parte geral* – 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 705; TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3ª ed. integralmente rev. e ampl. Pref. Claus Roxin. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2009, p. 461. Na doutrina

modalidade coautoria, nos moldes como foi promovida a imputação constante da denúncia e a correspondente condenação determinada na sentença ora impugnada.

JUAREZ TAVARES, afirma que “os delitos culposos não comportam coautoria, somente autoria colateral”²¹², porque cada sujeito possui uma determinada e específica relação com o Direito, não se podendo simplesmente estender a situação de perigo a todos os supostos envolvidos. E arremata asseverando que “a conclusão de que os delitos culposos não comportam coautoria não se choca, por seu turno, com a norma do art. 29 do Código Penal.”²¹³

Pelo contrário, o órgão Ministerial atribuiu a todos os envolvidos, que ocupam cargos no âmbito da administração pública municipal, uma responsabilização em conjunto, o que foi acolhido na sentença de forma integral.

E não se alegue que houve intuito de imputar apenas autoria colateral ao Apelante e aos dois outros acusados porque a imputação é clara ao tentar estabelecer às condutas dos participantes no evento a qualidade de concausas para o resultado:

[print excluído para preservação do caso]

Data venia, além das graves inconsistências jurídicas também chama a atenção o fato de que, no presente caso, observa-se a imputação de um delito omissivo impróprio culposo ao mesmo tempo em que se denunciam outros agentes pelo mesmo crime, mas a título de dolo, olvidando-se que não se afigura possível participar culposamente em fato doloso de outrem, como ressalta NELSON HUNGRIA:

Dado o indeclinável requisito da homogeneidade do elemento subjetivo (à parte os motivos determinantes, que podem ser diversos), é bem de ver que se não

estrangeira, destaca-se: CERZO MIR, José. *Derecho Penal: parte general*. Prof. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1099.

212 TAVARES, Juarez. *Op cit.*

213 Idem.

pode falar de participação culposa em crime doloso ou participação dolosa em crime culposo, pois, em tais casos, é radical o dissídio de vontades.²¹⁴

Note-se que a Defesa não se manteve inerte e, desde o primeiro momento, em resposta à denúncia, apresentou a presente tese preliminar, prequestionando a questão.

Pelo exposto, requer o reconhecimento da nulidade do processo desde a denúncia, na forma do artigo 564, IV, do Código de Processo Penal e reconhecendo-se a ocorrência de uma imputação impossível.

PREJUÍZO: O Apelante foi denunciado e condenado a partir de imputação impossível e sem fundamento legal ou lastro probatório, ausente qualquer descrição sobre os elementos necessários à conformação do concurso de pessoas.

PREQUESTIONAMENTO: A imputação contida na denúncia, de concurso de pessoas em crimes omissivo culposo – hipótese não admitida no ordenamento brasileiro -, sem descrição fática dos elementos do concurso de agentes configura imputação impossível e inépcia, em expressa violação aos artigos 1º (legalidade) e 29 (concurso de pessoas) do CP, e art. 41 do CPP, bem como o art. 5º XXXIX da CR/88 (legalidade).

214 HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentário ao Código Penal*. Vol. I. t. II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 415-416.

48. ATIPICIDADE OBJETIVA DA CORRUPÇÃO ATIVA EM FACE DA AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO A QUEM TERIA SIDO OFERECIDA VANTAGEM INDEVIDA

A tese foi apresentada em defesa de Executivo de Empreiteira em processo relacionado à suposta fraude à licitação, sendo-lhe imputado os delitos descritos no art. 90 da Lei n° 8.666/90 e arts. 312, 332 e 333, todos do CP. A tese em questão, relacionada à suposta corrupção ativa, discorre sobre a atipicidade do delito diante da inexistência de apontamento de funcionário público a quem, supostamente, foi oferecida vantagem indevida.

O Apelante foi denunciado pelo delito de corrupção ativa, previsto no art. 333 c/c art. 29, ambos do Código Penal, nos seguintes termos:

[print excluído para preservação do caso]

Conforme consignado em teses anteriores, o Apelante não possuía rotina junto à “(...)” que fugissem do escopo de idealização e materialização de cláusulas de edital. Sequer há provas de que ele teria concorrido para qualquer tipo de oferecimento de vantagem indevida, conforme será demonstrado em tese seguinte.

No entanto, antes disso, necessário confrontar a atipicidade objetiva do crime de corrupção ativa atribuído ao Apelante.

Esclarecido esse ponto, é necessário destacar que tanto a denúncia quanto a sentença não fazem qualquer menção a eventual agente público e nem mesmo o cargo que seria ocupado pelo suposto agente público alegadamente beneficiado, limitando-se a descrever que a suposta oferta teria sido direcionada “a agentes públicos”, “terceiros”, à “(...)” ou a “amigos”.

Poder-se-ia alegar, em um exercício de reflexão hipotético, que a descrição de tal circunstância ainda não seria imprescindível em uma denúncia, tratando-se de fato a ser apurado na instrução processual.

Porém, *in casu*, trata-se de situação ainda mais grave: não só a denúncia deixou de descrever, comprometendo o direito de defesa do Apelante, mas, durante a instrução, não se apurou esse elemento essencial para a caracterização do tipo penal e, por consequência, a r. sentença não menciona.

Observe-se que as menções da r. sentença recorrida se referem ao suposto repasse que teria sido destinado a **“a terceiros”**, **“amigos”** e à **“(...)”**, não descrevendo o nome da autoridade e nem ao menos qual cargo ocuparia:

[*print excluído para preservação do caso*]

Indispensável para a configuração do delito de corrupção ativa que o funcionário público a quem se oferece ou se promete vantagem indevida seja competente para praticar o ato de ofício visado. Nesse sentido, a doutrina é firme em afirmar que “a vantagem indevida deve ter como destinatário o funcionário público competente para realizar o ato de ofício visado pelo agente corruptor”²¹⁵.

Imprescindível, assim, para fins de condenação de um indivíduo por corrupção ativa, a indicação de quem teria sido o funcionário público a quem teria sido oferecida a vantagem indevida ou ao menos seu cargo ou função, uma vez que a configuração do delito depende da atribuição funcional daquele a quem a vantagem é oferecida ou prometida.

Diante da injustificável omissão na apuração, permanecem em aberto perguntas e dúvidas, cujas respostas seriam essenciais para o devido preenchimento dos pressupostos do delito de corrupção ativa atribuído ao Apelante, tornando a condenação do Apelante temerária e insustentável. São elas:

- O valor no montante de R\$... (suposta vantagem indevida) teria sido, de fato, oferecido ou prometido a funcionário público?

215 SOUZA, Luciano A. Código Penal Comentado. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 1110. No mesmo sentido: GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Especial: crimes contra a administração pública*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 300.

- Em caso positivo, quem seria o funcionário público a quem teria sido oferecida o referido valor?
- Esse funcionário era competente para realizar “ato de ofício”?
- Considerando que o e-mail que fundamenta a acusação e a condenação dos acusados pelo delito de corrupção ativa se referem a período posterior ao término do processo licitatório da Concorrência..., ou seja, data na qual a EPC já havia se sagrado vencedora do certame, qual seria o ato de ofício que o suposto funcionário público teria sido determinado a praticar?

As perguntas permanecem em aberto e não são meras dúvidas, mas consistem em grave falha, cuja solução conduz inexoravelmente à absolvição:

STJ: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CORRUPÇÃO ATIVA. CONDENAÇÃO. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. TIPO PENAL QUE EXIGE A PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO INJUSTO. PRÁTICA, RETARDAMENTO OU OMISSÃO DE ATO DE OFÍCIO PELO FUNCIONÁRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA. ABSOLVIÇÃO DEVIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. No crime de corrupção ativa exige-se, além da consciência e vontade de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, o elemento subjetivo do injusto consistente na intenção de obter do servidor a prática, omissão ou retardamento de ato de ofício.

2. No caso, ausente o elemento subjetivo específico - prática, retardamento ou omissão de ato de ofício -, visto que, figurando o funcionário público na condição de acusado, **não possuía atribuição para o início ou auxílio na investigação do fato** - ausência de competência para a prática de qualquer ato da persecução penal na condição de policial militar.

3. Assim, a promessa de dinheiro pelo agravado ao policial militar para que este não revelasse sua

participação como suposto mandante do crime de homicídio de seu desafeto político, não foi realizada com o fim de obter o retardamento, a omissão ou a prática de ato de ofício e, sim, para que o agente policial, na condição de particular envolvido na prática criminosa, não o delatasse às autoridades policiais encarregadas da investigação do fato delituoso.

4. Ausente o elemento subjetivo do injusto, é imperiosa a absolvição do agravado nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento²¹⁶.

TJMG: APELAÇÃO CRIMINAL - CORRUPÇÃO PASSIVA - ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE ADVOCACIA ADMINISTRATIVA OU PARA O DE ESTELIONATO - IMPOSSIBILIDADE - REVOGAÇÃO DA DECLARAÇÃO DA PERDA DO CARGO - VIABILIDADE - CORRUPÇÃO ATIVA - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE - CONDUTA ATÍPICA. Se o agente não oferecer nem prometer vantagem indevida a funcionário público para ele praticar ato de ofício, **bem como se o funcionário não tem competência funcional para realizá-lo, a conduta do agente é atípica**²¹⁷.

TRF-4: DIREITO PENAL. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 90 DA LEI 8.666/93. CONFIGURAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. ART. 333 E 317 DO CP. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. O crime do artigo 90 da Lei 8.666/93 caracteriza-se como delito formal, que se consuma independentemente do efetivo dano ao erário decorrente de vantagem indevida para si ou para outrem em razão da adjudicação do objeto da licitação. 2. Configura o delito do art. 90 da Lei 8.666/93 a conduta de ajustar previamente preços a

216 BRASIL. STJ. Quinta Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.372.909/MG. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. J: 16/04/2013. DJe: 24/04/2013.

217 BRASIL. TJMG. 1ª Câmara Criminal. Apelação Criminal 1.0024.11.169417-0/001. Rel. Des. Flávio Leite. J: 29/01/2019. P: 06/02/2019. Ementa parcial.

fim de fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório. **3. Para caracterização dos delitos de corrupção ativa e passiva o ato visado deve estar na esfera de atribuição do funcionário²¹⁸.**

A Defesa, ciente de que não se trata de jurisprudência, mas não desconsiderando, para fins de argumentação, a coincidência circunstancial com os elementos do caso, transcreve trecho de sentença de primeiro grau:

[print excluído para preservação do caso]

Assim, se denúncia e sentença não descrevem quem seria o funcionário público ou qual seria o seu cargo, não há meios para saber quais eram suas atribuições e, portanto, não se pode saber se a suposta vantagem no montante de R\$... teria sido oferecida para determiná-lo a praticar, deixar de praticar ou retardar dever de ofício.

Por todo o exposto, a Defesa requer a reforma da sentença para que se reconheça a absolvição do Apelante do crime de corrupção ativa em razão da atipicidade do delito, nos termos do art. 386, III, do CPP.

PREJUÍZO: Se a denúncia e sentença não descrevem quem seria o funcionário público supostamente corrompido ou qual seria o seu cargo, não há meios para saber quais eram suas atribuições e, portanto, não se pode saber se a suposta vantagem indevida teria sido oferecida para determina-lo a praticar, deixar de praticar ou retardar dever de ofício, em violação à jurisprudência do STJ (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.372.909/MG.

218 BRASIL. TRF-4. Oitava Turma. Apelação Criminal 5003057-87.2014.4.04.7117. Rel. Des. Nivaldo Brunoni. J: 15/02/2017.

49. ATIPICIDADE OBJETIVA DO CRIME DE TRÁFICO DE INFLUÊNCIA DIANTE DA AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO TIPO OBJETIVO

A tese foi apresentada em defesa de Executivo de Empreiteira em processo relacionado à suposta fraude à licitação, sendo-lhe imputado os delitos descritos no art. 90 da Lei n° 8.666/90 e arts. 312, 332 e 333, todos do CP. A tese em questão, referente ao delito de tráfico de influência, discorre sobre a atipicidade da referida capitulação diante da ausência de preenchimento dos requisitos objetivos do tipo penal.

O Apelante foi denunciado pela suposta prática do delito de tráfico de influência (art. 332 do CP) nos seguintes termos:

[print excluído para preservação do caso]

No entanto, a conduta do Apelante descrita na denúncia e na r. sentença condenatória não se amolda ao referido tipo penal.

A própria denúncia, ao tratar da imputação do delito de tráfico de influência ao Apelante e ao “Sr. (...)”, reconhece que o Apelante teria **efetivamente influenciado** no ato praticado pelo funcionário público “(...)”, então “(...)” da “(...)”:

[print excluído para preservação do caso]

O MPF, ao afirmar que o Apelante e o “Sr. (...)”, em nome da “(...)”, teriam obtido “*garantia de parceria*” do “(...)”, a qual teria resultado, nos seus próprios dizeres, “*efetivamente*”, na suposta frustração da licitude da Concorrência nº..., deixa evidente que reconhece o êxito da influência da qual acusa o Apelante.

A própria r. sentença recorrida, ao tratar da imputação do delito de tráfico de influência ao Apelante e ao “Sr. (...)”, também reconhece que a influência de ambos no ato supostamente praticado pelo “(...)” da “(...)” teria sido exitosa:

[print excluído para preservação do caso]

O tipo penal previsto no art. 332 do Código Penal prevê que, para a consumação do delito, a vantagem deve ter sido solicitada, exigida, cobrada ou obtida “a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função”.

O emprego pelo legislador da expressão “a pretexto de influir” na redação do art. 332 do Código Penal evidencia que o tipo objetivo do delito em questão alcança tão somente os casos em que não há efetivo poder de influência do agente, mas sim uma fraude ou simulação por parte do agente para que o comprador da influência acredite que aquele possui um poder de interferência que, na realidade, não existe:

A expressão a pretexto de influir indica se tratar de uma fraude, uma simulação; **inexiste, em verdade, qualquer possibilidade de interferência na atuação do agente público**. O pretexto, afinal, é o subterfugio, o motivo que se usa para encobrir a verdadeira razão de (algo)²¹⁹.

O crime em exame retrata uma fraude ou um estelionato porque o comprador do prestígio **é iludido para comprar uma influência que não existe**. (...) O sujeito ativo do crime procura fazer com que o comprador do prestígio **acredite que possui um poder de influência que na realidade não possui**²²⁰.

Por essa razão o delito é caracterizado como “venda de fumaça” (*venditio fumo*), ou seja, da venda fraudulenta de uma influência falsa e simulada.

Assim, o legislador buscou conferir proteção ao prestígio e à credibilidade da atuação do funcionário público²²¹ nas hipóteses que o agente não possui poder de interferência em ato praticado por funcionário público, mas alega possuir e por essa razão solicita

219 TOJAL, Tarsila Fonseca. Comentários ao artigo 332 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (Org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 1101.

220 GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral: crimes contra a administração pública*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 291.

221 GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral: crimes contra a administração pública*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 290.

vantagem ou promessa de vantagem, o que por si só ofenderia o bem jurídico tutelado.

É nesse sentido, também, a interpretação do Superior Tribunal de Justiça a respeito do crime de exploração de prestígio, considerada pela própria Corte como subespécie do crime de tráfico de influência:

STJ: PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 357 DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONDUTA EQUIVALENTE AO DE “COMPRADOR DE FUMAÇA” NÃO ENCONTRADIÇA NOS NÚCLEOS DO TIPO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO.

1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa exige comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da ocorrência de causa de extinção da punibilidade, da ausência de lastro probatório mínimo de autoria ou de materialidade, o que se verifica na presente hipótese.

2. Dispõe o art. 357 do Código Penal que, para a configuração do delito de exploração de prestígio, deve o agente “Solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, **a pretexto de** influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha”.

3. Na linha da jurisprudência desta Corte, “O crime de exploração de prestígio é, por assim dizer, uma subespécies do crime previsto no art. 332 do Código Penal (tráfico de influência). É a exploração de prestígio, a venda de influência, a ser exercida especificamente sobre pessoas que possuem destacada importância no desfecho de processo judicial (APn n. 549/SP, rel. Corte Especial, Ministro Felix Fischer, DJe 18/11/2009).

4. Na hipótese, a denúncia não se desincumbiu de descrever nenhum comportamento típico do ora recorrente, comportamento esse conhecido

como o de “**vendedor da fumaça**” (**venditio fumi**), **sob o qual poderia exercer a influência jactante, caracterizadora da exploração de prestígio**. Ao revés, a incoativa descreve, amiúde, a conduta do recorrente como a de um “comprador de fumaça”. [...] Não obstante a conduta ilícita do comprador de influência, não pode ele ser também sujeito ativo do crime, como alguns pretendem, conquanto sua conduta seja imoral. **Realmente, ele se crê agente de um crime de corrupção em co-autoria com o vendedor de prestígio, mas dito crime não existe, é putativo**” (NORONHA. E. Magalhães. Direito Penal. Volume 4. São Paulo. Ed. Saraiva, 2003, págs. 325/326). 6. Recurso provido para trancar a ação penal ante a manifesta atipia da conduta do recorrente²²².

A Defesa não ignora o desvalor moral e jurídico na conduta que embasou a condenação por tráfico de influência, apta inclusive a ensejar capitulação em tipo penal mais severo do que aquele optado pelo Ministério Público e pelo Juízo.

No entanto, o que está em jogo é a própria segurança jurídica que exige a lealdade da estrutura de poder no exercício do *ius puniendi* e, no caso, a conduta descrita não se amolda às elementares do tipo imputado:

Não versa, portanto, sobre a conduta de quem de fato possui ou exerce a referida influência, **devendo-se analisar se o caso concreto eventualmente se subsume a outra norma penal**²²³.

Evidencia-se, mais uma vez, *data venia*, atecnia da sentença condenatória, cuja classificação do crime contraria a própria narrativa do fato.

222 BRASIL. STJ. Sexta Turma. RHC n. 55.940/SP. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro. J: 4/9/2018. DJe: 14/9/2018. Ementa parcial.

223 TOJAL, Tarsila Fonseca. Comentários ao artigo 332 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de. (Org.). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 1101.

Diante do exposto, a Defesa requer a absolvição do Apelante pelo delito descrito no art. 332 do Código Penal em razão da atipicidade de sua conduta, nos termos do art. 386, III, CPP.

50. AUSÊNCIA DE CONDUTA: HIPÓTESE DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA EM VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A tese foi apresentada em defesa de Executivos de Empresa, também denunciada, do ramo ceramista em processo em que se apurava uma suposta exploração clandestina de areia e argila, matérias primas pertencentes à União. Foram-lhes imputados os delitos previstos no art. 2º da Lei nº 8.176/91 e art. 55 da Lei 9.605/1998. A tese em questão demonstra que a responsabilização de indivíduo meramente em razão da sua posição no quadro societário, sem comprovação qualquer conduta ilícita, comissiva ou omissiva, constitui responsabilidade penal objetiva, rechaçada pelo direito penal pátrio.

Nos autos não há qualquer prova de participação do “Sr. (...)”.

O Defendente foi denunciado unicamente por pertencer ao quadro societário da Empresa, pois não exerce a atividade de extração mineral e não tem qualquer ingerência na administração da Empresa.

Todas as testemunhas afirmaram que ele trabalha em um depósito de materiais de construção, como se pode perceber pelo depoimento dos senhores “(...)”, “(...)”, “(...)”, “(...)”, “(...)”, “(...)” (mídia à fl...) e “(...)” (mídia à fl...), uníssonos e convergentes em demonstrar que o responsável e único gestor da empresa era o “Sr. (...)”:

[print excluído para preservação do caso]

O “Sr. (...)”, tanto em seus esclarecimentos prestados na Delegacia de Polícia quanto em seu interrogatório judicial, afirmou no mesmo sentido que é ele o responsável pela “(...) Ltda”:

[print excluído para preservação do caso]

Igualmente, o “Sr. (...)” afirma que trabalha na filial, uma loja, depósito de materiais de construção, há quase 30 anos. Explica que sua posição de sócio decorre do fato de que a sócia original era sua mãe

que, contudo, separou-se de seu pai. À época, como não havia ainda na legislação brasileira a EIRELI e se necessitava de um sócio para a manutenção regular da Empresa, ele foi colocado em tal posição, por ser o filho mais velho.

Porém, toda a contratação de profissionais é feita pelo “Sr. (...)”, e o “Sr. (...)” e sequer possui meio de colaborar no dia a dia da Cerâmica, a não ser na forma já dita de favores esporádicos, principalmente porque esclarece que trabalha na loja de 06h30 às 19:00, em local distante cerca mais de 2km da matriz onde se fazia a exploração de argila, conforme seu depoimento colhido em mídia constante à fl. (...).

Veja-se que é perfeitamente compreensível sua inserção no quadro societário sem, contudo, que pratique atos relativos à exploração mineral e produção de tijolos. Anexa-se a estas alegações finais, inclusive, o contrato social com as alterações relevantes, comprovando documentalmente as circunstâncias de inserção de “(...)” na “Cerâmica (...)” e que a filial fica a uma distância tal que inviabiliza sua participação no dia a dia da empresa (ANEXO I).

A situação é especialmente grave em face da imputação genérica realizada em face de “(...)”. O acusado não participou de qualquer dos atos da cadeia de acontecimentos e não possuía conhecimento de nada que se passava na empresa. Entretanto, ainda que participasse, seria necessário que a acusação apontasse de que forma se envolveu, de que forma contribuiu, ou qual foi o aporte realizado.

A individualização das condutas em crimes societários é imprescindível para a imputação delitiva, especialmente em um contexto em que as empresas se organizam de modo complexo e verticalizado, com forte divisão de tarefas.

O quadro empresarial de divisão de tarefas organizado hierarquicamente, impõe a identificação dos responsáveis em uma abordagem denominada pela moderna doutrina como “*bottom-up*”.

Nesse sentido, destaca-se a lição de HELOISA ESTELLITA:

[E]m caso de pluralidade de intervenientes em estruturas hierárquicas, propõe que se parta sempre

da pessoa mais próxima à causa direta do resultado, para então, ascender percorrendo os diversos extratos da hierarquia, ou seja, de “baixo para cima”²²⁴.

Conforme orienta HELOISA ESTELLITA, deve-se partir do interveniente mais próximo ao fato, ou seja, aquele encarregado da vigilância direta da fonte de perigo para, então, seguir na cadeia causal “investigando a eventual contribuição de outras pessoas nos mesmos níveis de hierarquia e em níveis superiores”²²⁵.

Na denúncia a abordagem realizada é diametralmente oposta, descrevem-se sempre condutas genéricas e atreladas à figura da pessoa jurídica, e não de seus funcionários e gestores. É o que se percebe do seguinte trecho dos memoriais da acusação (fl...):

[print excluído para preservação do caso]

Como se percebe, é da condição de sócios da empresa que se busca extrair a responsabilidade dos acusados.

A imputação da prática de crime ao “Sr. (...)” apenas por figurar no quadro societário caracteriza responsabilidade objetiva.

Ao invés da descrição individualizada de condutas, o que se percebe a utilização da prosopopeia, figura de linguagem que enriquece o texto literário, mas esvazia a segurança jurídica se utilizada numa peça que prescinde indeclinavelmente da indicação de conduta humana como base da estruturação de um crime:

[print excluído para preservação do caso]

Não apenas tem-se o uso da prosopopeia, como a própria acusação, em lugar de identificar e individualizar a conduta demonstra

224 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p.52.

225 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p.52.

a fragilidade probatória ao imputar a “(...)” a conduta delitiva com base no sentimento de “estranheza”.

Conforme a descrição elaborada em memoriais, a condição de sócio de “(...)” tornaria estranha a sua não participação.

Ora, levantam-se então, os seguintes questionamentos:

- Com base em que elementos de prova é estranho o estado de inocência de “(...)”?
- De que elementos emana essa estranheza, que não pode ser simplesmente subjetiva?
- Quais eram as suas atividades na empresa?
- De que forma atuou para possibilitar ou auxiliar no cometimento do delito?
- Quem dava as ordens?
- Quem possuía o domínio do fato?
- Quem era responsável pelas contratações da empresa?

Essas perguntas seriam apenas um começo e servem para demonstrar o risco de se estar diante de uma tentativa inconstitucional e indireta de responsabilização criminal da pessoa jurídica.

A maneira genérica e imprecisa como estão redigidos os fatos na denúncia e nas alegações finais conduzem à possível conclusão de que a imputação dirigida ao “Sr. (...)” é uma curva hermenêutica para responsabilizar a pessoa jurídica pelos fatos em apuração.

O que se percebe é uma forma de abordagem de cima para baixo (*top-down*), partindo da estrutura da empresa para alcançar seus sócios, sem analisar da base de onde partiu o problema, verificando o fluxo de conhecimento e informação bem como o envolvimento nível a nível dos responsáveis.

Essa forma de imputação em que se atribui diretamente aos sócios a responsabilidade sem identificar seu elo na cadeia de fatos não é compatível com o modelo de responsabilidade individual e pessoal adotado pelo Código Penal Brasileiro, em seus artigos 13, *caput*, e 29.

Além disso, a abordagem da denúncia e das alegações finais aproxima-se de uma responsabilização objetiva, amparada apenas na posição ocupada pelos sócios da “(...) LTDA-EPP”, sem que se identifique o seu conhecimento específico sobre os fatos, as suas condições de previsibilidade dos acontecimentos, as medias adotadas etc.

Essa forma de imputação viola ao princípio da legalidade penal, art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República, na medida em que “qualquer abordagem de exame de responsabilidade penal só pode partir do que dispõe o direito positivo”²²⁶.

Garantia jurídica elementar, o princípio *nullum crimen sine conducta* permite que o cidadão tenha a segurança de que somente será punido em razão de uma conduta pessoal que venha a praticar. Bem articuladas são as ponderações de EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI ao analisar a importância da conduta como requisito indispensável à configuração do fato incriminável. Se fosse eliminada,

o delito poderia ser qualquer coisa, abrangendo a possibilidade de penalizar o pensamento, a forma de ser, as características pessoais, etc. (...) Quem quiser defender a vigência de um direito penal que reconheça um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana não pode deixar de reafirmar que a base do delito – como iniludível caráter genérico – é a conduta, identificada em sua estrutura ontológica. Se esta estrutura é desconhecida, corre-se o risco de salvar a forma mas evitar o conteúdo, porque no lugar de uma conduta humana se colocará outra coisa²²⁷.

226 ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p.58.

227 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 411

Vale apontar ainda o entendimento Superior Tribunal de Justiça impondo a mínima relação entre os acusados e a imputação que lhes é feita:

STJ: HABEAS CORPUS. ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.176/91. DENÚNCIA. INÉPCIA FORMAL. NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAR MINIMAMENTE A CONDUTA PRATICADA PELOS ACUSADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. São uníssonos os precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, embora não se exija a descrição pormenorizada da conduta de cada denunciado nos casos de crimes societários, é imprescindível que o órgão acusatório estabeleça a mínima relação entre os denunciados e o delito que lhes é imputado. 2. É formalmente inepta a denúncia que não demonstra, sequer genericamente, a responsabilidade dos denunciados perante a empresa ou o nexo de causalidade entre a conduta deles e o crime supostamente cometido, tampouco aponta quais foram os meios empregados ou de que maneira foi praticado o delito. 3. Ordem concedida para anular a ação penal a partir da denúncia, inclusive, por inépcia formal, sem prejuízo de que outra seja elaborada com o cumprimento dos ditames legais, com extensão de ofício aos corrêus.²²⁸

No presente caso, entretanto, não se aponta uma única conduta pessoal praticada pelo “Sr. (...)” para dar suporte a uma imputação penal, descreveu-se um fato e o imputou ao acusado pelo simples fato de ser ele um sócio da “Empresa (...)”.

Analisando as provas constantes dos autos, não é possível atribuir ao Acusado qualquer comportamento concreto, elemento

228 BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 69.018/SP. Rel. Min(a). Maria Thereza de Assis Moura. J: 03/09/2009. DJe 19/10/2009.

este indispensável à configuração de seu envolvimento pessoal na ocorrência do evento delituoso.

Condenar o acusado por um fato no qual absolutamente não teve qualquer responsabilidade seria apenas responder de forma inadequada a um afã geral de responsabilização criminal, desconsiderando, todavia, as bases próprias da imputação na seara penal com o fim único e exclusivo de encarcerar uma pessoa inocente por uma questão sobre a qual não teve qualquer responsabilidade.

Por todo o exposto, resta provado nos autos que o “Sr. (...)” não concorreu para o delito, requerendo a defesa a absolvição do acusado, nos termos do artigo 386, IV, do Código de Processo Penal.

PREQUESTIONAMENTO: A ausência de individualização de conduta da Defendente gera violação ao artigo 5º, LV, da CR/88 e artigo 41 do CPP. Além disso, a abordagem no sentido de uma responsabilização objetiva é contrária ao sistema penal brasileiro de responsabilização pessoal e individual, disposto nos artigos 13, caput, e 29 do CP, bem como representa violação direta ao princípio constitucional da legalidade penal (artigo 5º, XXXIX, da CR/88).

51. ATIPICIDADE DA CONDUTA: AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE DO PERIGO, AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DEVER OBJETIVO DE CUIDADO E AUSÊNCIA DE RESULTADO TÍPICO ATRIBUÍVEL AO AGENTE

A tese foi apresentada em caso no âmbito de um caso acerca da responsabilidade penal de profissionais de engenharia e gestores empresariais em função do desabamento de uma construção, sendo-lhes imputado o delito previsto no art. 256 c/c 258, ambos do CP. A tese em questão discorre sobre questões atinentes à estrutura dos tipos penais culposos, destacando a necessidade de previsibilidade do perigo para a responsabilização por culpa. Trata, também, sobre a necessidade de que a contenção do perigo previsível seja de incumbência do indivíduo para que este seja responsabilizado por omissão imprópria.

Verifica-se a imprevisibilidade uma vez que os problemas envolvendo efetivamente cálculos sobre projeto e execução da obra não foram levados ao conhecimento do Superintendente.

A “(...)” se estrutura em uma forma verticalizada e departamentalizada em que as tarefas se dividem entre os diversos funcionários de cada setor. Conforme o organograma abaixo apresentado, percebe-se que entre as obras e a Superintendência (bloco verde) há, no mínimo, uma distância de 05 departamentos, em outros pontos alcançando uma distância de 10 departamentos distintos:

[print excluído para preservação do caso]

Como visto, o Apelante assumiu a “(...)” com a missão de melhorar os procedimentos de gestão e os canais internos de comunicação. Assim, desde sua nomeação, o Apelante, que não é ENGENHEIRO CIVIL ou ARQUITETO, focou em cumprir seus objetivos, com especial destaque para os pontos apontados pela Controladoria Geral da União-CGU.

O Apelante estabeleceu o reforço nos canais de comunicação, abertos para todos os níveis da estrutura orgânica da “(...)”, desde fiscais até diretores e determinou que todas as comunicações fossem devidamente registradas. Nesses termos, está o depoimento tomado na AIJ de 07/10/2016 da Diretora de Projetos, a “Sra. (...)”, autora do e-mail que o Ministério Público utilizou como principal elemento para embasar o pedido de condenação do Apelante:

[print excluído para preservação do caso]

No mesmo sentido o depoimento em interrogatório do Diretor de Obras, o “Sr. (...)”:

[print excluído para preservação do caso]

Ainda assim, apesar de todos os esforços em aprimorar os canais de comunicação na “(...)”, **nenhuma informação sobre problemas efetivos nas obras do “(...)” chegou ao conhecimento do Apelante, como se demonstrará a seguir.**

O engenheiro de obras da “(...)”, fiscal de contratos e responsável por acompanhar a execução das obras e sua compatibilidade ao projeto era “(...)”, o qual possui elevada qualificação e 20 anos de carreira na “(...)”, escolhido a partir de critérios técnicos para supervisionar a referida obra e sobre o qual todos que compunham os quadros da autarquia possuíam total confiança.

Esse profissional, segundo se verifica dos autos, estava sempre presente nas obras, conforme registrado no diário de obras, por meio de fotos e filmes registrados em uma fototeca e filmoteca, bem como por uma série de relatórios que reforçam sua presença.

Sublinhe-se que o supervisor de obras, “Sr. (...)” participou de reuniões plenárias de gestão, não tendo reportado em nenhuma oportunidade risco, preocupação ou evidência de desabamento ou qualquer risco de sinistro de natureza análoga.

Ademais, há registros de que o “Sr. (...)”, sistematicamente, reportava questionamentos e solicitações de diversas naturezas a seu superior imediato “(...)” (um dos felizardos excluídos pelo Ministério

Público do polo passivo da ação penal, em ofensa ao princípio da obrigatoriedade e sem que fossem apresentados motivos ou razões para a referida benesse, conforme preliminar já desenvolvida) e ao Diretor da sua área, “(...)”.

Em nenhuma das oportunidades, o “Sr. (...)” reportou a seus superiores técnicos qualquer preocupação sobre o andamento da obra no “(...)” ou sobre problemas graves em sua execução.

Da mesma forma, o Apelante jamais recebeu qualquer indicação de erros, falhas ou problemas de engenharia no Viaduto “(...)”, seja por parte de “(...)”, chefe imediato de “(...)”, seja por parte do Diretor “(...)”, os quais ocupavam cargos entre “(...)” e “(...)” no organograma da “(...)”.

Vale destacar, que o Apelante criou canais de comunicação efetivos e transparentes que permitiriam que qualquer dos colaboradores “(...)”, independentemente da hierarquia, pudessem reportar situações desviadas, problemas, dificuldades e necessidades.

Ou seja, diante de eventual necessidade, aos funcionários da Diretoria de Obras incumbia informar e demandar ao Superintendente nova realização de contrato, designação de pessoal, ordenações de despesas orçamentárias etc.

Para que não parem dúvidas de que não houve qualquer comunicação, em nenhum nível, de risco, de falha ou de problema no projeto ou na execução das obras no “(...)”, **todas as vezes que lhe chegaram comunicações concretas quanto às obras, apontando qualquer risco ou problema fático, o “Sr. (...)” não recebeu em suspender o andamento das obras.**

Alegações de pressa ou pressão do Apelante para concluir as obras do “(...)” são, não apenas absurdas, como contra fáticas, pois há provas nos autos de diversas **medidas de suspensão de obras e mesmo distrato em relação a empreendimentos e projetos muito maiores que o do “(...)”.**

A título de exemplo, segue um rol de distratos, suspensões e outras medidas que comprometeram o calendário para a garantia da segurança:

- Distrato em 2013 do consórcio para o empreendimento “(...)” de ampliação da capacidade do sistema de macrodrenagem da “(...)” como medida de prevenção à inundação (documentos de distrato juntados às fls...);
- Distrato do Consórcio “(...)” em 03/06/2013 (Diário Oficial do Município, ano..., ed. nº..., Diário Oficial juntado às fls...) o qual se relacionava às obras e serviços para a implantação da Via...;
- Prorrogação da obra suspensa do Hospital Metropolitano “(...)” (Diário Oficial juntado à fl...);
- Paralisação de obras do sistema “(...)”, pertencentes ao complexo do “(...)”:

[print excluído para preservação do caso]

As provas demonstram que o Defendente determinou a interrupção de obras e cancelando licitações, dentre diversas medidas, sempre com o objetivo de atender a parâmetros de segurança e cuidado, na exata medida em que lhe chegavam as demandas e informações, na medida em que suas ações dependiam de manifestação da área técnica responsável. Vale destacar, como já mencionado, que o Defendente determinou paralizações, interrupções e cancelamento de licitações inclusive em obras do sistema “(...)”, do qual o “(...)” fazia parte.

Verifica-se, portanto, que o Apelante atuou sempre de forma diligente e, em todas as oportunidades que lhe foram informados quaisquer problemas concretos, tomou TODAS as medidas cabíveis.

Nesse sentido, como já demonstrado anteriormente, foi assinado pelo Defendente, em 08 de maio de 2014, aditivo postergando a entrega das obras do próprio “(...)” para 01/09/2014, ou seja, **APÓS A COPA DO MUNDO.**

Diante disso, não se sustentam argumentos que, *data venia*, diga-se de passagem, parecem mais adequados para jornais sensacionalistas, sobre uma presumida pressa na finalização de obras para a Copa ou de qualquer pressão por parte do Apelante, cuja prioridade sempre foi um trabalho técnico, seguro e probó.

Vale destacar que o cargo de Superintendente da “(...)” não exige a qualificação profissional de um engenheiro civil ou arquiteto. A demanda do cargo é na verdade por um gestor, capaz de assegurar a transparência na aplicação de recursos públicos.

Os contornos específicos e técnicos de engenharia devem ser operacionalizados pelos funcionários que compõem as respectivas diretorias – diretores, supervisores e fiscais responsáveis, engenheiros civis e arquitetos – conforme disposição do Decreto nº... de 04 de setembro de 2013:

Funções da Diretoria de Projetos	(...)
Funções da Diretoria de Obras	(...)

Em uma abordagem *bottom-up*, partindo do indivíduo mais próximo aos fatos até aquele no topo, havia os seguintes funcionários:

- a **Diretora de Projetos** que aprovou os projetos da “(...)”, atestou a capacidade técnica e anuiu o pagamento integral pelos mesmos antes do Apelante assumir a Superintendência e que, milagrosamente, livrou-se do processo, “**Arquiteta (...)**” e que afirmou em seu depoimento que jamais apontou qualquer erro no projeto do “(...)”:

[print excluído para preservação do caso]

- o “**Engenheiro Civil (...)**”, responsável pela fiscalização da obra afirmou em juízo não ter identificado qualquer intercorrência na execução da obra (6:22 da mídia...), ou qualquer sinal de algum problema (8:05 da mídia...), de modo que não haveria qualquer questão a ser levada aos superiores. Reconheceu ainda que sua carga de trabalho era perfeitamente normal:

[print excluído para preservação do caso]

- “Engenheiro Civil (...)”, Gerente de Obras;
- “Engenheiro Civil (...)”, Diretor de Obras da “(...)”, este último, com expressa atribuição funcional de “coordenar, programar e controlar a execução, supervisão e fiscalização das obras dos empreendimentos da “(...)”. Em seu interrogatório, confirma que não demandou nova contratação de empresa para fiscalizar a obra do “(...)”, até mesmo por considerar tal contratação desnecessária:

[print excluído para preservação do caso]

Todos os colaboradores acima mencionados eram, à época dos fatos, funcionários de carreira e participavam das reuniões plenárias da gestão dos empreendimentos, não tendo apresentado qualquer alerta sobre risco de qualquer natureza relacionado ao “(...)”.

A imputação do Ministério Público se funda sobre um e-mail de “(...)”, pinçado e fora de contexto em que a Diretora de Projetos faz um lamento genérico e impreciso sem declinar qualquer problema objetivo a ser de fato enfrentado.

A inclusão de um único e-mail que não trata diretamente do “(...)” e sua utilização pelo Ministério Público com contornos de rainha das provas chama a atenção e, ao contrário da pretensão ministerial, acaba por convergir com as teses de defesa.

Em primeiro lugar, impressiona o fato do Ministério Público, mesmo tendo acesso a um sem-número de mensagens eletrônicas da “Sra. (...)”, aquela que recebeu tratamento benevolente na apuração, tenha deixado de conferir relevância no momento de concluir o seu pedido final de condenação.

Inúmeros são os e-mails nos quais a “Sra. (...)” elogia a gestão do Apelante, especialmente os procedimentos que passaram a conferir transparência e controle nas atividades da “(...)”:

[print excluído para preservação do caso]

Ainda pior, em resposta ao e-mail que foi considerado a rainha das provas pelo Ministério Público, **enviado às 6:52 da manhã** pela “Sra. (...)”, **o Apelante encaminha resposta às 7:46 da manhã do mesmo dia** na qual, abertamente, exige a comunicação de qualquer irregularidade aos diversos responsáveis pela gestão da “(...)”, incluindo o então prefeito Municipal:

[print excluído para preservação do caso]

Voltando à leitura atenta do e-mail, ao contrário da interpretação ministerial, pode-se identificar que **a “Sra. (...)” não especificou o Viaduto Guara”(...)”, mas elencou uma série de obras, de forma genérica e dispersa, não permitindo identificar qualquer problema concreto.**

A Diretora “(...)”, no e-mail no qual o Ministério Público deposita carga probatória para tentar responsabilizar o Apelante, assumiu uma postura a partir da qual buscou demonstrar pro-atividade e empenho, mas o fez de maneira forçada, inefetiva e atécnica. Sua mensagem destemperada com um certo grau de histeria não permite identificar sequer um erro ou problema nas obras a que se referiu.

Afinal, a diretora ocupou o mesmo cargo desde 2011, tendo aprovado todas as medições que lhe chegaram e, especificamente, no caso do projeto do “(...)”, recebeu e aceitou o projeto, atestou capacidade técnica e anuiu a quitação dos honorários previstos no contrato, apesar das diversas e flagrantes irregularidades contidas no referido projeto.

A diretora “(...)” estava presente e participava sistematicamente das reuniões plenárias de gestão dos projetos, não tendo apresentado qualquer alerta, objeção ou questionamento que objetivamente demonstrasse risco ou falha grave em quaisquer dos projetos.

Destaca-se que a própria “(...)”, em seu depoimento em Audiência de Instrução e Julgamento afirma que nem sequer tinha conhecimento de problemas efetivos e que, dessa forma, jamais poderia ter levado esses problemas ao conhecimento de ninguém.

Além disso, conforme “(...)”, em seu depoimento em Audiência de Instrução e Julgamento de 21/10/2016, esse tipo de problema sequer passava pelo Secretário de Obras e Superintendente, “Sr. (...)” mas era diretamente reportado pelo fiscal responsável ao projetista. In verbis: “Detectada a falha no projeto, o fiscal se reporta ao projetista para alteração. De forma direta no caso dos contratos de projetos”. (mídia ...)

O que na verdade foi levado a “(...) era o problema de compatibilização orçamentária dos projetos, as chamadas medições.

Vale destacar que o “Sr. (...)” não ignorou os pedidos de “(...)”, mas empreendeu todos os esforços para compreendê-la e para viabilizar melhores condições para seu trabalho. Isso pode ser observado pela sequência de e-mails anexada pela defesa e juntados às fls...

Em lugar de um único e-mail pinçado e fora de contexto, a análise cronológica das comunicações entre “(...)” e a “Sra. (...)” permitem a verdadeira compreensão dos fatos.

Verifica-se que houve completa abertura para receber toda e qualquer objeção, questionamento ou crítica, mas que teria que o fazer de forma concreta e tecnicamente orientadas. Reitere-se a resposta imediata do Apelante ao e-mail de (...):

[print excluído para preservação do caso]

Em função dos problemas envolvendo o aumento dos custos e medições, as empresas foram questionadas sobre a existência de problemas, tendo informado não haver qualquer gravidade, mas apenas necessidades de pequenos detalhes e ajustes. Nesse sentido o depoimento de “(...)” na Audiência de Instrução e Julgamento de 21 de outubro de 2016:

[print excluído para preservação do caso]

Na sequência de e-mails ignorados pelo Ministério Público e que contextualizam os diálogos de “(...)”, é possível verificar sua satisfação em relação a suas demandas, reiteradamente agradecendo ao “Sr. (...)”.

Em 22 de agosto de 2012 a Diretora destaca a ação minuciosa e incansável do Superintendente:

[print excluído para preservação do caso]

Novamente, em janeiro de 2013 parabeniza ao Superintendente pela condução dos rumos da “(...)”:

[print excluído para preservação do caso]

Após o e-mail “Help”, de fevereiro de 2013, pinçado pela denúncia dos autos do inquérito policial, o “Sr. (...)” respondeu à “(...)” colocando-se à disposição dela para apoiá-la e reiterando que se houvessem mesmo problemas deveriam ser imediatamente levados à gerência, à diretoria ou até mesmo ao prefeito (fl...).

Após o e-mail, “(...)” continuou seus trabalhos sem apontar qualquer problema estrutural específico nos projetos. Todas as suas demandas e questionamento foram prontamente respondidos pelo Apelante, tanto que na sequência reiteradamente encaminhou e-mails de agradecimento ao Apelante.

Em 28 de outubro de 2013, conforme e-mail juntado às fls..., “(...)” reafirma “*já jamais poderei agradecer tudo que vc fez por mim*”, em 25 de novembro de 2013, conforme e-mail juntado à fl..., reitera a gratidão pelo apoio do Superintendente.

Reforça-se que em nenhum momento foram apontados ao Apelante problemas concretos ou riscos de ocorrência do lamentável sinistro fatal, no tocante ao projeto ou à obra “(...)”.

Tratando-se de imputação de crime culposo, como transcrita acima, impõe-se a verificação de alguns elementos, notadamente da existência denexo de causalidade entre a conduta do réu e o resultado lesivo, de violação de um dever de cuidado previsto normativamente e, não menos importante, a verificação da relação de determinação entre a violação desse dever de cuidado e o resultado.

Caso o resultado tenha ocorrido por força, unicamente, da infração do dever de cuidado e de seu

desdobramento na produção material do resultado lesivo, estar-se-à frente a um delito culposo²²⁹.

Condenar o Defendente por um fato no qual absolutamente não teve qualquer culpa seria apenas responder de forma inadequada a um afã geral de responsabilização criminal, desconsiderando, todavia, as bases próprias da imputação dos resultados culposos na seara penal com o fim único e exclusivo de punir uma pessoa inocente por uma fatalidade na qual não teve qualquer responsabilidade.

Portanto, por todo o exposto, inexistente culpa por parte do Defendente no que tange à sequência de eventos que levaram à fatalidade culminante no desabamento do “(...)”.

Impõe-se, assim, reconhecer a atipicidade da conduta e absolver o acusado, nos termos do artigo 386, IV, do Código de Processo Penal.

229 TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.258.

52. CONFLITO APARENTE DE NORMAS: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* E NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA CONSUNÇÃO

A tese foi apresentada em defesa de Executivo de Empreiteira em processo relacionado à suposta fraude à licitação, sendo-lhe imputado os delitos descritos no art. 90 da Lei n° 8.666/90 e arts. 312, 332 e 333, todos do CP. A tese em questão discorre configuração de bis in idem referente aos delitos de corrupção ativa e fraude à licitação.

Configura *bis in idem* a condenação do Apelante pelos delitos de corrupção ativa (art. 333, CP) e fraude à licitação (art. 90, Lei 8.666/1993), pois há entre os citados crimes uma relação de crime-meio e crime-fim no caso concreto, devendo ser aplicada a regra da consunção.

A regra da consunção aplica-se quando dois delitos, ainda que protejam bens jurídicos distintos, estejam estreitamente relacionados de modo que um deles é meio normal para a realização do outro:

Quando dois tipos de injusto estão em estreita conexão, pela forma como as coisas geralmente acontecem; quando um deles é meio normal, uma circunstância corriqueira ou uma decorrência previsível do outro, não há razão para dupla reprimenda²³⁰.

A corrupção atribuída ao Apelante se refere ao suposto oferecimento do montante de R\$... a funcionário público **para** garantir a conquista pela “(...)” da Concorrência...:

230 HORTA, Frederico. **Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo**. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos (orgs.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 61.

[*print excluído para preservação do caso*]

Frise-se, mais uma vez, que o Apelante não admite a autoria do delito de corrupção ativa, uma vez que sua atribuição se limitou à modulação de aspectos técnicos do edital de modo a direcioná-lo à “(...)”.

A denúncia não descreve qual teria sido o momento, o modo ou a forma de oferecimento de vantagem indevida pelo Apelante a alegado funcionário público, tampouco a questão foi apurada durante a instrução. Além disso, a denúncia sequer indica quem seria ou o cargo do suposto funcionário público que teria recebido a vantagem indevida no montante de R\$...

No entanto, a Defesa possui o compromisso de assegurar ao Apelante uma defesa efetiva e oferecer um espectro amplo de argumento que demonstrem a abusividade da condenação. Por isso, nesta oportunidade, caso não se reconheça a absolvição por ausência de provas de autoria e de a condenação do Apelante em razão do crime de corrupção ativa, há de se reconhecer a aplicação da regra da consunção.

Segundo a própria narrativa acusatória, o objetivo final do Apelante teria sido o direcionamento da Concorrência... da “(...)” à “(...)”. No contexto delineado pela narrativa do Ministério Público, o oferecimento de vantagem indevida a funcionário público consistiria em fase normal e absolutamente previsível para obter êxito no direcionamento do certame a determinada empresa. A Defesa discorda da narrativa, porque o Apelante não cometeu crime de corrupção e não há prova alguma que demonstre a sua prática pelo Apelante. No entanto, a narrativa do Ministério Público impõe o reconhecimento da consunção.

A r. sentença recorrida negou o reconhecimento da consunção entre a segunda imputação de corrupção ativa (não atribuída ao Apelante) e a fraude à licitação com base em um critério temporal segundo o qual o delito de corrupção ativa não poderia ser considerado

crime-meio, pois teria ocorrido em momento posterior à fraude à licitação:

[*print excluído para preservação do caso*]

Apesar de o trecho da sentença não tratar da corrupção atribuída ao Apelante, a fundamentação tem relevância em *contrario sensu*, pois o raciocínio do Exmo. Juízo *a quo* conduz à aplicação da regra da consunção quando a corrupção ativa antecede a fraude à licitação, **o que de fato ocorreu no caso concreto em relação aos fatos imputados ao Apelante, constatação que se extrai a partir da própria denúncia e da sentença conforme Parte 1 destas razões.**

Assim, não cabe negar a consunção com base no alegado critério temporal entre crime-meio e crime-fim, pois demonstrada está a ocorrência primeva do delito de corrupção ativa caso se considere que o Apelante concorreu para o referido delito, apesar de inexistirem provas nesse sentido.

Segundo a narrativa da própria sentença, o Apelante teria oferecido vantagem indevida a funcionário público, em concurso com “(...)”, colaborador da “(...)”, com o objetivo de garantir o direcionamento do certame à empresa citada, o que demonstra a íntima relação entre os delitos em questão e a necessidade de aplicação da regra da consunção:

A proporcionalidade é também um fundamento autônomo do concurso aparente de normas em alguns casos de consunção, quando a rigor o agente tenha praticado fatos puníveis distintos, mas estreitamente relacionados pela forma como as coisas geralmente acontecem²³¹.

231 HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos (orgs.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 52-53.

Vale destacar que, para a configuração da consunção, não é necessário que os pressupostos de incidência da norma consumida sejam indispensáveis para o crime principal, bastando que tais pressupostos sejam uma forma normal de realização dos pressupostos do crime principal:

Ela só é concebível a partir do caso concreto, ainda que hipoteticamente considerado, pois ocorre quando a realização dos pressupostos de uma das normas incidentes, a norma consumida, possa ser tida como uma forma normal, embora não indispensável, de realizar os pressupostos da outra - a norma consuntiva -, uma circunstância ou um desenrolar previsível desta realização, segundo a forma como as coisas geralmente acontecem²³².

Nem precisa haver condição de crime mais grave e crime menos grave:

STJ: PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRESCRIÇÃO. CONSUNÇÃO DO CRIME MENOS GRAVE PELO MAIS GRAVE. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS EM QUE SE CONCEDE A ORDEM.

1. A inserção de dados falsos em sistema informatizado da Administração Pública - endereço de correu e gabarito de prova supostamente realizada por ele - visou a expedição da carteira nacional de habilitação. Daí se afirmar que o crime previsto no art. 313-A se exauriu na prática daquele previsto no art. 299, tendo sido mero instrumento para a execução deste.

232 HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos (orgs.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 61.

2. Admite esta Corte a consunção de crime mais grave por crime menos grave. Precedentes.

3. Habeas corpus em que se concede a ordem para reconhecer a absorção do delito previsto no art. 313-A pelo do art. 299, ambos do Código Penal, estando extinta a punibilidade, pela prescrição, quanto ao último delito²³³.

STJ: 1. O uso de documento falso quando visa única e exclusivamente suprimir ou reduzir tributo devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria, há crime único de descaminho, sendo irrelevante, para tanto, que o crime consunto seja formal e tenha se consumado depois do consuntivo.

2. A jurisprudência desta Corte admite que um crime de maior gravidade, assim considerado pela pena abstratamente cominada, possa ser absorvido, por força do princípio da consunção, por crime menos grave, quando utilizado como mero instrumento para consecução deste último, sem mais potencialidade lesiva, como se infere do teor do enunciado 17 da súmula deste Sodalício²³⁴.

Destaque-se, nesse sentido, a Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça:

Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

Também vale ressaltar tese firmada pelo STJ em sede da sistemática dos recursos repetitivos:

233 BRASIL. STJ. Sexta Turma. HC 388.543/SP. Rel. Min. Nefi Cordeiro. J: 27/02/2018, DJe: 08/03/2018.

234 BRASIL. STJ. Sexta Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial 1344850/PR. Rel(a). Min(a). Maria Thereza de Assis Moura. J: 27/08/2013. DJe: 10/09/2013. Ementa parcial.

STJ: RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DESCAMINHO. USO DE DOCUMENTO FALSO. CRIME-MEIO. ABSORÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Recurso especial processado sob o rito do art. 543-C, § 2º, do CPC e da Resolução n. 8/2008 do STJ.
2. O delito de uso de documento falso, cuja pena em abstrato é mais grave, pode ser absorvido pelo crime-fim de descaminho, com menor pena comparativamente cominada, desde que etapa preparatória ou executória deste, onde se exaure sua potencialidade lesiva. Precedentes.

3. Delimitada a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: Quando o falso se exaure no descaminho, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido, como crime-fim, condição que não se altera por ser menor a pena a este cominada.

4. Recurso especial improvido²³⁵.

In casu, a potencialidade lesiva da corrupção ativa atribuída ao Apelante se exauriu na fraude à Concorrência... da “(...)”, uma vez que após a conclusão da minuta de edital o Apelante se desligou da “(...)”, inexistindo quaisquer provas no sentido de que a vantagem indevida supostamente oferecida pelo Apelante tenha sido utilizada para o cometimento de outros delitos e nem de que o Apelante tenha realizado posterior intermediação entre empresas e a “(...)”.

Por todo exposto, pelos próprios fundamentos da r. sentença recorrida, deve ser reconhecida a aplicação do princípio da consunção em relação aos delitos de corrupção ativa e fraude à licitação, de modo que o Apelante deve ser absolvido daquele nos termos do art. 386, III, do CPP.

235 BRASIL. STJ. Terceira Seção. Recurso Especial 1378053/PR. Rel. Min. Nefi Cordeiro. J: 10/08/2016. DJe: 15/08/2016.

53. PECULATO COMO EXAURIMENTO DA CORRUPÇÃO ATIVA E DA FRAUDE À LICITAÇÃO

A tese foi apresentada em defesa de Executivo de Empreiteira em processo relacionado à suposta fraude à licitação, sendo-lhe imputado os delitos descritos no art. 90 da Lei nº 8.666/90 e arts. 312, 332 e 333, todos do CP. A tese em questão discorre sobre a necessidade de reconhecer o peculato como exaurimento dos delitos de corrupção ativa e fraude à licitação

Ainda que se considere provada a autoria referente ao delito de peculato, fato com o qual a Defesa de forma alguma concorda, ainda assim, os elementos constantes dos autos demonstram o delito se trata de mero exaurimento da fraude à licitação ou, caso se considere o Apelante culpado pela corrupção, com o que a Defesa não concorda, mas admite para fins argumentativos, como exaurimento da corrupção ativa.

O Apelante foi condenado pelo delito de peculato em razão de um suposto adiantamento que teria “convergiado” para que a “(...)” recebesse da “(...)”:

[print excluído para preservação do caso]

A própria r. sentença recorrida destaca que tal valor teria sido utilizado para o pagamento de vantagem indevida:

[print excluído para preservação do caso]

Tratar dos valores em questão como retribuição ou preço de delitos anteriormente cometidos é reconhecer tratar-se o fato de proveito de crime e, portanto, de exaurimento inerente a fatos anteriores.

Novamente o próprio Ministério Público reconhece e vincula o adiantamento de valores à própria fraude ao processo licitatório, utilizando-a como prova da manipulação do certame, ao mesmo tempo

em que, paradoxalmente, tenta lhe conferir um caráter autônomo como peculato:

[print excluído para preservação do caso]

A leitura dos excertos acima permite compreender que o Ministério Público considera peculato o que, na verdade, consiste em ato posterior coapenado, ou mero exaurimento, proveito de vantagem decorrente da contratação da “(...)” pela “(...)”. Assim:

O ato posterior coapenado, também chamado “fato posterior impune”, é o ato típico que se segue à realização da conduta típica principal, e com ela não se confunde, mas que ao seu lado constitui uma unidade de injusto, pois representa o normal desenvolvimento ou o exaurimento da ofensa que a conduta principal implica, pela realização da sua utilidade ou do seu propósito²³⁶.

É claro que ninguém realizaria eventuais crimes de corrupção, ou de tráfico de influência ou de fraude à licitação, colocando-se em risco de sofrer as penalidades do Estado, sem, com isso, tirar qualquer proveito de seus delitos. Aliás, assim o é em toda empreitada criminosa.

É por essa razão que, já desde o julgamento do caso do Mensalão o **Supremo Tribunal Federal** firmou clara posição no sentido de considerar o recebimento de valores decorrentes de licitação fruto de crime de corrupção anteriormente consumado como mero exaurimento:

“ Uma vez aceita a promessa de vantagem indevida pelo agente, resta consumado o delito do art. 317 do Código Penal, consistindo o posterior recebimento

236 HORTA, Frederico. Elementos fundamentais da doutrina do concurso de leis penais e suas repercussões no direito penal brasileiro contemporâneo. In: PACELLI, Eugênio; CORDEIRO, Nefi; REIS JÚNIOR, Sebastião dos (orgs.). *Direito penal e processual penal contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 66-67.

da peita em mero exaurimento do delito. *In casu*, o ora embargante enviou sua esposa para receber uma vantagem indevida cuja promessa já havia aceitado anteriormente, cumprindo anotar as diversas reuniões entre o 15º denunciado “(...)” e “(...)”, por vezes inclusive com seus sócios.

(...)

Não há dúvidas, portanto, de que o crime de corrupção já havia se consumado antes do saque do Banco Rural, de modo que o apossamento da quantia indevida deve ser tido como exaurimento do crime.” (STF - Excerto do voto do Min. Rel. Luiz Fux²³⁷, ocultação nossa)

No mesmo sentido entende o STJ:

STJ: O delito de corrupção ativa, enquanto crime formal, prescinde, para sua consumação, da efetiva obtenção da indevida vantagem, **sendo esta mero exaurimento da conduta criminosa**²³⁸.

Verifica-se de modo evidente pelos trechos acima expostos que a atribuição de delito de desvio de verba (peculato), quando não identificada de modo autônomo e independente, é, portanto, fato atípico, mero exaurimento de delito anterior e não pode ser imputada ao Apelante.

Manter a condenação pelo delito de peculato seria, portanto, duplicar a punição por um mesmo ato e responder duplamente pelo delito e pelo proveito da vantagem dele resultante viola ao princípio do *ne bis in idem*.

237 BRASIL. STF. Plenário. Sextos Emb. Infr. na ação penal 470/MG. Rel. Min. Luiz Fux. J. 13/03/2014. p. 13 do inteiro teor.

238 BRASIL. STJ. Quinta Turma. RHC 47.432/SP. Rel. Min. Felix Fischer. J: 16/12/2014. Dje: 02/02/2015.

Com a imputação do crime de peculato busca o MPF tratar sob as vestes de nova tipificação o exaurimento seja do crime de corrupção ativa, seja do crime de fraude à licitação.

Nesses termos, a Defesa requer a absolvição do Apelante pelo delito de peculato, por força do art. 386, III, do CPP.