



Número: **0600470-43.2019.6.24.0000**

Classe: **HABEAS CORPUS CRIMINAL**

Órgão julgador colegiado: **Colegiado do Tribunal Regional Eleitoral**

Órgão julgador: **Relatoria Juiz Federal**

Última distribuição : **23/12/2019**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Processo referência: **0000063-21.2018.6.24.0033**

Assuntos: **Habeas Corpus - Preventivo**

Segredo de Justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Advogados
JOSE FELIPE NAZARIO (PACIENTE)	
	RICARDO BORTOLOTTO MARTINELLO (ADVOGADO)
RICARDO BORTOLOTTO MARTINELLO (IMPETRANTE)	
	RICARDO BORTOLOTTO MARTINELLO (ADVOGADO)
JUIZ DA 033ª ZONA ELEITORAL - TUBARÃO (IMPETRADO)	

Outros participantes	
PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL - SC (FISCAL DA LEI)	

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
3570505	23/12/2019 10:43	HC - 0000063-21-2018.6.24.0033	Petição Inicial Anexa

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA

RICARDO BORTOLOTT MARTINELLO, brasileiro, solteiro, advogado, CPF 082.787.749-86, OAB/SC 49.988, domiciliado na Servidão Laje de Pedra 151, apartamento 412, bairro Itacorubi, Florianópolis/SC, endereço eletrônico ricardo.bortolotto@mgbs.adv.br, telefone (48) 99948-9134, impetra, neste Tribunal Regional Eleitoral, com fundamento no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, artigos 647 e seguintes do Código de Processo Penal, na jurisprudência nacional, sobretudo naquelas firmadas no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores, e no desenvolvido pela doutrina mais abalizada, além de outros dispositivos constitucionais e legais, trabalhados no decorrer desta petição, ordem de **HABEAS CORPUS**, com **PEDIDO LIMINAR** de sobrestamento do processo, inclusive com a suspensão do cumprimento das obrigações relativas ao período de prova (art. 89 da Lei nº 9.099/1995) impostas à ré Graziela Ernesto Pinheiro (fl. 190), a quem a procedência da pretensão aqui veiculada aproveitará, em favor de **JOSÉ FELIPE NAZÁRIO**, brasileiro, convivente, profissional autônomo, CPF 044.241.959-70, domiciliado na Estrada Geral do Morro da Cruz S/N, bairro Morro da Cruz, Jaguaruna/SC, telefones (48) 99623-0160 e (48) 99924-0180, conforme qualificação anotada na origem (fl. 122/124), réu na ação penal veiculada nos autos nº 63-21.2018.6.24.0033, cujas cópias das peças essenciais, inclusive da referente à nomeação deste defensor para exercer a defesa técnica do paciente (fl. 164), acompanham o presente remédio constitucional, ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral, **contra ato praticado, em 4 de julho de 2019, no processo indicado acima (fls. 238-240), pela Excelentíssima Senhora Juíza Eleitoral da 33ª Zona Eleitoral de Santa Catarina (Tubarão), autoridade coatora no presente feito**, pelos fatos e fundamentos expostos a seguir.

- Informa-se a Vossas Excelências que as menções a “folhas” inseridas nesta petição referem-se a peças que compõem os autos da ação penal eleitoral nº 63-21.2018.6.24.0033, em trâmite na 33ª Zona Eleitoral de Santa Catarina (Tubarão), e que formam o instrumento do presente habeas corpus. Alerta-se que subsequentemente à denúncia (fls. 2-9) e à conjunta petição contendo as propostas de suspensão condicional do processo a determinados réus (fls. 10-11), apresentadas pelo Ministério Público Eleitoral e que inauguram os autos originários (números romanos), procedeu-se, com a juntada da portaria de instauração de inquérito pelo Delegado de Polícia Federal, a nova numeração, instaurada com a “fl. 02-A”. A partir de então, ao que se afere das cópias distribuídas ao impetrante no dia 25 de outubro de 2018, e em agosto de 2019, a ordem numérica foi mantida. Pontua-se, ainda, que as páginas faltantes são incapazes de influir na análise do mérito aqui veiculado; e que as aludidas no curso do texto, para facilitar a visualização, foram marcadas em azul. Por fim, embora os depoimentos prestados em Juízo não corroborem, nem comprometam, excetuado o relativo ao paciente, as alegações expostas na presente impetração, as respectivas transcrições encontram-se anexadas ao final. Apenas não foram deglavadas as declarações das testemunhas – Danilo Bessa Brilhante e Alcimar João Rachadel – ouvidas, por carta precatória, em outras Zonas Eleitorais do Estado, às quais o impetrante ainda não teve acesso. De toda sorte, conquanto tenham sido arroladas pela acusação (fl. 9), tanto o MPE quanto a Excelentíssima Juíza Eleitoral, na última audiência de instrução, realizada no dia 18 de novembro de 2019, admitiram que nada teriam a dizer de relevante para a compreensão da causa, o que, inclusive, motivou a dispensa, pelos réus interrogados, da preferência de ordem.



I - ATO COATOR

1. O ato judicial atacado por este habeas corpus, conforme noticiado acima, encontra-se às fls. 238-240 dos autos da ação penal nº 63-21.2018.6.24.0033, na qual o paciente responde, ao lado de outros réus, pela suposta prática dos crimes descritos nos artigos 289 e 299 do Código Eleitoral, na linha da denúncia oferecida pelo Ministério Público Eleitoral (fls. 2-9). Sua Excelência, a Senhora Juíza Eleitoral da 33ª Zona Eleitoral de Santa Catarina (Tubarão), ao acolher, em 4 de julho de 2019, parecer ministerial (fls. 234-237) que opinara, no dia 30 de maio anterior, pela rejeição dos argumentos lançados nas alegações escritas (fls. 170-179) apresentadas em favor do paciente, em 5 de novembro de 2018, tornou-se autoridade coatora, para efeitos da presente impetração.

2. Especialmente em face daquela decisão (fls. 238-240) é que serão formulados os requerimentos de trancamento, total ou parcial, da ação proposta contra o paciente e de declaração de nulidade de atos processuais e de investigação tomados no curso da persecução penal, com os consecutivos desentranhamentos. Ainda, a depender do entendimento adotado, conforme a extensão da ordem concedida, a acusação precisará formular, na sequência, em favor do assistido, proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/1995), e os efeitos do julgamento favorável deverão ser estendidos à Graziela Ernesto Pinheiro, ré na mesma demanda.

3. Na verdade, pelas razões que serão expostas, e mesmo diante do estágio avançado em que o feito se encontra na origem, em fase de alegações finais, nem haveria necessidade de apontar ato impugnável único. Isso porque a ausência de justa causa, especialmente em razão da nulidade do material que “instrui” a demanda, hipótese que fundamenta o trancamento da ação, pode ser depreendida da persecução penal como um todo (art. 648, I e VI, do CPP). O próprio contexto dos autos, averiguado em sua integralidade, autoriza extrair a coação ilegal suportada pelo paciente e que aqui se impugna.

4. Tudo isso justifica o presente habeas corpus.

II - LEGITIMIDADE ATIVA

5. Sem contar a amplitude da norma inserida no artigo 654, *caput*, do Código de Processo Penal, o impetrante possui legitimidade para submeter a Vossas Excelências a presente ação, considerando sua nomeação (fl. 164), devidamente certificada (fl. 165), para exercer a defesa técnica do paciente nos autos da ação penal em comento.

6. Segue precedente que ilustra o entendimento do STF sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PACIENTE COM DEFESA CONSTITUÍDA. *WRIT* IMPETRADO POR TERCEIRO. [...] INCOGNOSCIBILIDADE. [...] 1. O *habeas corpus* constitui relevantíssima garantia constitucional voltada à tutela do direito de locomoção do paciente que, para a consecução dessa finalidade, conta, em regra, com irrestrita legitimidade ativa. 2. Considerando as peculiaridades do caso concreto, **não é cabível o manejo da via do *habeas corpus* por terceiro, mormente se considerado que há defesa técnica constituída e atuante em favor do paciente. Compreensão diversa, além de possibilitar eventual desvio de finalidade do *writ* constitucional, poderia propiciar o atropelo da estratégia defensiva, consequência que não se compatibiliza com a protetiva destinação constitucional do remédio**



processual. Precedentes [...] (STF, AgR-HC 155.195, Segunda Turma, rel. Min. Edson Fachin, j. 7-8-2018).

7. Logo, demonstrado o vínculo defensivo entre impetrante e paciente, o habeas corpus deve ser conhecido por este Tribunal.

III - COMPETÊNCIA

8. O Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina é competente para apreciar este remédio constitucional. Isso porque o ato judicial tido por ilegal/abusivo (fl. 238-340) foi praticado por Juízo Eleitoral submetido à sua jurisdição, responsável pela 33ª Zona Eleitoral deste Estado (Tubarão), nos autos da ação nº 63-21.2018.6.24.0033. Tudo nos termos do artigo 29, inciso I, alínea e, do Código Eleitoral, que cuida da competência dos TREs para processar e julgar pedidos de habeas corpus, preceito reiterado no Regimento Interno deste Tribunal, como se denota de seu artigo 20, inciso I, alínea a (Resolução TRE/SC nº 7.847/2011).

IV - CABIMENTO

9. Conforme adiantado, a impetração submetida à análise deste Tribunal almeja o trancamento, total ou parcial, de ação penal eleitoral ajuizada em desfavor do paciente, com a declaração de nulidade de atos praticados durante a persecução criminal, preferencialmente desde o vício originário e irreparável, identificado na fase de investigação, sobre o que será aprofundado no momento oportuno. Embora não verse diretamente sobre a proteção da liberdade de locomoção do assistido, injustamente violada ou posta a risco iminente de ilegítima restrição, como preveem as disposições normativas incidentes, previstas na Constituição Federal (artigo 5º, inciso LXVIII) e no Código de Processo Penal (art. 647), o habeas corpus é instrumento compatível com os desígnios pretendidos no presente feito, como autoriza a jurisprudência nacional.

10. Mesmo com a superação da “doutrina brasileira do habeas corpus”¹, como ficou conhecida a elasticidade conferida ao habeas corpus nas décadas iniciais do regime republicano, com a promulgação do texto constitucional de 1934 e, por meio dele, a inserção, no ordenamento jurídico pátrio, do mandado de segurança (art. 113, XXXIII), a jurisprudência nacional reconhece a adequação da via eleita para a imediata cessação de constrangimentos a que acusados são sujeitos, por ilegalidades praticadas por órgãos estatais, sobretudo se a pena a ser aplicada em eventual sentença condenatória, em tese, implicar em restrição da liberdade do interessado, independentemente da fase da persecução. Serve para combater mesmo os atos praticados por integrantes do Poder Judiciário, cuja própria existência só se justifica, no atual estágio civilizatório, pela proteção dos direitos fundamentais, que informam o devido processo legal, nos âmbitos mais diversos (art. 5º, inciso LV, da CF), resguardando fundamento expresso da República Federativa do Brasil: “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III, da CF).

¹ Fenômeno definido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Castro Nunes, no início do século XX, como “memorável esforço de adaptação realizado pela jurisprudência do STF, em torno do *habeas corpus*, para não deixar sem remédio certas situações jurídicas que não encontravam no quadro de nossas ações a proteção adequada” (NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. Rio de Janeiro: Revista Forense. p. 13).



11. Nesse contexto, não é exagerada, tampouco distante da realidade jurídica inaugurada pela Constituição em vigor, recente declaração da Excelentíssima Ministra Cármen Lúcia, manifestada, no Supremo Tribunal Federal, nos debates que circunscreveram o julgamento do Habeas Corpus nº 152.752 (rel. Min. Edson Fachin, j. 22-3-2018). Naquela ocasião, afirmara Sua Excelência, quanto ao remédio constitucional impetrado: “[...] estamos a falar de algo que é a própria história do Supremo, que é a história da liberdade e a história do habeas corpus”. Indissociável do direito elementar de ir, vir e permanecer, e mesmo com a função essencial do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, conforme sensível e autorizada compreensão, não há como negar ao instituto a maior efetividade possível, na garantia do largo espectro das liberdades individuais e coletivas tituladas pela população sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

12. Especificamente sobre o caso concreto, o cabimento do habeas corpus para declaração de nulidade de atos processuais formados a partir de provas ilícitas (art. 648, VI, do CPP), com o desentranhamento das peças por elas contaminadas, direta ou indiretamente, ilustra a jurisprudência do STF o seguinte precedente:

I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. **Admissibilidade, 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:** precedentes do Supremo Tribunal [...] (STF, HC 80.949, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30-10-2001).

13. O Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence explicitou no voto:

Ora, se cabe o habeas corpus para impedir por ilicitude a realização da prova ordenada, no curso do processo como no do inquérito, dispenso-me da demonstração de sua admissibilidade — quiçá com maior razão — para questionar a licitude da prova já realizada e pleitear o seu desentranhamento.

[...]

Recorda, aliás, Magalhães Gomes Fº, que a solução tem expressa previsão legal no art. 375 C. Pr. Pen. Militar, que — depois de prescrever a inadmissibilidade em juízo da “correspondência particular, interceptada ou obtida por meios criminosos” — ordena seja ela “desentranhada dos autos, se tiver sido junta”: **é dispositivo que se pode estender por analogia a todo e qualquer registro documental de prova ilícita** (STF, HC 80.949, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30-10-2001).

14. Já a viabilidade de postular-se, em feitos como o presente, o trancamento da ação penal, pela inexistência de elementos mínimos — e legítimos, produzidos com respeito às garantias legais e constitucionais — de convicção para lastrear demanda criminal, em termos de autoria e materialidade (art. 648, I, do CPP), ainda que excepcionalmente, entendem o STF e o TSE:

PROCESSUAL PENAL. **AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS**. CRIME PRATICADO CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE. **TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL**. [...] O trancamento da ação penal, por meio do habeas corpus, só é possível quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa (STF, AgR-HC 174.316, Primeira Turma, rel. Min. Roberto Barroso, j. 27-9-2019).

O trancamento de ação penal por meio da via estreita do habeas corpus somente é possível quando, de plano, se constate ilegalidade ou teratologia capaz de suprimir a justa causa para o prosseguimento do feito, o que reclamaria hipóteses manifestas e quase indúvidas de atipicidade da conduta descrita na denúncia, de ausência de indícios mínimos de autoria e de



materialidade delitiva ou, ainda, de causa extintiva da punibilidade. Precedentes do TSE e do STF (TSE, RHC 0600572-94.2018.6.17.0000, rel. Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Net, j. 20-11-2018).

15. A doutrina não destoa:

Desdobra-se a questão em dois aspectos: a) justa causa para a ordem ter sido proferida, que resultou em coação contra alguém, ou ser mantida, quando o que era justo perdeu a razão de ser; **b) justa causa para a existência de processo ou investigação contra alguém, sem que haja lastro probatório suficiente.**

[...]

Na segunda hipótese, a ausência de justa causa concentra-se na **carência de provas a sustentar a existência e manutenção da investigação policial ou do processo criminal**. Se a falta de justa causa envolver apenas uma decisão, contra esta será concedida a ordem de habeas corpus. **Caso diga respeito à ação ou investigação em si, concede-se a ordem para o trancamento do processo ou procedimento investigatório** que, normalmente, é o inquérito policial (NUCCI, Guilherme de Souza. *Habeas Corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. pp. 88-90).

O objeto essencial do writ é a proteção da liberdade.

Já seu fundamento (causa de pedir) é a ilegalidade ou abuso de poder. Esses vêm expressos em ato que, em sentido amplo, pode ser comissivo (ação) ou omissivo (omissão). Em rol exemplificativo, o art. 658 do CPP enumera algumas hipóteses considerando ilegal a coação:

I) Quando não houver justa causa. **A justa causa liga-se à necessidade de haver fundamento jurídico e suporte fático e probatório suficientes** para ensejar a constrição da liberdade.

Note-se que a falta de justa causa pode afetar não só o ato decisório que ordena a prisão, como também ação penal e procedimentos extrajudiciais (inquérito policial, procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público) (GOMES, José Jairo. *Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2018. pp. 375-376).

16. No que pertine ao artigo 648 do CPP, que discrimina, no plano infraconstitucional, hipóteses de admissibilidade do habeas corpus:

O rol é meramente exemplificativo. Seria exagerado supor que a lei ordinária pudesse cercear a utilização do remédio constitucional, já que a Constituição estabelece a validade de uso do habeas corpus para combater qualquer ameaça de violência ou coação na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII) (NUCCI, Guilherme de Souza. *Habeas Corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. pp. 87-88).

17. A respeito do pedido liminar de suspensão do feito, na origem, até o julgamento definitivo da presente impetração, idêntica providência foi adotada, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 85.747 (Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 21-6-2005). Naquela ocasião, o Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio consignou, acompanhado pelos demais, que, até o julgamento definitivo questões relevantes pela instância inferior, inclusive no tocante à existência, ou não, de justa causa para o processamento, que poderia encerrar no trancamento parcial da ação, assim como sobrestado o cumprimento das obrigações impostas no período de prova (art. 89 da Lei nº 9.099/1995), deveria ser “mantida a suspensão da ação penal [...] até o julgamento final a ser procedido pelo Superior Tribunal de Justiça” – o sobrestamento das obrigações do período de prova diz respeito ao acordo de suspensão condicional do processo realizado entre MPE e a ré Graziela Ernesto Pinheiro, companheira do paciente (fl. 190).



18. Assim, é manifestamente cabível, a fim de dar “efetividade máxima ao remédio constitucional contra a ameaça ou a coação da liberdade de ir e vir” (STF, HC 82.354, Primeira Turma, re. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10-8-2004), o presente habeas corpus, tanto para o reconhecimento de nulidades, com os respectivos desentranhamentos, e o trancamento, total ou parcial, da ação penal, por ausência de justa causa (arts. 648, I e VI, do CPP), quanto para, antes do julgamento definitivo da impetração, o sobrestamento do feito originário, considerando a prejudicialidade das razões nele inseridas com os fundamentos aqui inseridos (art. 651 do CPP).

V - CONTEXTO PROCESSUAL

19. O Ministério Público Eleitoral, em 5 de junho de 2018, denunciou o paciente pela prática dos crimes previstos nos artigos 299 e 289 do Código Eleitoral: *corrupção eleitoral e inscrição fraudulenta de eleitor*, respectivamente (fls. 2-9). A acusação foi fundamentada, por expressa referência lançada na denúncia, nas informações documentadas às fls. 52-54 (depoimentos prestados pelo paciente e por Graziela Ernesto Pinheiro, sua companheira, na Delegacia de Polícia Civil) e às fls. 109/110 (depoimentos prestados pelo paciente e por Graziela Ernesto Pinheiro, sua companheira, na Delegacia de Polícia Federal).

20. Quanto ao primeiro, narrou a acusação que, “nos meses que antecederam as eleições de 2016”, outros réus “ofereceram e prometeram dinheiro e vantagens, consistentes em drogas, cestas básicas e serviços, a eleitores com o fim de obter-lhes [...] votos” (fls. 4-5). “Em data e horário incertos, [...] entre os meses de julho e agosto” do mesmo ano, em residência localizada no Município de Jaguaruna/SC, o representado teria solicitado “vantagens”, consistentes em “cestas básicas”, a Jonas Pacheco Martins (Torradinha), candidato a vereador do Município de Sangão/SC, e “crack”, a Rafael Antonio Dias (Cazuza), em troca de voto (fl. 6).

21. Quando ao segundo, afirmou-se, na denúncia, que, em “4 de maio de 2016, por volta das 12 horas, na 33ª Zona Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina”, Tubarão/SC, o representado e sua companheira, Graziela Ernesto Pinheiro, que também compõe o polo passivo da ação penal, teriam se inscrito “fraudulentamente como eleitores do Município de Sangão/SC”, com base em declarações falsas de residência em imóvel daquela cidade, de propriedade de Jonas Pacheco Martins (Torradinha) (fl. 8).

22. O inquérito policial que apurou os fatos que suportam a acusação foi instaurado pelo Delegado da Delegacia de Polícia Federal em Criciúma (fl. 02-A) por requisição da Excelentíssima Juíza da 33ª Zona Eleitoral deste Estado (fl. 37), endossada pelo Ministério Público Eleitoral (fls. 35-36). A notícia de crime eleitoral foi extraída dos autos da ação penal nº 0001044-82.2016.8.24.0282 e remetida por Sua Excelência o Juiz da Vara Única da comarca de Jaguaruna/SC (fl. 5). Motivou a comunicação a captura de diversos títulos de eleitor (fl. 32) no local de cumprimento de mandado de busca e apreensão criminal (autos nº 0000918-32.2016.8.24.0282), executado no Município de Sangão/SC, e, especialmente no tocante ao paciente e à sua companheira, nos depoimentos prestados na Delegacia de Polícia Civil, anexados às fls. 52-54 dos autos.

23. Segundo o relatório da Polícia Federal (fls. 66-68), elaborado, em 9 de novembro de 2017, exclusivamente com base nas informações coletadas pela Polícia Civil (fls. 52-54), o paciente declarou que, “por volta do mês de julho” de 2016, ele e sua companheira teriam sido levados, por Rafael Antonio Dias (Cazuza), para realizar transferência do domicílio eleitoral, de Tubarão/SC para



Sangão/SC, apesar de residirem em Jaguaruna/SC. Dissera, ainda, que os títulos ficariam, até a eleição, com Rafael Antonio Dias (Cazuza), dia em que receberia “uns trocados e um pouco de crack” em troca de votos no candidato Jonas Pacheco Martins (Torradinha). Afirmara também que foi orientado a dizer à polícia que os documentos eleitorais estariam na posse de Rafael Antonio Dias (Cazuza) “para plastificar” (fl. 67).

24. Já Graziela Ernesto Pinheiro, conforme relatado pela Polícia Federal (fls. 66-68), também com fundamento exclusivo nas inquirições documentadas às fls. 52-54, realizadas pela Polícia Civil, confirmara “a mudança do título de eleitor para Sangão”, providência realizada posteriormente à visita de Rafael Antonio Dias (Cazuza). Dissera, ainda, que Rafael Antonio Dias (Cazuza) teria retido os documentos eleitorais, e “que iria ajudá-los – ela e o paciente – com algo que precisassem”. Afirmara também desconhecer “o nome do candidato” em que deveria votar, e que apenas sabia “que trabalhava em um posto de combustíveis em Morro Grande” (fl. 67).

25. No curso do inquérito, o Ministério Público Eleitoral requereu consulta, no Cartório da 33ª Zona Eleitoral do Estado, sobre a aptidão, do paciente e de sua companheira, para votar, “entre os meses de maio à agosto de 2016”; juntada aos autos de “cópias dos documentos apresentados por José Felipe Nazário [...] e Graziela Ernesto Pinheiro [...] para transferir o domicílio eleitoral para o Município de Sangão”; e “remessa dos autos à Autoridade Policial”, especialmente para esclarecimento de fatos, com a oitiva de réus (fls. 71-73). Deferida a medida (fl. 76), certificou-se que o paciente e sua companheira “ausentaram-se às urnas na eleição” respectiva (fl. 77), e anexou-se aos autos os documentos referentes às transferências eleitorais de José Felipe Nazário e Graziela Ernesto Pinheiro (fls. 93-98).

26. Na Delegacia de Polícia Federal, ouviram-se os acusados (fls. 100-111), inclusive o paciente e sua companheira (fls. 109/110), em 8 de março de 2018. Não houve elaboração de novo relatório. A denúncia então foi oferecida, nos termos expostos acima, no dia 5 de junho de 2018, e recebida, no dia 10 de julho seguinte, pela Excelentíssima Juíza Eleitoral, com a consecutiva ordem de citação dos réus para responderem à ação penal (fl. 117).

27. No dia 5 de novembro de 2018, o paciente, nos autos da ação penal eleitoral nº 63-21.2018.6.24.0033, apresentou alegações escritas, nos termos dos artigos 359, parágrafo único, do Código Eleitoral, e 396, *caput*, do Código de Processo Penal (fls. 170-179). Na ocasião, narrados os fatos, requereu a rejeição da denúncia, por ausência de justa causa (art. 395, III, do CPP) ou, em caráter subsidiário, o reconhecimento da nulidade de atos praticados no curso da persecução penal, resultantes de ilegalidade, e daqueles que lhe seguiram, por contaminação (arts. 5º, LVI, da CF, e 573, § 1º, do CPP). Também pediu, sucessivamente, na hipótese de rejeição parcial da acusação, a intimação do Ministério Público Eleitoral, para oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo (art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/1995), medida que seria, afastado qualquer dos crimes imputados, impositiva na espécie.

28. Em resumo, argumentou-se que a ação penal ajuizada contra o paciente e outros réus carece, no que diz respeito àquele – e, por equidade, à Graziela Ernesto Pinheiro – de elementos de convicção legítimos, porque colhidos, na fase de investigação, e posteriormente utilizados pelo Ministério Público Eleitoral, em manifesta inobservância a garantias fundamentais, como os direitos ao silêncio e à presença de advogado durante as inquirições policiais, assegurados pela Constituição Federal. Para evitar repetições, como o tema coincide, em essência, com parcela da fundamentação deste habeas corpus, ele será retomado e aprofundado abaixo, com a fiel contextualização.



29. No dia 30 de maio de 2019, o Ministério Público Eleitoral, intimado para se manifestar (fl. 233), pugnou pela rejeição dos pedidos formulados na defesa inicial do paciente (fls. 234-237). A Excelentíssima Senhora Juíza da 33ª Zona Eleitoral, no dia 4 de julho de 2019, recebeu “a(s) defesa(s) preliminar(es) do(s) acusado(s)” (fls. 238-240); contudo, denegou os pedidos nelas constantes, nestes exatos termos, no que interessa (fl. 239):

Afasto as alegação de inépcia e de ausência de justa causa, pois a denúncia a denúncia descreve a conduta de cada um dos acusados, de forma a permitir a defesa de cada um, havendo indícios suficientes dos crimes, amparados em depoimentos de testemunhas e degravação de mídia..

Não vislumbro, nesta fase de cognição sumária, qualquer das hipóteses previstas do art. 397 do CPP, mesmo porque “seria preciso que o réu oferecesse em sua defesa prévia, documentos ou preliminares de conteúdo extremamente convincente para que o magistrado pudesse absolvê-lo sumariamente” (Guilherme de Souza Nucci, in Código de Processo Penal Comentado, 8.ed, São Paulo, RT, 2008, p.717).

Ademais, a análise das matérias alegadas não dispensa o ingresso na fase instrutória.

30. É o ato aqui impugnado. Além do aprofundamento daqueles ocorridos durante as investigações, mencionados acima, os fatos relevantes da instrução, sobre os quais a concessão da ordem do presente habeas corpus também deverá repercutir, serão tratados na próxima seção, reservado ao mérito da impetração.

VI - MÉRITO

31. A ação penal veiculada nos autos nº 63-21.2018.6.24.0033 contra o paciente, na qual se proferiu o ato coator (fls. 238-240), não se sustenta. Isso porque os elementos que a embasaram foram extraídos, essencialmente, de fontes ilegítimas, em clara inobservância ao direito constitucional à não auto-incriminação, com todos os seus consectários constitucionais (arts. 5º, *caput*, LIV, LV, LVI, LVII e LXIII, e 133, da CF) e legais (arts. 6º, V, e 185, *caput*, do CPP, e 2º, *caput*, e 7º, XXI, da Lei nº 8.906/1994). São imprestáveis, assim, e esta é a **premissa inicial** do presente habeas corpus, que será repartida em **três pontos**, eles e os que lhe seguiram (arts. 5º, LVI, da CF, e 157 do CPP), para corroborar as supostas práticas imputadas ao paciente, tipificadas nos artigos 289 e 299 do Código Eleitoral, *inscrição fraudulenta de eleitor* e *corrupção eleitoral*, respectivamente, e mesmo àquelas narradas em desfavor de Graziela Ernesto Pinheiro – a extensão da ordem de habeas corpus a esta ré será abordada ao final. Esse é o panorama que justifica, além da declaração de nulidade e do desentranhamento do material ilegítimo, o trancamento integral da ação, por ausência de justa causa.

32. Ainda, embora a denúncia, numa leitura apressada, possa sugerir o contrário (fls. 6/8), ao dizer embasar a acusação contra o paciente nos depoimentos prestados às “fls. 52-54 e 109/110”, a parcela dirigida-lhe – e, também, a relativa à sua companheira – foi elaborada, em essência, com base nas declarações contidas naquelas primeiras páginas (fls. 52-54) – colhidas em estado de incontornável inconstitucionalidade. Isso significa, e esta é a **segunda premissa** desta ação, como será explicitado, que as informações mais influentes para amparar a ação penal, especialmente no tocante à suposta infringência ao artigo 289 do Código Eleitoral, foram extraídas de depoimentos imprestáveis nesta esfera especializada, ainda que se considerem hígidos os atos instrutórios subsequentes (fls. 109/110). Neste cenário, a concessão da ordem pretendida deverá importar, além da declaração de nulidade e do desentranhamento em menores escalas, no trancamento da ação, ainda que parcialmente, sobretudo quanto ao crime de inscrição fraudulenta de eleitor, com os mesmos efeitos sobre a situação jurídica de Graziela Ernesto Pinheiro.



33. Conforme descrito na seção anterior desta petição, os primeiros indícios de crime eleitoral foram encontrados e recolhidos (fl. 32), fortuitamente, em busca e apreensão criminal (autos nº 0000918-32.2016.8.24.0282). Naturalmente, como estabelece a legislação (art. 40 do CPP), o Juiz estadual supervisor da medida preparatória e da ação penal que lhe seguiu (autos nº 0001044-82.2016.8.24.0282) remeteu os papéis, inclusive os documentos anexados às fls. 52-54, referentes aos depoimentos prestados pelo paciente e por sua companheira na Delegacia de Polícia Civil, à autoridade competente (fl. 5). No âmbito da Justiça Eleitoral, a Juíza responsável, por sua vez, com parecer positivo do Ministério Público Eleitoral (fls. 35-36), requisitou abertura de inquérito (fl. 37), para apuração de possíveis práticas criminosas. Na sequência, o Delegado da Polícia Federal também cumpriu o seu dever: instaurou o inquérito competente (fl. 02-A). Aparentemente, tudo dentro da lei.

34. A investigação seguiu seu curso. De posse da notícia de crime e com base nos elementos que a acompanharam, o Delegado Federal relatou, fundado exclusivamente no material coletado pela Polícia Civil, os delitos que teriam sido praticados, inclusive os imputados ao paciente (fls. 66-68). Remetidos os autos pela Juíza Eleitoral (fl. 70), o MPE, então, insatisfeito com a conclusão do inquérito, no uso de suas prerrogativas, requereu uma série de providências ao Cartório Eleitoral, conforme narrado anteriormente, e à autoridade policial competente, enfatizando a oitiva de sujeitos que, mais tarde, figurariam no polo passivo do processo (fls. 71-73). Dentre eles, o paciente e sua companheira, Graziela Ernesto Pinheiro, foram ouvidos (fls. 109/110). Tudo, mais uma vez, à primeira vista, como determina o ordenamento jurídico.

35. O Ministério Público Eleitoral, então, apresentou a denúncia (fls. 2-9). Interessa aqui os seguintes trechos (fls. 6/8):

Na sequência, ainda em datas e horários incertos, contudo, entre os meses de julho e agosto de 2016, na residência localizada na Estrada Geral do Campo Bom, próximo ao Bar da Dilma, Campo Bom, Jaguaruna/SC, o denunciado **JOSÉ FELIPE NAZÁRIO** solicitou vantagens, consistente em “cestas básicas”, ao denunciado **JONAS PACHECO MARTINS**, bem como “crack”, ao denunciado **RAFAEL ANTONIO DIAS** para dar o seu voto ao então candidato **JONAS PACHECO MARTINS**, vulgo “Torradinha” (fls. 52-54 e 109/110).

[...]

Ainda, no mesmo dia 4 de maio de 2016, por volta das 12 horas, na 33ª Zona Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, localizada na Av. Marcolino Martins Cabral, 1315, Praça Shopping, 2º Andar, Centro, Tubarão/SC, os denunciados **JOSÉ FELIPE NAZÁRIO** e **GRAZIELA ERNESTO PINHEIRO**, de posse das Declarações das fls. 94 e 97, inscreveram-se fraudulentamente como eleitores do Município de Sangão/SC, perfazendo-se de informação falsa, que aduzia residirem em imóvel de propriedade do codenunciado JONAS PACHECO MARTINS, localizado na Rua Santo Antonio Dias, Município de Sangão/SC.

Registra-se que, na ocasião, os denunciados **JOSÉ FELIPE NAZÁRIO** e **GRAZIELA ERNESTO PINHEIRO** residiam na Estrada Geral do Campo Bom, Balneário Campo Bom, Jaguaruna/SC, conforme Termos de Depoimentos das fls. 52-54 e 109/110.

36. A acusação, por expressa menção do Ministério Público Eleitoral lançada na denúncia (fls. 6/8), como pode ser visto acima, teria se fundado nos depoimentos do paciente e de sua companheira prestados na Delegacia de Polícia Civil (fls. 52-54):

JOSÉ FELIPE NAZÁRIO [...] respondeu: [...] Que, certo dia, mais ou menos há uns trinta dias atrás, “Cazuza” foi até a sua casa em Campo Bom fazendo campanha para Jonas Torradinha, e disse que estaria trabalhando para ele; Que Cazuza teria levado o depoente e sua esposa até o cartório eleitoral em Tubarão para transferir seu título para Sangão, mesmo morando em



Jaguaruna; Que o título ficou pronto na hora e no retorno quando chegaram em sua casa Cazuzza disse que ficaria com os títulos; Que o depoente achou estranho o fato dele ficar com os títulos, quando então Cazuzza informou que no dia da eleição lhe daria uns trocados e também um pouco de “crack”; Que diz que teria frisado que queria um “negocinho” (crack), que Cazuzza teria dito: “...fica frio no dia eu te do...”; Que diz que em certo dia quando foi comprar drogas na Casa de Cazuzza, estava lá a pessoa de “Jonas Torradinha”, quando Cazuzza disse: “...olha esse qui que é nosso vereador ó...” momento em que foi em sua direção e apertou a mão dele (Jonas Torradinha)...”; Que de vez em quando encontrava Jonas no posto onde trabalha; Que após esse dia teria tentado falar com Cazuzza mas não teria conseguido; Que sua mulher sabe que o depoente é usuário de drogas, porém não sabe onde o depoente compra drogas; Que há uns três dias atrás teria estado no bar do pai do Cazuzza, para pegar uma orientação sobre a intimação, pois não sabia o que dizer na polícia; quando então o pai dele disse que era pra falar que teria deixado o título com Cazuzza para plastificar; Que o depoente esta com muito medo dessa situação.

GRAZIELA ERNESTO PINHEIRO [...] respondeu: QUE a depoente é esposa de José Felipe Nazário a mais de 18 anos; Que tem conhecimento de que seu marido é usuário de drogas, porém de tanto a declarante brigar com ele, esse nunca fez uso de qualquer entorpecente na sua frente, até porque a declarante não usa; Que diz não saber onde seu marido compra drogas; Que seu marido já falou a depoente que vinha comprar drogas no “Cazuzza”, na qual já teria estado com seu marido vendendo salgados na casa dele, porém teria ficado esperando no carro; Que certo dia “Cazuzza” teria estado na casa da depoente para o casal fazer o título para votar em Sangão; Que não sabe o nome desse candidato, mas sabe dizer que ele trabalha num posto de gasolina em Morro Grande; Que Rafael Antonio Dias teria dito que era pra deixar os títulos com ele, que esse iria ajuda-los com algo que precisassem; Que então os títulos ficaram com “Cazuzza”; Que não sabe se “Cazuzza” teria prometido drogas a seu esposo em troca de votos.

37. E “também” – como será abordado na segunda premissa deste habeas corpus, na verdade, os elementos essenciais foram extraídos dos documentos previstos às fls. 52-54 dos autos – nos prestados na Delegacia de Polícia Federal (fls. 109/110):

JOSÉ FELIPE NAZÁRIO [...] RESPONDEU: [...] **QUE** trabalha como pescador e vendedor de filé de peixe; **QUE** o declarante e sua esposa haviam perdido os títulos; **QUE** conhecia JONAS e “CAZUZA” há aproximadamente um ano, na época dos fatos; **QUE** ao que sabe a mulher de JONAS é irmã de “CAZUZA”; **QUE** foi usuário de drogas, mas deixou o vício, com a ajuda de sua esposa; **QUE** a época morava em Campo Bom, município de Sangão; **QUE** num dos dias que estava passando para vender peixe, viu a Kombi de “CAZUZA” e JONAS com papel de política, e perguntou quem era candidato, e “CAZUZA” e JONAS conversaram com o declarante; **QUE** disse que havia perdido o título, assim como sua esposa, e na conversa eles lhe ofereceram transporte para ir fazer o título de eleitor; **QUE** então pediu um auxílio, no futuro, um emprego, se JONAS ganhasse a eleição, e ele disse que sim; **QUE** alguns dias depois “CAZUZA” levou o declarante e sua esposa para fazer os títulos de eleitor em Tubarão; **QUE** fizeram os títulos e depois ele deixou o declarante e sua esposa em casa; **QUE** se ele não levasse o declarante e sua esposa não teriam feito os títulos; **QUE** os títulos ficaram com “CAZUZA”, que disse que iria plastificar; **QUE** como o voto é secreto e ele não poderia votar pelo declarante, deixou o título com ele, e também porque poderia estragar ou extraviar o título novamente; **QUE** não votou nas eleições de 2016; **QUE** no dia que foram fazer os títulos, e haviam dois carros, “CAZUZA” dirigia um e JONAS outro; **QUE** Nesse dia JONAS disse que ajudaria, e o declarante pediu uma cesta básica, mas ele disse que naquele dia não poderia dar, e na realidade não deu antes e nem depois das eleições; **QUE** ninguém procurou o declarante para dizer que os títulos ficaram com JONAS para plastificar; **QUE** ao que lembra foi fazer o título alguns meses antes das eleições, não sabendo precisar quando.



GRAZIELA ERNESTO PINHEIRO [...] RESPONDEU: [...] **QUE** é companheira de JOSÉ FELIPE NAZÁRIO; **QUE** não lembra exatamente em que mês “CAZUZA” levou a declarante e seu companheiro para fazer título de eleitor, mas foi antes das eleições de 2016; **QUE** quando foram fazer o título haviam três outras pessoas no carro, sendo que ao que lembra JONAS estava no carro; **QUE** não conhecia JONAS ou “CAZUZA”, apenas de vista, quando acompanhava seu companheiro na venda de peixes; **QUE** não foram de Kombi fazer o título, mas em um carro pequeno; **QUE** na época moravam em Campo Bom, que ao que sabe pertence ao Município de Jaguaruna; **QUE** nesse dia o motorista, que ao que lembra era JONAS, prometeu ajudar se ganhasse as eleições, e ficou com os títulos, não sabendo o porquê; **QUE** ninguém procurou a declarante para dizer que o título havia ficado com JONAS para plastificar; **QUE** não votou nas eleições de 2016; **QUE** se mudaram há aproximadamente um mês de Campo Bom para o Bairro Morro da Cruz; **QUE** não recebeu nada de JONAS.

38. Relatado o necessário, passa-se à defesa do **primeiro ponto da primeira premissa** deste habeas corpus, cujo acolhimento, se assim compreender este TRE, permitirá a concessão absoluta da ordem, com o trancamento imediato e integral da ação penal em comento, nas parcelas dirigidas ao paciente e à ré Graziela Ernesto Pinheiro. Como adiantado, a perseguição empreendida na origem padece de vício insanável, responsável por contaminar os atos praticados na sequência, nas fases investigativa e processual. Ela foi maculada pelo modo como informações constantes dos autos, nomeadamente aquelas coletadas pela Polícia Civil, foram utilizadas pelo Ministério Público Eleitoral, ao conduzir as averiguações e ao propor a demanda, e consideradas por esta Justiça especializada, ao admitir o processamento do feito nessas circunstâncias, inclusive com a rejeição dos pedidos inseridos nas alegações escritas, momento em que o paciente pôde levantar a questão.

39. Paciente e sua companheira, Graziela Ernesto Pinheiro, foram notificados para, sob as penas da lei, comparecerem à Delegacia de Polícia Civil. Foram chamados para esclarecerem fatos pertinentes à ação penal veiculada nos autos nº 0001044-82.2016.8.24.0282, em trâmite na comarca de Jaguaruna/SC e que apura o crime de tráfico de drogas. Isso porque seus títulos eleitorais haviam sido fortuitamente encontrados e apreendidos na residência de um dos réus daquele processo, no cumprimento de medida cautelar preparatória (autos nº 0000918-32.2016.8.24.0282). Sem advogado, mesmo porque ouvidos enquanto testemunhas, ambos foram advertidos “das penas cominadas ao falso testemunho” (fls. 52-54). Nessas condições é que declararam os fatos os quais, mais tarde, fundamentariam a instauração de inquérito policial e seriam empregados para embasar a consecutiva denúncia contra eles oferecida.

40. O paradigma jurídico vigente, à luz do contexto narrado, impede tirar conclusão outra além da nulidade dos respectivos atos de inquirição e daqueles que lhes seguiram. Esta é a conjuntura: paciente e sua companheira são chamados a cooperar com o Estado para a elucidação de suposto crime, sem ressalva alguma quanto ao direito de permanecerem calados a respeito de indagações que lhes poderiam colocar em situação, pelo mesmo Estado, de auto-incriminação, tampouco quanto ao direito de constituir defensor (arts. 5º, LV e LXIII, da CF, 6º, V, do CPP, e 7º, XXI, da Lei nº 8.906/1994). Pelo contrário, foram informados, diante da condição em que foram ouvidos, “das penas cominadas ao falso testemunho”, conforme documentado (fls. 52-54). Para não restar dúvidas sobre a injusta vulnerabilidade a que os depoentes foram submetidos naquela ocasião, o paciente ainda frisou, estar “com muito medo dessa situação” (fl. 53).



41. Se não bastasse, quando ouvido durante a instrução processual, no dia 18 de novembro de 2019, o paciente narrou² como foi tomado o seu depoimento na Delegacia de Polícia Civil:

A SRA. JUÍZA – Inicia-se continuação da audiência de instrução e julgamento, nos autos da ação penal Nº 63-21/2018, da 33ª zona eleitoral de Tubarão, ação penal ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral contra Jonas Pacheco Machado, Rafael Antônio Dias e José Felipe Nazário. Estão presentes ao ato os réus Rafael e José Felipe, ausente o réu Jonas, tendo seu defensor justificado a ausência em razão de uma internação de urgência na data de hoje; presentes os defensores e o Ministério Público.

Serão, então, interrogados nos autos os réus Rafael e José Felipe, iniciando então com o réu José Felipe Nazário. É esse o seu nome, não é?

[...]

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Não, sobre isso aí não. **A única coisa que eu queria esclarecer é sobre o Alex. Não sei se vocês vão me perguntar depois, isso... Passou la com ele, outra mentira, que eu comprei um carrinho, aí minha mulher disse: “Tu vais encostar o carro aí?”. Aí disse: “Vou”. Aí ele me pegou que eu não tinha carteira.**

O SR. PROMOTOR DE JUSTIÇA – **Alex o policial, no caso?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **É o policial. Daí ele botou... quando ele pegou já tirou o revólver dali, botou (ininteligível), “ah, agora eu te peguei, tu não tens carteira. O teu carro só vai sair daqui... Tá vendo teu carro ali? Tu vai ter que falar tudo aqui, pode falar...” Ai me senti, comecei a chorar e tudo, eu disse “Meu deus”, eu comecei a pensar, eu disse “vou ter que falar alguma coisa, e perguntar se tem alguma coisa para ele poder...” porque eu não tenho carteira, o único carrinho que eu tenho. Aí foi onde que eu falei que peguei um baseadinho...**

A SRA. JUÍZA – **Mas ele disse o que o senhor tinha que dizer?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Não. Isso é... Mas a gente já nos...**

A SRA. JUÍZA – **Mas como o senhor sabia que ele queria que o senhor dissesse isso?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Ah, mas do jeito que ele me tratou ali, era a única solução. Não tem como ce ta ali. Ele bate, coisa e coorr. “Seu vagabundo” e coisa. “Não vai, não vai, teu carro não vai sair do lugar”. Do jeito que... Não tem como uma pessoa entender, o meu não, meu carro ficava. Tinha que ser o meu sim.**

A SRA. JUÍZA – **Mas como o senhor sabia que ele queria que o senhor falasse sobre essa situação envolvendo o Jonas, envolvendo o Rafael, seu José?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Não, porque ele pegou e disse assim “Não, rapaz, cê já tá aí até coisado”. Eu disse: “Ow, meu irmão, vou falar uma coisa pro senhor”. A hora que eu falei, já se alterou. Disse: “Meu irmão, não. Eu sou policial”. Já tirou o revólver, já veio, fez até assim em mim. Aí eu disse “meu deus” Aí minha mulher me olhou chorando e já queria até entrar. E a minha mulher já foi totalmente diferente, cafezinho, isso e aquilo. A minha mulher, coitada, nunca se envolveu, até hoje. Nunca, nunca. Também nunca viu eu usar nada, graças a deus, porque eu sempre respeitei meus filho dentro de casa, e coisa. Mostrar pra ela é a mesma coisa que mostrar nada...**

A SRA. JUÍZA – Uhum.

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **E até hoje ela pega no meu pé. Eu disse: “Ow, mulher, mas a gente não foi fazer título?”. Mas mesmo assim, até hoje...**

A SRA. JUÍZA – **Graziela é sua mulher?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **É, minha esposa.**

A SRA. JUÍZA – **Ah, ela é sua mulher?**

² As transcrições de todos os depoimentos foram realizadas pelo acadêmico Rafael Souza Milke e encontram-se, individualmente identificadas, ao final do instrumento deste habeas corpus. Suas autenticidades são asseguradas pelo impetrante, nos termos do artigo 425, inciso IV, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiária e supletivamente ao processo penal (art. 15 do CPC). Destaca-se que foram os fatos narrados pelo paciente no interrogatório que motivaram o ajuizamento da presente ação, para que se faça cessar, o quanto antes, a abusividade da perseguição contra ele dirigida.



O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – É, minha mulher.

A SRA. JUÍZA – Ela veio junto pra fazer o título?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Ela veio junto, veio junto.

A SRA. JUÍZA – Tá. E foi nessa volta daqui que vocês foram pegos?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Não, daí eu tive que ir lá na polícia ali, no delegado. Daí até troquei uma casinha que eu tinha nesse carrinho. Aí ela disse: “Não vai, você não tem carteira”, mas eu, como... eu encostei o carro bem na frente, ele começou a olhar, olhar, “Aquele carro ali é teu?”, “É meu”, “Tens carteira?”, “Não, não tenho carteira”. “Ah, tu não tens carteira?”. Aí foi onde eu disse “Agora...”.** Aí...

[...]

A SRA. JUÍZA – Os outros defensores têm alguma pergunta?

O SR VÂNIO JOSÉ CORRÊA VIANA (defensor Jonas Pacheco Martins) – **Só um esclarecimento. Seu José, o senhor falou que na delegacia o senhor se sentiu ameaçado, intimidado, pelas atitudes do policial Alex. Mas isso era em relação aos títulos de eleitor? Porque naquele procedimento era um processo de tráfico de entorpecentes. O senhor se sentiu... Queria que o senhor falasse alguma coisa sobre essa situação eleitoral ou sobre o tráfico de entorpecentes na época lá? O que ele estava perguntando ao senhor?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Olha, o que eu senti não foi nem por causa de (ininteligível), porque a pessoa chega ali ditando aquele tipo ali, a gente vai saber, né, o que passa... Que hoje em dia a gente vê tanta coisa, que eu vou dizer bem a verdade pra ti, a gente não sabe se pede ajuda para um ou para outro. Do jeito que ele se alterou ali, eu acho que a gente tem que se respeitar. Por mais que a gente esteja lá em cima, eu acho que tudo vai dar uma conversa, não (ininteligível).**

A SRA. JUÍZA – **Mas a pergunta do Doutor, seu José, é a seguinte: Essa força que ele fez a mais para o senhor falar, era naquele processo que ele estava investigando o tráfico de drogas e o Cazuza, ou era dessa questão eleitoral envolvendo o Jonas?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Ah, o que ele queria mais...**

A SRA. JUÍZA – É...

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Era saber da droga, né, das coisas, de droga...**

A SRA. JUÍZA – **Da droga?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **É, de título de eleitor ele nem quase perguntou.**

A SRA. JUÍZA – **Sobre a droga. Tá.**

O SR VÂNIO JOSÉ CORRÊA VIANA (defensor Jonas Pacheco Martins) – **Tá certo.**

[...]

A SRA. JUÍZA – É isso? Então encerra-se o interrogatório às 14h25min.

42. Nem se discute, neste momento, a juridicidade da utilização, seja para embasar a deflagração de inquéritos, seja para sustentar denúncias, de fatos narrados espontaneamente – a conhecida e reprovável “conversa informal” – por investigados, afirmados em momento anterior à expressa menção, pela autoridade competente, do direito ao silêncio e de outras garantias constitucionais e legais. Mesmo nesses casos, nos quais, sem dúvida, a extração de informações é feita, apesar de igualmente ilegítima, de forma muito mais branda do que aquela empregada nos autos (fls. 52-54), o Supremo Tribunal Federal julga imprestável ao aparelhamento do processo penal, por contrariar a Constituição Federal, todas as informações desfavoráveis colhidas antes da ressalva referente à não auto-incriminação, além das que, por delas decorrerem, seguirem-lhes no curso da persecução. É o sentido, por exemplo, da decisão tomada no Habeas Corpus nº 78.708, cuja parcela da ementa, na parte que interessa, segue transcrita abaixo:

Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, consequências da omissão [...] I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou **dignidade constitucional**, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta



garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. II. Em princípio, **ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas [...]** (STF, HC 78.708, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 9-3-1999).

43. Outra situação avaliada pelo STF ainda pode ser mencionada, em cujo julgamento determinou-se a “nulidade da ‘entrevista’ realizada e das provas derivadas, nos termos do art. 5º, LVI, da CF/88 e do art. 157, § 1º, do CPP”, considerando, além da ausência de certificação acerca do “direito à prévia consulta” a advogado, e do “direito ao silêncio e a não produzir provas contra si”, o “ambiente intimidatório” em que realizada a inquirição – a não oportunização de constituição de advogado, por contratação ou nomeação, será melhor trabalhada no segundo ponto da primeira premissa deste habeas corpus; já o contexto geral que circundava a coleta dos depoimentos pela Polícia Federal (fls. 109/110) será aprofundada no terceiro ponto da primeira premissa desta ação. A ementa da decisão, na parcela que importa, foi assim redigida:

Reclamação. 2. Alegação de violação ao entendimento firmado nas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 395 e 444. Cabimento. [...] **Há a violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação, estabelecidos nas decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, com a realização de interrogatório forçado, travestido de “entrevista”, formalmente documentado durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão, no qual não se oportunizou ao sujeito da diligência o direito à prévia consulta a seu advogado e nem se certificou, no referido auto, o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo, nos termos da legislação e dos precedentes transcritos 4. A realização de interrogatório em ambiente intimidatório representa uma diminuição da garantia contra a autoincriminação.** O fato de o interrogado responder a determinadas perguntas não significa que ele abriu mão do seu direito. As provas obtidas através de busca e apreensão realizada com violação à Constituição não devem ser admitidas. Precedentes dos casos Miranda v. Arizona e Mapp v. Ohio, julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos. **Necessidade de consolidação de uma jurisprudência brasileira em favor das pessoas investigadas 5. Reclamação julgada procedente para declarar a nulidade da “entrevista” realizada e das provas derivadas, nos termos do art. 5º, LVI, da CF/88 e do art. 157, § 1º, do CPP, determinando ao juízo de origem que proceda ao desentranhamento das peças** (STF, Rcl 33.711, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11-6-2019).

44. A hipótese aqui apresentada é muito mais grave – e, por isso, com maior razão, aplicável o entendimento do STF afirmado acima, de declaração de reconhecimento do vício originário e de nulidade de todas as peças contaminadas, direta ou indiretamente, pela ilicitude, com os desentranhamentos pertinentes. Extrai-se dos respectivos termos (fls. 52-54), além do inconcebível procedimento sub-humano de coleta de informações narrado pelo paciente em audiência, que não houve espontaneidade alguma nas declarações prestadas por ele e por Graziela Ernesto Pinheiro na Delegacia de Polícia Civil. Nesse contexto, manter incólumes e presentes nos autos os depoimentos debatidos, sem qualquer repercussão em matéria de nulidade, significaria admitir a produção de efeitos jurídicos por prova obtida, além de outras ilegalidades/inconstitucionalidades, mediante expressa coação, ainda que manejada – o caso figurado pelo paciente, como se viu e será retomado na segunda premissa, foi, na verdade, ainda pior, pois os elementos diretamente viciados fundamentaram a essência da denúncia – com o intuito único de deflagrar investigação.



45. Considerando o panorama apresentado, na verdade, os elementos coletados pela autoridade de Polícia Civil jamais poderiam sequer ter sido utilizados como fonte de convicção para fins de instauração, em desfavor do paciente e de sua companheira, da fase inquisitiva, ainda que implementada pela autoridade policial competente (Polícia Federal), e supervisionada pelo Juízo igualmente dotado de jurisdição para a supervisionar (Justiça Eleitoral). O conjunto de precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça apontam nesse sentido. Mas não é só. A jurisprudência nacional, além de afirmar a imprestabilidade absoluta de atos persecutórios praticados nos termos descritos acima, documentados às fls. 52-54 dos autos, estende a nulidade a todos os subsequentes, praticados tanto durante as investigações, quanto no curso do processo, inclusive, a depender do caso, com a determinação de trancamento da ação penal, por ausência de justa causa – porque formada a partir de material legítimo. Alguns julgados relativos ao tema valem ser explorados, como será feito a partir de agora.

46. O STF, ao decidir o Habeas Corpus nº 69.912³ (Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16-12-1993), sob a vigência da Constituição Federal de 1988, com seu artigo 5º, inciso LVI, mesmo antes da reforma processual ordinária operada pela Lei nº 11.690/2008, que modificou o artigo 157 do CPP, para explicitar não apenas a inutilidade de provas obtidas por meio ilícito (*caput*), mas de todo o material decorrente, indiretamente produzido com violação a normas constitucionais ou legais, portanto (§ 1º), aplicou, após reconhecer o vício de origem, a teoria denominada *fruits of the poisonous tree*. Na oportunidade, conforme a respectiva ementa, assentou-se, naquilo que interessa, “que a ilicitude da interceptação telefônica [...] contaminou, o caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente”.

47. O Ministério Público Federal, em seu parecer, apesar de haver reconhecido a nulidade da “prova” originária, consubstanciada “nas ‘degravações’ das escutas telefônicas”, sustentou a higidez do processo penal, uma vez que a decisão condenatória fizera “expressa referência aos autos de prisão em flagrante e de apreensão [...], além da confissão do próprio” réu, material hábil para, sozinho, segundo o órgão, embasar o convencimento judicial desfavorável. A argumentação, entretanto, não foi acolhida pelo Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, relator, nem pela maioria do Tribunal. No voto condutor, afirmou-se que, além da ilicitude da interceptação telefônica, era evidente e inevitável a contaminação dos elementos coletados posteriormente, pois a partir dela é que foram descobertos. Do contrário, o entendimento defendido pelo MPF, aludindo ao material instrutório ilegítimo por derivação, “levado às últimas consequências, [...] tolheria inteiramente a eficácia da garantia constitucional” prevista no artigo 5º, inciso LVI.

48. Segundo o Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, diferente seria caso “se pudesse afirmar seguramente que outras provas, colhidas independentemente da existência daquela proibida, bastariam à condenação”. Contudo, conforme demonstrou a sentença, em trechos transcritos no voto, a prova diretamente viciada foi decisiva para a persecução penal como um todo. Isso por haver fundado tanto a instauração do inquérito, quanto a condenação: “seja por seu conteúdo próprio, seja por que muito do que se colheu após a escuta – a começar da apreensão da droga e da prisão dos acusados – foi consequência das informações obtidas pela gravação clandestina das

³ Alerta-se que o Habeas Corpus nº 69.912 foi submetido a dois julgamentos no STF. Isso porque, no primeiro, realizado em 30 de junho de 1993, integrou o quorum o Excelentíssimo Ministro Carlos Velloso, embora impedido. Ressalvada a ementa, todas as menções realizadas nesta petição são referentes ao acórdão inicial, com exceções pontuais e informadas, no qual as exposições relativas à (i)licitude da prova, e da consecutiva contaminação do inquérito e da ação penal, foram mais profundas.



conversas telefônicas” – ressalta-se, aqui, a utilização do vocábulo “muito”, em vez de “tudo”, o que autoriza crer que, mesmo supostamente havendo outros elementos desvinculados da ilicitude, “independentes”, como se costuma dizer, mas de menor importância instrutória, a contaminação causada pelo vício originário deve estender-se a todo o procedimento investigativo e judicial.

49. Assim concluiu Sua Excelência:

Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do **“fruit of the poisonous tree”** é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.

De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria “degravação” das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser. Aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.

[...]

Na espécie, é inegável que só as informações extraídas da escuta telefônica indevidamente autorizada é que viabilizaram o flagrante e a apreensão da droga, elementos também decisivos, de sua vez, na construção lógica da imputação formulada na denúncia, assim como na fundamentação nas decisões condenatórias.

Dada essa patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subsequente colhidas, não é possível apegar-se a essas últimas – frutos da operação ilícita inicial – sem, de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada.

Desse modo, **não vejo, sem infidelidade aos princípios, como fugir da nulidade radical do procedimento, nele incluídos o inquérito e a prisão em flagrante** (STF, HC 69.912, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30-6-1996).

50. Seguiu a mesma linha o Excelentíssimo Ministro Francisco Rezek:

Se estimássemos que **a intromissão na comunicação telefônica de outrem é em si mesma inválida, mas que o produto investigatório nela apoiado pode valer em juízo, estaríamos esvaziando o efeito útil da norma protetiva que a Constituição de 1988** estabeleceu quando, de modo honesto e realista, admitiu a escuta telefônica em circunstâncias excepcionais. [...]

Mas **tudo quanto a Carta, no particular, protege, estaria reduzido a zero caso se estimasse que a escuta telefônica, quando ilícita, pode não obstante gerar medidas investigatórias em juízo**. Isso me parece inadmissível (STF, HC 69.912, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16-12-1993).

51. O Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio também ressaltou a ilegítima influência da prova ilícita sobre o procedimento e o convencimento judicial:

A segunda matéria, também de grande importância, diz respeito à valia, à envergadura do que levantado mediante a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, no que se chegou ao provimento judicial condenatório. **Evidentemente não basta que se tenha o título condenatório como alicerçado, também, em outras provas. É preciso que se chegue à conclusão de que o exposto mediante a escuta clandestina não teve repercussão no convencimento do Estado-juiz**, e isto não ocorreu na hipótese dos autos. S. Ex^a. Leu um trecho da sentença revelador, a mais não poder, de que a origem da persecução criminal foi justamente a escuta (STF, HC 69.912, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16-12-1993).



52. Ao reexaminar a causa, na segunda avaliação – ocasionada pelos motivos já explicitados – do Habeas Corpus nº 69.912, Sua Excelência o Ministro Marco Aurélio ratificou o entendimento manifestado anteriormente acerca da ilicitude da prova e da sua repercussão sobre os demais atos da investigação e do processo, com ênfase, desta vez, no recebimento da denúncia, na linha do que já decidira em feito diverso, como se denota do voto:

Não menos correto é que os aludidos preceitos não se sobrepõem à Carta da República, no que consigna, como garantias constitucionais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como a inadmissão, em qualquer processo, de provas obtidas por meios ilícitos — incisos X e LVI do artigo 5º. Ora, tratando-se de gravação obtida de forma ardilosa e incorreta, mediante a prática condenável de escamotear um gravador visando a obter a armazenagem de informações, **forçoso é concluir que se está diante de prova indiciária alcançada por meio ilícito, ao arrepio não só dos padrões éticos e morais, como também da própria Carta [...]. O interesse público não se sobrepõe aos aspectos éticos e morais, mas com estes deve estar em perfeita comunhão**, isto sem que se considere a intimidade protegida constitucionalmente. **Não é crível que se confira a uma gravação obtida clandestinamente eficácia suficiente a respaldar o recebimento de uma denúncia para, após, no julgamento da ação penal, declarar-se que se trata de prova conseguida por meio ilícito.** O princípio lógico da não-contradição estará ferido de morte (STF, HC 69.912, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30-6-1996).

53. Idêntica posição foi adotada pelo Excelentíssimo Ministro Celso de Mello. Após distinguir academicamente – o que nada importa para o presente caso, considerando a mesma consequência que irradiam, direta e indiretamente, no processo penal – “provas ilícitas” de “ilegítimas”, conforme a natureza do direito violado em cada situação, material ou processual, Sua Excelência enfatizou, amparado em obra escrita por Ada Pellegrini Grinover (*Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. pp. 60/82), a necessidade de repúdio incondicional, “pelos juízes e Tribunais”, a qualquer “prova obtida por meios ilícitos [...]” por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade”, nomeadamente ao previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, estendendo-se o “postulado” ao material viciado “por derivação”. Sobre a contaminação, citou exemplos, dos quais importa mencionar, aqui, por guardar alguma semelhança com a hipótese dos autos, o seguinte:

Imagine-se uma confissão extorquida sob tortura, na qual o acusado ou indiciado indica o nome do comparsa ou da testemunha que, ouvidos sem nenhuma coação, venham a corroborar aquele depoimento (STF, HC 69.912, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16-12-1993).

54. Concluiu, então pela “absoluta ineficácia probatória dos elementos de convicção” afetada, “em sua própria origem”, pelo “comportamento ilícito dos agentes estatais”, entendimento ratificado no segundo julgamento do habeas corpus em questão. Finalmente, a respeito dos efeitos – com ênfase, aqui, considerando o estágio em que os autos, na instância inferior, encontram-se, no direito de não ser denunciado ilegítimamente, de não ser alçado, de maneira constrangedora e abusiva, à condição de réu de ação penal fundada em elementos de convicção imprestáveis, por contaminação direta ou derivada, como o foram o paciente e sua companheira – sobre o sujeito alvo da perseguição, escreveu:

A cláusula constitucional do due process of law – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas ou ilegítimas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, **na**



medida em que o réu tem o imposterável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com base em elementos instrutórios obtidos ou produzidos com desrespeito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao poder persecutório e ao poder investigativo do Estado (STF, HC 69.912, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16-12-1993).

55. Como consequência da ilegalidade perpetrada no inquérito policial, o STF, no julgamento do Habeas Corpus nº 69.912, nos termos dos votos proferidos pelo Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence nas duas oportunidades que decidiu a ação, deferiu a ordem, “para anular o feito, desde a prisão em flagrante, inclusive” (2º). Sua Excelência não viu outra alternativa, apesar do estágio em que o feito criminal, na instância inferior, encontrava-se, com condenação assentada pelo magistrado singular e confirmada pelo Tribunal Regional Federal, “sem infidelidade aos princípios, como fugir da nulidade radical do procedimento, nele incluídos o inquérito e a prisão em flagrante” (1º). Isso pela contaminação, causada pela ilicitude originária, direta ou derivada das fontes de convicção produzidas em ambas as fases da perseguição.

56. Ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal, adotou-se compreensão idêntica no julgamento do Habeas Corpus nº 73.351 (Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9-5-1996), com numerosas referências ao que decidido no Habeas Corpus nº 69.912, apresentado acima. Assim, a exemplo da ementa do precedente anterior, o STF, em sua maioria, na linha dos votos que serão individualmente abordados, após assentar a ilegitimidade do grampo, concluiu “que a ilicitude da interceptação telefônica [...] contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta”. Aqui, também, em desfavor do réu, a ação penal já havia sido sentenciada, o que não impediu o reconhecimento do vício operado na fase policial e da sua repercussão sobre o inquérito e o processo.

57. Na ocasião, Sua Excelência o Ministro Marco Aurélio, acompanhando o voto do relator, destacou que – em um Estado Democrático de Direito, acrescenta-se, fato constantemente rememorado pelo Excelentíssimo Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, em suas exposições acadêmicas e nos julgamentos levados a efeito no Tribunal Superior Eleitoral – “o meio justifica o fim, mas não este aquele”. Assim, continuou Sua Excelência, na busca pela “verdade real”, em “controvérsias situadas no campo penal [...] não se pode simplesmente, em face ao interesse da sociedade na perseguição criminal, colocar em segundo plano regras estabelecidas”, sobretudo as de matiz constitucional, das quais sempre se deve “tirar a máxima eficácia”. A respeito da nulidade da instrução, causada direta e indiretamente pela interceptação telefônica ilegal, discorreu:

A partir do que descoberto, mediante esse ilegítimo ato, chegou-se ao deslinde da trama com o flagrante ocorrido, surpreendendo-se, pois, os agentes na prática delituosa. Indaga-se: **é possível, a esta altura, olvidar que toda a instrução penal baseou-se em procedimento glosado pela Carta? É possível potencializarmos o fim? É possível levarmos a extremo o argumento ad terrorem quanto ao crime perpetrado, para colocarmos em plano secundário uma garantia constitucional? A democracia, para se cultivar, exige um preço** (STF, HC 73.351, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9-5-1996).

58. Concluiu o Excelentíssimo Ministro, então:

Senhor Presidente, devo observar princípios, critérios. Não posso simplesmente estabelecer, porque não sou legislador, as normas para a situação concreta. [...] O que não posso, de forma alguma, tendo assento na Corte mais alta do País, é colocar em plano secundário o que se contém na Carta. **Apontar que é válido um processo que já nasceu viciado, que se iniciou a**



partir da transgressão não a uma norma de estatura ordinária, mas a uma norma de idoneidade maior [...].

Senhor Presidente, convencido de que o vício nesse processo é de origem, contaminando-o na integralidade, peço vênua àqueles que entendem de forma diversa, para acompanhar o Senhor Ministro Ilmar Galvão, deferindo o habeas-corpus (STF, HC 73.351, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9-5-1996).

59. Na mesma linha, seguida pela corrente majoritária do STF, o Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence frisou que a omissão no texto da Constituição Federal a respeito da contaminação instrutória por derivação, causada por “violação a uma garantia constitucional” na coleta do material elementar, não impedia o seu reconhecimento pelo Tribunal. Tratava-se, conforme Sua Excelência, “de adotar a única interpretação capaz de dar garantia aos altos valores constitucionais subjacentes à proibição da prova ilícita”, primados que não devem admitir “transigência fácil”, tampouco “chancela do Supremo Tribunal”. Ainda, sobre o tema, apontou o voto:

A ilicitude da prova, no caso, não vem de irregularidade processual na sua colheita, mas da violação a uma garantia constitucional.

Ora, **impossibilitar a juntada de degravações da escuta proibida, mas possibilitar que seja ela a fonte de toda a prova colhida é simplesmente tornar coisa alguma a garantia do sigilo das comunicações**.

[...]

No Brasil, Luiz Francisco Torquato Avolio, em monografia preciosa (Provas ilícitas, ed. RT, 1995, p.66 ss.) — fundado em Trocker (Processo Civile e Costituzione, 1974, p. 631) — **chega também à proscrição das “provas ilícitas por derivação”, sempre que a proibição da prova visar à “proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade”**.

[...]

Sou dos que pensam, com Wolter (apud M. Costa Andrade, ob. cit., p.380, que “em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade nem um processo penal vocacionado para a proteção dos direitos fundamentais. Pois, nas situações de criminalidade grave uma tal ponderação de interesses redundaria sistematicamente na frustração da tutela dos direitos fundamentais” (STF, HC 73.351, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9-5-1996).

60. Não é diferente no Superior Tribunal de Justiça, como se disse. Cita-se, por exemplo, o entendimento adotado por ocasião do julgamento, à unanimidade, do Habeas Corpus nº 107.285. Como resultado, com referência expressa à jurisprudência do STF, o STJ concedeu a ordem, para determinar “o trancamento da ação penal”, tendo em vista, excluído o material ilegítimo, direta ou indiretamente contaminado, a insuficiência das provas constantes dos respectivos autos para composição da justa causa, requisito de qualquer denúncia (art. 395, III, do CPP). Isso, conforme registrou Sua Excelência a Ministra Laurita Vaz, por ser dever do Poder Judiciário “garantir que o jus puniendi estatal não seja levado a efeito com máculas ao devido processo legal, para que a observância das garantias individuais tenha eficácia irradiante no seio de toda a sociedade, seja nas relações entre o Estado e cidadãos ou entre particulares”.

61. Extraí-se da ementa, no que interessa ao caso presente:

Evidenciado nos autos que a Paciente já ostentava a condição de investigada e que, em nenhum momento, **foi advertida sobre seus direitos constitucionalmente garantidos, em especial, o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma**, resta evidenciada a



ilicitude da única prova que embasou a condenação. Contaminação do processo, derivada da produção do laudo ilícito. Teoria dos frutos da árvore envenenada (STJ, HC 107.285, Quinta Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 9-11-2010).

62. Os julgados transcritos a seguir, em que o Supremo Tribunal Federal foi instado a pronunciar o direito ao silêncio enquanto garantia de qualquer acusado, em qualquer procedimento investigativo, também vão ao encontro dos interesses do paciente:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - **PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO - DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA - IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO IMPOR MEDIDAS RESTRITIVAS A QUEM EXERCE, REGULARMENTE, ESSA PRERROGATIVA** - PEDIDO DE HABEAS CORPUS DEFERIDO. - O privilégio contra a auto-incriminação [...] traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. - O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (nemo tenetur se detegere) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. - Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes (STF, HC 79.812, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 8-11-2000).

I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. [...] II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. **Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo:** conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. [...] 4. **O privilégio contra a auto-incriminação** - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - **importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não (STF, HC 80.949, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30-10-2001).**

PRISÃO CAUTELAR. INCONSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE APÓIA A DECISÃO QUE A DECRETOU: GRAVIDADE OBJETIVA DO CRIME, NÃO-VINCULAÇÃO DO RÉU AO DISTRITO DA CULPA E RECUSA DO ACUSADO EM APRESENTAR A SUA VERSÃO PARA OS FATOS DELITUOSOS. INCOMPATIBILIDADE DESSES FUNDAMENTOS COM OS CRITÉRIOS FIRMADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. DIREITO DO INDICIADO/RÉU DE NÃO SER CONSTRANGIDO A PRODUZIR PROVAS CONTRA SI PRÓPRIO. DECISÃO QUE, AO DESRESPEITAR ESSA PRERROGATIVA



CONSTITUCIONAL [...] DOUTRINA. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. - A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal. O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512). **Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal.** Precedentes. - O exercício do direito contra a auto-incriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a “persecutio criminis”. Medida cautelar deferida (STF, MC-HC 133.812, rel. Min. Celso de Mello, j. 9-10-2008).

Habeas corpus. Comissão Parlamentar de Inquérito. **Direito ao silêncio, garantia contra a auto-incriminação** e direito de assistência por advogado. [...] É jurisprudência pacífica desta Corte a possibilidade de o investigado, convocado para depor perante CPI, permanecer em silêncio, evitando-se a auto-incriminação, além de ter assegurado o direito de ser assistido por advogado e de comunicar-se com este durante a sua inquirição. Precedentes. **Considerando a qualidade de investigado convocado por CPI para prestar depoimento, é imperiosa a dispensa do compromisso legal inerente às testemunhas [...]** (STF, HC 100.200, Tribunal Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8-4-2010).

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Furto (art. 240 do CPM). Recebimento da denúncia. 3. **Alegação de nulidade do processo por ofensa ao princípio do nemo tenetur se detegere em razão da confissão da autoria durante a inquirição como testemunha.** 4. **Denúncia recebida apenas com base em elementos obtidos na confissão.** 5. **Garantias da ampla defesa e do contraditório no curso da ação penal.** 6. Recurso provido (STF, RHC 122.279, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12-8-2014).

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. PESSOA POTENCIALMENTE SUJEITA A PERSECUÇÃO PENAL. APROVAÇÃO, MESMO ASSIM, DE REQUERIMENTO DE SUA CONVOCAÇÃO POR REFERIDO ÓRGÃO LEGISLATIVO. DIREITO AO NÃO COMPARECIMENTO RESULTANTE DA PRERROGATIVA CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. ILEGITIMIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA PARA EFEITO DE INQUIRÇÃO. **DISPENSA DE ASSINAR TERMO DE COMPROMISSO (CPP, ART. 203). PRECEDENTES DO STF. RECONHECIMENTO, EM FAVOR DO PACIENTE, DE SEU DIREITO AO SILÊNCIO. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** DIREITO DE PRESENÇA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO, AO LADO DE SEU CLIENTE, AO LONGO DE REFERIDA INQUIRÇÃO. [...] MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. – Aquele que se acha submetido – ou que possa vir a sê-lo – a procedimentos estatais de investigação penal ou de persecução criminal em juízo tem o direito de não comparecer ao ato de seu depoimento, ainda que regularmente para ele convocado (HC 171.438/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, 2ª Turma). – A prerrogativa constitucional contra a autoincriminação impede o órgão competente (a CPI, na espécie) de impor ao investigado (ou ao réu, quando for o caso) o dever de comparecimento para efeito de sua inquirição, obstando-lhe, ainda, a adoção, contra quem sofre a persecução estatal, de qualquer medida, como a condução coercitiva (ADPF 395/DF e ADPF 444/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES), destinada a



compeli-lo a fazer-se presente ao ato para o qual foi intimado. Precedente. – **O exercício do direito de permanecer em silêncio, na hipótese de o investigado optar por comparecer perante a Comissão Parlamentar de Inquérito, por traduzir concreta (e legítima) manifestação de prerrogativa constitucional, não autoriza o órgão estatal a impor-lhe qualquer medida restritiva de direitos ou privativa de liberdade. Precedentes** (HC 79.812/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 129.000-MC/DF, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 129.009-MC/DF, Rel. Min. ROSA WEBER, v.g.). – Qualquer pessoa que compareça perante Comissão Parlamentar de Inquérito tem o direito de fazer-se acompanhar por Advogado, ainda que em reunião secreta desse órgão legislativo (Lei nº 1.579/52, art. 3º, § 2º), e de com o seu patrono comunicar-se, pessoal e reservadamente, a quem se revela lícito, no desempenho de suas prerrogativas profissionais, reclamar, verbalmente ou por escrito, contra a inobservância de preceitos constitucionais, legais ou regimentais, notadamente quando o comportamento eventualmente arbitrário do órgão de investigação parlamentar lesar as garantias básicas daquele, investigado ou testemunha, que o constituiu para orientá-lo juridicamente. Precedentes (MS 23.576-Recon/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 30.906-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 100.200/DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – HC 134.983- -MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) (MC-HC 174.326, rel. Min. Celso de Mello, j. 12-8-2019).

63. Retira-se, ainda, desta última decisão:

O direito ao silêncio – e o de não produzir provas contra si próprio (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) – constitui prerrogativa individual que não pode ser desconsiderada por qualquer dos Poderes da República, independentemente – insista-se – da condição formal (seja a de indiciado, seja a de investigado, seja a de testemunha) ostentada por quem é intimado a comparecer perante órgãos investigatórios do Estado, inclusive perante Comissões Parlamentares de Inquérito [...] A função de investigar não pode resumir-se a uma sucessão de abusos nem deve reduzir-se a atos que importem em violação de direitos ou que impliquem desrespeito a garantias estabelecidas na Constituição e nas leis. O inquérito parlamentar, por isso mesmo, não pode transformar-se em instrumento de prepotência nem converter-se em meio de transgressão ao regime da lei. (...).” (MS 23.576-Recon/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) (STF, MC-HC 174.326, rel. Min. Celso de Mello, j. 12-8-2019).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. CONSTATAÇÃO. **INOBSERVÂNCIA AO DIREITO AO SILÊNCIO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. USO INDEVIDO DE UNIFORME MILITAR. ORDEM CONCEDIDA.** I – É jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal a possibilidade do investigado ou acusado permanecer em silêncio, evitando-se a auto-incriminação. II – **O depoimento da paciente, ouvida como testemunha na fase inquisitorial, foi colhido sem a observância do seu direito de permanecer em silêncio.** II – Ordem concedida (STF, HC 136.331, Segunda Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13-6-2017).

64. Deste último precedente, em que a ordem de habeas corpus foi concedida, “para declarar a nulidade do processo a partir da inquirição da paciente”, levada a cabo no respectivo inquérito, extrai-se do voto:

Conforme relatado, a **paciente foi interrogada na fase inquisitorial, todavia “não lhe foi transmitido nem assegurado o consagrado ‘direito constitucional ao silêncio’, tendo sido questionada a respeito dos fatos a ele imputados como se testemunha fosse”** (pág. 2 do documento eletrônico 1).



De fato, o termo de inquirição da paciente não registra qualquer menção à advertência formal do direito ao silêncio (págs. 17-19 do documento eletrônico 1).

Esta Suprema Corte já assentou, em mais de uma ocasião, que, seja na condição de investigado ou de testemunha, **o paciente tem o direito de permanecer em silêncio**, de comunicar-se com seu advogado e de não produzir prova contra si mesmo, conforme lhe assegura o art. 5º, LXIII, da Carta da República. Incide, na hipótese, o princípio nemo tenetur se detegere (STF, HC 136.331, Segunda Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13-6-2017).

65. Portanto, nos termos compreendidos pelo STF e pelo STJ, segundo a interpretação que empregam da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, o material recolhido, nos mais diversos tipos de investigação, em inobservância ao direito ao silêncio, são imprestáveis para fundamentar condenação (fundar juízo de certeza pelo Estado-julgador), oferecimento de denúncia (fundar juízo de probabilidade pelo Estado-acusador), nem instauração de inquérito (fundar juízo de possibilidade pelo Estado-investigador). Além do mais, configurado o vício, a nulidade que dele emana alcança todos os atos subsequentes, em ambas as fases da persecução, consequência intransponível em um Estado Democrático de Direito. Assim, na hipótese combatida por este habeas corpus, as declarações tomadas pela autoridade policial civil em desfavor do paciente e da ré Graziela Ernesto Pinheiro (fls. 52-54) jamais poderiam ter servido para sustentar seus chamamentos à Delegacia de Polícia Federal (fls. 109/110), e muito menos para embasar a denúncia que contra eles se empreendeu, por expressa remissão do Ministério Público Eleitoral, como não deixam mentir os autos (fls. 6/8).

66. Não poder haver dúvidas, por tudo o que se disse, a respeito da nulidade das inquirições realizadas na Delegacia de Polícia Civil (fls. 52-54), arguida na primeira oportunidade em que o paciente pôde falar nos autos, em suas alegações escritas (fls. 170-179). No entanto, continuando o raciocínio que sustenta a primeira premissa da presente ação, ainda que não se considerem contaminados, por elas, os atos persecutórios praticados na sequência, será demonstrado que os depoimentos tomados pela autoridade policial federal (fls. 109/110), dos quais o MPE “igualmente” se valeu para fundamentar a denúncia (fls. 6/8), mesmo avaliados individualmente, são nulos, porque realizados também em desacordo com o que determina a Constituição Federal e a legislação de regência, na linha, mais uma vez, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Este tema, referente ao **segundo ponto da primeira premissa** do presente habeas corpus, será abordado a partir de agora.

67. É verdade que o tratamento dispensado na Delegacia de Polícia Federal, tanto com relação ao paciente, quanto à sua companheira, foi diferente da abordagem empregada na Delegacia de Polícia Civil. Antes de prosseguir aos questionamentos, a autoridade policial federal consignou, para ambos os réus, como constam dos termos respectivos (fls. 109/110):

QUE fica, desde já, ciente do objeto da presente investigação, bem como de seu direito constitucional de permanecer em silêncio, em razão da possibilidade de que venha a ser indiciado acaso constatada a sua participação no fato investigado.

68. Aparentemente, respeitou-se o direito ao silêncio. Acontece que, ao não se garantir ao paciente, nem à sua companheira, como deve ser feito em favor de qualquer investigado, preso ou solto, considerando as peculiaridades do caso concreto, o direito de ser assistido por advogado, normas constitucionais e legais foram desrespeitadas, o que maculou, para todos os efeitos, também a higidez dessas segundas inquirições, conforme compreendem o STF e o STJ, sobremodo para sustentar – novamente, como será debatido na segunda premissa desta impetração, na verdade, a



denúncia foi lastreada, em essencial, nos depoimentos coletados pela autoridade policial civil (fls. 52-54) – a subsequente a acusação (fls. 6/8).

69. Sabe-se que as garantias processuais, mesmo aquelas previstas na Constituição Federal, como as que asseguram “aos acusados em geral [...] o contraditório e a ampla defesa” (art. 5º, LV, da CF), sofrem temperamentos na fase investigativa da persecução penal. Nesta etapa, são menores “os meios e recursos a ela inerentes”, embora não suprimidos em absoluto, plenamente exercitáveis nos processos em geral, tenham eles natureza administrativa ou jurisdicional, sem que se possa dizer comprometido o “devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CF). Isso porque o inquérito, como há tempos entende o Supremo Tribunal Federal, não é processo propriamente: a partir dele não se chega a decisão alguma, de modo a privar, de forma direta e automática, qualquer sujeito de sua “liberdade ou de seus bens”, mas simplesmente a um relatório, elaborado com base – e isto é fundamental – no material lícitamente coletado pela autoridade competente (art. 5º, LIII, da CF), conforme o crime apurado (STF, HC 82.354, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10-8-2004; e STF, HC 87.827, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25-4-2006).

70. Entretanto, também não é novidade, que o investigado, independentemente do órgão encarregado da apuração, não é objeto, mas sujeito titular de direitos, oponíveis ao Estado no exercício da atividade persecutória, como levantado nas alegações escritas (fls. 170-179). Dentre essas prerrogativas, encontra-se – embora se reconheça que, para parcela da comunidade jurídica, mas em hipóteses distintas da realidade dos autos, conforme será explicitado, não constitua vício a ausência de advogado contratado ou designado para acompanhar investigações – a assistência técnica, por profissional habilitado, fator desprezado na Delegacia de Polícia Federal (fls. 109/110). A indispensabilidade da nomeação – ou, ao menos, da oportunização do exercício deste direito, com o a documentação formal da ressalva, a ambos os acusados – de defensor, para tutelar os interesses do paciente e de sua companheira perante a autoridade de polícia federal, ainda que ouvidos “em liberdade”, encontra fundamento na Constituição Federal (arts. 5º, LIV, LV, LVI, LXIII, e 133) e nas Leis da República (arts. 6º, V, e 185, *caput*, do CPP, e 2º, *caput*, e 7º, XXI, da Lei nº 8.906/1994), conforme a interpretação, como não poderia ser diferente, que lhes dispensam o STF e o STJ.

71. As ementas transcritas a seguir, resultados de julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, apontam nesse sentido:

Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; **existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio** (STF, HC 90.232-4, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18-12-2006).

A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, **que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado**, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, **pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial** (STF, HC 73.271, Primeira Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 19-3-1996).



72. Na mesma linha, anotou o Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento, pelo STF, dos Habeas Corpus nº 82.354 e nº 87.827:

Da evidência de não estar diretamente sob a proteção das garantias do contraditório e da ampla defesa – com a densidade que lhe dá o art. 5º, LV, da Lei Fundamental – **não se pode, contudo, “à outrance”, reduzir o indiciado, no curso do inquérito, a mero objeto ou sujeito inerte de investigações administrativas** (STF, HC 82.354, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10-8-2004; e STF, HC 87.827, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25-4-2006).

73. O STF, há décadas, superou a literalidade do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Segundo o Tribunal, não apenas ao “preso”, mas a qualquer investigado chamado a depor devem-se resguardar os direitos ao silêncio à assistência técnica, por profissional habilitado, especialmente nas coletas realizadas “em ambiente intimidatório” (STF, Rcl 33.711, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11-6-2019) – informações que precisam, inclusive, constar dos termos que inquirição, a fim de viabilizar a supervisão judicial, como será tratado ainda neste ponto. O investigado até pode dispensar a prévia consulta a defensor, contratado ou nomeado, mas a garantia precisa ser verbalizada e documentada pelo agente do Estado responsável por tomar a declaração, especialmente nos casos de vulnerabilidade, de hipossuficiência jurídica, econômica e/ou social, como é o caso dos autos. Isso porque, em hipóteses assim, o investigado não é verdadeiramente livre para, sozinho, decidir com autonomia o próprio comportamento, questão que será melhor trabalhada no terceiro ponto da primeira premissa deste habeas corpus. Nesse cenário, o princípio da não auto-incriminação, ou do *nemo tenetur se detegere*, impõe à autoridade a obrigação não somente de ressaltar, antes do depoimento, a licitude do silêncio, mas a possibilidade de constituição de advogado, para orientação.

74. Essa leitura caracterizou o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, dos Habeas Corpus nº 82.354 e nº 87.827, ambos relatados pelo Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence. Destacou-se, nas ementas dos acórdãos, a “garantia”, favorável ao “indiciado” e oponível ao Estado, da constituição de defensor, para acompanhar as investigações: medida obrigatória, “quando preso” o assistido; e facultativa, “quando solto” – faculdade que, mais uma vez se ressalta, precisa ser comunicada e documentada nos autos, de modo a assegurar que a decisão do acusado efetivamente espelhe sua livre escolha. Sua Excelência ainda anotou, citando obra de Carlos Frederico Coelho Nogueira (*Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Edipro, 2002. p. 135), “que a doutrina e a jurisprudência reconhecem ao indiciado direitos fundamentais, entre os quais os de ‘assistência de advogado em todos os atos de que participe’; o ‘de se entrevistar, pessoal e reservadamente com o advogado’ [...]; o ‘direito ao silêncio’ (CF, art. 5º, LXIII e 186⁴, V, CPP) e o *nemo tenetur se detegere*”.

75. Declarou, nos votos, o Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, acerca do previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal:

O dispositivo tem alcance maior que o de sua expressão literal: certo – inspirado claramente na doutrina do Caso Miranda, a garantia é nominalmente endereçada ao preso; mas, no que a ele, preso, assegura, tem como pressuposto que ao indiciado, ainda que solto, também se estende o direito ao silêncio (que tem como premissa o *nemo tenetur se detegere*) e, no mínimo, a faculdade da assistência do advogado que constituir.

Ora – argumentam com precisão os impetrantes –, a assistência de advogado, que assim, pelo menos, se permite, não é a assistência passiva ou emocional, que, desta, se encarregaria a

⁴ Desejou-se, aqui, na verdade, citar o artigo 6º, V, do Código de Processo Penal.



família: o que se pretendeu assegurar ao preso e, pelo menos, facultar ao indiciado solto, foi a assistência técnica do advogado (STF, HC 82.354, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10-8-2004; STF, HC 87.827, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25-4-2006).

76. Acompanhando o voto condutor lançado no Habeas Corpus nº 82.354, a exposição do Excelentíssimo Ministro Ayres Britto evidenciou o sentido e o alcance da decisão:

Não posso deixar de colocar **ênfase na interpretação extensiva que Vossa Excelência fez ao inciso LXIII do artigo 5º, muito bem feito**. Aqui, literalmente, assegura direito ao preso: o de permanecer calado e de receber assistência técnica de seus advogados, além da assistência da família – que não é técnica, mas é necessária, é afetiva e tudo mais.

Vossa Excelência estende esse direito ao indiciado, eventualmente, solto; se se assegura ao preso, por que não assegurar ao indiciado? Interessante que é uma observação aparentemente palmar. Vossa Excelência deixou bastante claro: indiciado solto (STF, HC 82.354, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10-8-2004).

77. Sua Excelência o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do Habeas Corpus nº 87.827, após pontuar a mitigação do contraditório no âmbito de “procedimento meramente investigativo”, a exemplo do inquérito policial, ressaltou:

Mas isso não significa, como Vossa Excelência muito bem colocou, que o investigado não tenha o amparo de advogados e que esses advogados não tenham acesso aos autos do inquérito (STF, HC 87.827, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25-4-2006).

78. Seguindo a revisão jurisprudencial do STF, a comunicabilidade dos requisitos de validade existentes entre os interrogatórios policial e judicial (arts. 6º, V, e 185, *caput*, do CPP), “da ausência dos quais pode decorrer a nulidade do ato e a consequente desconsideração dos elementos informativos nele colhidos”, foi destacada no julgamento do Habeas Corpus nº 80.949. Registrou, no voto, Sua Excelência o Ministro Sepúlveda Pertence:

Regulando o inquérito, dispõe o C. Pr. Pen. que, entre outras diligências de investigação, **deve a autoridade que o dirija “ouvir o indiciado, com observância, no que for cabível, do disposto no Capítulo III do Título VII deste Livro – é dizer, das regras que disciplinam o interrogatório do acusado pelo Juiz (arts. 185 ss) [...]** (STF, HC 80.949, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30-10-2001).

79. O direito de constituição – ou, ao menos, do conhecimento dessa possibilidade – de advogado, previamente a inquirições investigativas, para suporte técnico, enquanto emanção do “princípio do *nemo tenetur se detegere*” também ficou assentado no julgamento do Habeas Corpus nº 106.876 pelo STF. No voto proferido naquela ação, sustentou-se que a persecução penal “deve observar certos parâmetros, sob pena de ofensa a diversos princípios constitucionais, entre eles a presunção de inocência e a ampla defesa”. Especificamente a respeito da irradiação de garantias constitucionais proporcionada pelo princípio da não auto-incriminação, inclusive a pessoas não detidas, Sua Excelência o Ministro Gilmar Mendes discorreu:

No ponto, **importante ressaltar que do princípio do “*nemo tenetur se detegere*” derivam vários postulados**, entre os quais destaco, para solução do presente caso, o direito ao silêncio, que possui, inclusive, assento constitucional, nos termos do art. 5º: LXIII, da CF: “o preso será **informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado**” (STF, HC 106.876, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2011).



80. Ainda no âmbito do STF, transcreve-se do voto proferido no Habeas Corpus nº 136.331:

Esta Suprema Corte já assentou, em mais de uma ocasião, que, seja na condição de investigado ou de testemunha, **o paciente tem o direito de permanecer em silêncio, de comunicar-se com seu advogado e de não produzir prova contra si mesmo**, conforme lhe assegura o art. 5º, LXIII, da Carta da República. **Incide, na hipótese, o princípio nemo tenetur se detegere** (STF, HC 1336.331, Segunda Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13-6-2017).

81. Também, ao julgar a Reclamação nº 33.711, o Supremo Tribunal Federal assentou expressamente a necessidade de interpretação conjunta dos artigos 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal; 6º, inciso V, e 186 do Código de Processo Penal; e 7º, inciso XXI, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, de modo a garantir a qualquer investigado, preso ou solto, a constituição de defensor, quando interrogado em sede investigativa. Extraí-se do voto condutor:

No caso em análise, a violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação, estabelecidos nas decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, ocorreu com a realização de interrogatório travestido de “entrevista”, formalmente documentado durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão, **no qual não se oportunizou ao sujeito da diligência o direito à prévia consulta a seu advogado** e nem se certificou, no referido auto, o direito ao silêncio e a não produzir provas contra si mesmo, nos termos da legislação e dos precedentes acima transcritos. [...]

Importante destacar que, no item 17 do Termo de Entrevista, consta que os agentes responsáveis pelo cumprimento do mandado de busca e apreensão deveriam cientificar ao reclamado que ele “está sendo investigado pelo crime de fraude em licitação, tendo sido intimado para comparecer na sede da polícia federal, para fins de indiciamento, no dia 10.10.18, às 09:30h, esclarecendo que caso não compareça, será indiciado indiretamente”.

Não consta, contudo, em nenhum dos itens, que o investigado deveria ser advertido do direito ao silêncio e da assistência jurídica por advogado, nos termos estabelecidos pelo art. 5º, LXIII, da CF, art. 6º, V, e art. 186 do CPP, art. 7º, XXI, do Estatuto da Advocacia, e consoante as decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444 (STF, Rcl 33.711, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11-6-2019).

82. A questão ainda pode observada do ponto de vista do advogado. Por expressa remissão da Constituição Federal, “o advogado é indispensável à administração da justiça” (art. 133), previsão reproduzida no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 2º, *caput*). Para bem desempenhar seu papel, a legislação assegura ao defensor “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações”, com a seguinte consequência, se inobservado o preceito: “nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente” (art. 7º, XXI, da Lei nº 8.906/1994). A respeito do tema, o Excelentíssimo Ministro Eros Grau, na decisão tomada pelo STF no Habeas Corpus nº 82.354, ressaltou a indispensabilidade do advogado na persecução penal, inclusive na fase pré-processual, em qualquer “dos tipos de investigação possíveis”:

Senhor Presidente, observo que à polícia, no desempenho de um dos tipos de investigação possíveis, o denominado inquérito, incumbe a apuração de infrações penais no exercício das funções de Polícia Judiciária.

Esses dois aspectos estão abrangidos pela administração da Justiça, à qual o advogado é indispensável, nos termos do art. 133 (STF, HC 82.354, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10-8-2004).



83. Sobre a liberdade profissional que deve ser assegurada ao advogado, nos limites traçados pela legislação, sua Excelência o Ministro Marco Aurélio pontuou:

Vendo o rol das garantias constitucionais, deparo com dispositivo que há de ser sopesado, em face dos valores envolvidos: o inciso XIII do artigo 5º, a revelar o livre exercício de qualquer ofício ou profissão. **Não vejo como se possa obstaculizar, quer se trate de um processo administrativo, ou jurisdicional – e em relação a este há normas próprias na Carta da República –, a atividade a ser desenvolvida pelo advogado** (STF, HC 82.354, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10-8-2004).

84. No mesmo julgamento, sobre a atividade desempenhada pela advocacia, com destaque à “interpretação mais elástica” do ordenamento jurídico, de modo a garantir a qualquer investigado, detido ou livre, a presença de defensor durante a inquirição policial, também afirmou Sua Excelência o Ministro Ayres Britto:

Por outro lado, **o advogado tem prerrogativas a defender, e legalmente constituídas, deferidas essas prerrogativas, em face de valores outros que a Constituição alberga não só no plano da ampla defesa como dessa interpretação mais elástica que V.Exa. deu ao habeas corpus, com a qual eu concordo.**

Então, quando o impasse é absoluto, é desses que inviabilizam até a aplicação desse princípio conciliador por excelência, como diria Paulo Bonavides, que é a proporcionalidade, diante de um impasse assim absoluto, **a minha opção é pela liberdade de atuação do advogado, é pela plenitude do exercício do múnus advocatício que serve, no caso, acima de tudo, à liberdade.** A liberdade é um dos valores centrais do artigo 5º da Constituição, e todo ele consagra o protoprincípio da dignidade da pessoa humana. É um princípio que se assenta, sobretudo, na propriedade, na segurança, no direito à vida, na igualdade e, por último, à liberdade – não “por último” em ordem de importância (STF, HC 82.354, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10-8-2004).

85. Ainda nas palavras do Excelentíssimo Ministro Ayres Britto, mais uma vez ressaltando, no STF, a relação indissociável que há entre as garantias profissionais do advogado, como a inserida no artigo 7º, inciso XXI, da Lei nº 8.906/1994, e aquelas dispensadas aos acusados em geral, agora no voto proferido no Habeas Corpus nº 87.827, cujo julgamento importou na anulação do acórdão condenatório prolatado por TRF, por desrespeito a prerrogativa do defensor:

Então, ambivalentemente, **trata-se de um direito do preso ou do indiciado solto e de uma prerrogativa do causídico, do advogado.**

[...]

É sabido que **o advogado tem prerrogativas legalmente asseguradas e a defesa de tais prerrogativas imbrica-se, entrelaça-se com as próprias garantias de que são titulares os investigados.** É uma zona de confluência [...] (STF, HC 87.827, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25-4-2006).

86. A respeito do assunto, frisou o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello ao decidir, no Supremo Tribunal Federal, o Mandado de Segurança nº 23.576. No caso, Sua Excelência concedeu a ordem, para assegurar ao advogado uma série de prerrogativas inerentes à profissão, inclusive a de acompanhar o assistido durante a inquirição para a qual foi intimado. Destaca-se do julgado:

Cabe, ao Advogado, a prerrogativa, que lhe é dada por força e autoridade da lei, de velar pela intangibilidade dos direitos daquele que o constituiu como patrono de sua defesa técnica, competindo-lhe, por isso mesmo, para o fiel desempenho do ‘munus’ de que se acha



incumbido, o exercício dos meios legais vocacionados à plena realização de seu legítimo mandato profissional. Na realidade, mesmo o indiciado, quando submetido a procedimento inquisitivo, de caráter unilateral (perante a Polícia Judiciária ou uma CPI, p. ex.), não se despoja de sua condição de sujeito de determinados direitos e de garantias indisponíveis, cujo desrespeito põe em evidência a censurável face arbitrária do Estado cujos poderes, necessariamente, devem conformar-se ao que impõe o ordenamento positivo da República, notadamente no que se refere à efetiva e permanente assistência técnica por Advogado. Esse entendimento - que reflete a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, construída sob a égide da vigente Constituição (STF, MS 23.576, rel. Min. Celso de Mello, j. 2-10-2000).

87. Com fundamento no precedente exposto acima, o STF apreciou o Habeas Corpus nº 119.941, com a mesma questão de fundo. A ementa do julgamento foi assim redigida:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL. REQUERIMENTO DE OITIVA DOS PACIENTES. **DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO (NEMO TENETUR SE DETEGERE) E DE ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO.** ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de ser oponível às Comissões Parlamentares de Inquérito a **garantia constitucional contra a autoincriminação e, consequentemente, do direito ao silêncio quanto a perguntas cujas respostas possam resultar em prejuízo dos depoentes, além do direito à assistência do advogado.** Precedentes [...] (STF, HC 119.941, Segunda Turma, rela. Mina. Cármen Lúcia, j. 25-3-2014).

88. Recentemente, na decisão proferida na Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 174.326, Sua Excelência o Ministro Celso de Mello enfatizou o dano reflexo à Constituição Federal causado por violações ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, nomeadamente por desrespeito ao que preceitua seu artigo 7º, inciso XXI:

Assiste, por igual, a qualquer pessoa que compareça perante Comissão Parlamentar de Inquérito o direito de ser acompanhada por Advogado e de com este comunicar-se pessoal e reservadamente, não importando a condição formal por ela ostentada (inclusive a de investigada ou a de testemunha), tal como expressamente assegurado pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (HC 100.200/DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – HC 113.646-MC/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – HC 134.983-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 30.906-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Daí o explícito reconhecimento, em sede legal, do direito de o depoente, quer como indiciado, quer como testemunha, “fazer-se acompanhar de advogado, ainda que em reunião secreta” [...]

Por esse motivo, **nada pode justificar o desrespeito às prerrogativas que a própria Constituição e as leis da República atribuem ao Advogado, pois o gesto de afronta ao estatuto jurídico da Advocacia representa, na perspectiva de nosso sistema normativo, um ato de inaceitável ofensa ao próprio texto constitucional e ao regime das liberdades públicas nele consagrado** (STF, MC-HC 174.326, rel. Min. Celso de Mello, j. 12-9-2019).

89. Seguindo a orientação exposta acima, idêntica conclusão foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar os Habeas Corpus nº 107.285 e nº 171.389, e o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 30.302, todos relatados pela Excelentíssima Ministra Laurita Vaz e decididos à unanimidade. Nesses casos, o STJ também teve oportunidade de, além de registrar sua origem histórica e sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro, traçar a abrangência do princípio do *nemo tenetur se detegere*, em manifesta e necessária expansão dos direitos fundamentais dos acusados em geral, detidos ou soltos. Registrou-se nas ementas “o direito”, titulado por “qualquer



pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado”, “de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si”, perante qualquer autoridade do Estado, “sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, na linha do que preceitua o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

90. Concluiu, assim, STJ, em todos os julgamentos mencionados acima:

Nos termos do art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna "**o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". Tal regra, conforme jurisprudência dos Tribunais pátrios, deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados**, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova etc. (STJ, HC 107.285, Quinta Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 9-11-2010; STJ, HC 171.389, Quinta Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 3-5-2011; e STJ, RHC 30.302, Quinta Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 25-2-2014).

91. Sua Excelência a Ministra Laurita Vaz, nos votos prolatados nos Habeas Corpus nº 171.389 e nº 171.389, e no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 30.302, a respeito da incorporação pela Constituição Federal de 1988 da tese firmada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Miranda vs. Arizona*, consignou:

Foi por tal razão, inclusive, que a Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *MIRANDA V. ARIZONA* (384 U.S. 436), já no ano de 1966, definiu que **qualquer suspeito de cometimento de delito deve ser advertido, antes de ser ouvido acerca dos fatos pela autoridade estatal**, sobre seu direito de permanecer em silêncio; **de que poderá se consultar com advogado e, caso não possa expender de recursos para a contratação, um defensor ser-lhe-á nomeado, sem custos**; e que eventual confissão ou fornecimento de outra prova poderá eventualmente ser considerada em juízo contra si (STJ, HC 107.285, Quinta Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 9-11-2010; STJ, HC 171.389, Quinta Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 3-5-2011; e STJ, RHC 30.302, Quinta Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 25-2-2014).

92. O caso veiculado no Habeas Corpus nº 107.285, pelas semelhanças que guarda com a hipótese dos autos, merece atenção especial. No respectivo julgamento, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a nulidade de ato que fundamentou o oferecimento da denúncia, com a contaminação de todos os que lhe seguiram na persecução, e determinou o trancamento da ação penal – providências as quais também se espera que sejam aqui adotadas. Reconheceu-se a imprestabilidade de perícia realizada sobre a assinatura da paciente, “que trabalhava” – o que evidencia a hipossuficiência jurídica, econômica e social, a exemplo do paciente do presente habeas corpus – “como copeira do Instituto de saúde Fernando Magalhães/RJ”, para fins de aparelhamento da acusação, porque colhido o material sem qualquer ressalva, por parte da autoridade de polícia, quanto à situação em que se enquadrava a investigada, e ao seu direito de consultar advogado, “a teor do disposto no art. 5º, incisos LVI e LXIII, da Constituição da República”, com a “interpretação extensiva” empregada pela “jurisprudência dos Tribunais pátrios”, mesmo não estando presa.

93. Extraí-se do voto:

Com efeito, verifica-se, na hipótese, que a Paciente, **que trabalhava como copeira** do Instituto de Saúde Fernando Magalhães/RJ, foi denunciada com base, apenas, no laudo pericial que atestou que a escrita constante nos receituários são do punho da Paciente.



No despacho da autoridade policial que determinou sua oitiva na fase inquisitorial, de 26/12/2005, já havia sido prevista a colheita de material probatório da Paciente, para exame grafotécnico (fl. 220). Portanto, a despeito de, no dia 13/01/2006, a Paciente ter sido ouvida na condição de "envolvida" (fl. 231), já ostentava, claramente, a qualidade de investigada.

Da leitura do termo de declaração da Paciente (repita-se, onde não consta a Paciente na qualidade de indiciada), às fls. 231/232, não há nenhuma menção ao fato de que qualquer manuscrito seu seria comparado com as receitas falsificadas em nome do Dr. Flávio Monteiro.

Porém, a documentação de fls. 234/237, assinada pela Paciente, foi utilizada para fins periciais. Acrescente-se, ainda, que a Paciente, não foi acompanhada de defensor ou de advogado, nem ninguém que pudesse lhe esclarecer sobre o fato de que era desobrigada a produzir quaisquer provas que pudessem ser utilizadas contra si.

[...]

Como bem observado pelo Ministério Público Federal em seu parecer, a autoridade policial, ao inquirir a Paciente, nos autos do inquérito policial, já a tinha por suspeita do cometimento do delito, tanto é que, de todas as testemunhas ouvidas, a Paciente foi a única a quem foi requerido o fornecimento de padrões gráficos para fins de realização de perícia (fls. 220), como de fato ocorreu e ensejou, como já assinalado, o oferecimento de denúncia em seu desfavor.

Nesse contexto, uma vez evidenciado nos autos que a Paciente já ostentava a condição de investigada e que, em nenhum momento, foi advertida sobre seus direitos constitucionalmente garantidos, em especial, o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma, resta evidenciada a ilicitude da prova, a teor do disposto no art. 5º, incisos LVI e LXIII, da Constituição da República [...].

Em suma, a Paciente não foi informada de que não era obrigada e fornecer qualquer material gráfico, desde a sua assinatura, que pudesse incriminá-la. Nem havia, durante o ato, defensor que pudesse esclarecê-la que qualquer manuscrito seu, até mesmo sua assinatura, seria usada para fins periciais, o que de fato ocorreu (STJ, HC 107.285, Quinta Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 9-11-2010).

94. Nem se diga, para finalizar o segundo ponto da primeira premissa deste habeas corpus, que, apesar da eloquente omissão dos termos das inquirições elaborados pela Polícia Federal (fls. 109/110), o direito à assistência técnica por profissional habilitado foi manifestado, de modo verbal, ao paciente e à sua companheira, pela autoridade responsável por tomar os depoimentos. Mais uma vez, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, as advertências a respeito dos direitos de permanecer calado e – por alargamento, decorrente da leitura constitucional que precisa ser feita do princípio do *nemo tenetur se detegere*, como compreendem o STF e o STJ, na linha dos precedentes já citados – e de constituir defensor devem ser expressamente registradas, exigem “documentação formal” por parte do Estado, o que não foi observado no caso dos autos. O descumprimento desta exigência faz presumir a não oportunização de prévia consulta a advogado e, por consequência, torna imprestável, sem efeitos jurídicos, as informações declaradas, com a contaminação dos atos subsequentes, praticados em qualquer das fases da persecução.

95. Segue o que decidido, pelo STF, no Habeas Corpus nº 80.949:

A falta de advertência – e, como é óbvio, da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o acusado, ainda quando observadas as formalidades procedimentais do interrogatório (STF, HC 80.949, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30-10-2001).

96. Ainda, além do que se pode aferir do voto prolatado pelo Excelentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do Habeas Corpus nº 136.331 (Segunda Turma, j. 13-6-2017), essa orientação – a necessidade de “documentação formal” da menção quanto à possibilidade de



constituição de defensor – foi adotada expressamente nos seguintes precedentes: STF, HC 106.876, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2011; STJ, HC 107.285, Quinta Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 9-11-2010; STJ, HC nº 171.389, Quinta Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 3-5-2011; e STJ, RHC nº 30.302, Quinta Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 25-2-2014.

97. A indispensabilidade da ressalva em questão foi recentemente reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação nº 33.711. Na decisão, deixou-se muito clara a extensão da exigência constitucional – e, anota-se, naquela situação, o investigado era muito bem instruído – prevista na parte final do artigo 5º, inciso LXIII, a qualquer investigado, preso ou solto, não bastando registrar apenas o direito ao silêncio:

Importante destacar que, no item 17 do Termo de Entrevista, consta que os agentes responsáveis pelo cumprimento do mandado de busca e apreensão deveriam cientificar ao reclamado que ele “está sendo investigado pelo crime de fraude em licitação, tendo sido intimado para comparecer na sede da polícia federal, para fins de indiciamento, no dia 10.10.18, às 09:30h, esclarecendo que caso não compareça, será indiciado indiretamente”.

Não consta, contudo, em nenhum dos itens, que o investigado deveria ser advertido do direito ao silêncio e da assistência jurídica por advogado, nos termos estabelecidos pelo art. 5º, LXIII, da CF, art. 6º, V, e art. 186 do CPP, art. 7º, XXI, do Estatuto da Advocacia, e consoante as decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444 (STF, Rcl 33.711, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11-6-2019).

98. Portanto, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, segundo a interpretação que expressam da Constituição Federal, do Código de Processo Penal e da Lei nº 8.906/1994, a respeito da imprescindibilidade de oportunizar-se, nos mais diversos tipos de investigação, ao investigado a constituição de defensor, documentando formalmente a ressalva, os depoimentos tomados do paciente e de Graziela Ernesto Pinheiro pela autoridade policial federal (fls. 109/110) são nulos, para qualquer efeito jurídico que se pretenda emprestar-lhes. Não podem servir como base para condenação (fundar juízo de certeza pelo Estado-julgador), ainda que “cotejados” com algum elemento – inexistente, como apontam os autos – produzido durante o trâmite processual; nem poderia ter “servido” – mais uma vez, afirma-se que, na verdade, as informações que, em essência, sustentaram a denúncia (fls. 6/8) foram aquelas extraídas, também de maneira ilegítima, na Delegacia de Polícia Civil (fls. 52-54), como será explorado na segunda premissa desta impetração – para embasar a acusação (fundar juízo de probabilidade pelo Estado-acusador). Além do mais, configurado o vício, a nulidade que dele emana alcança todos os atos subsequentes, inclusive os praticados durante a fase judicial, independentemente do estágio em que o processo se encontre, consequência intransponível, como se viu, na linha dos precedentes do STF e do STJ, em um Estado Democrático de Direito.

99. Por outro lado, mesmo se considerados os depoimentos prestados, na Delegacia de Polícia Civil (fls. 52-54), pelo paciente e por sua companheira válidos para deflagrar as investigações que contra eles foram dirigidas, e igualmente válidos os depoimentos prestados na Delegacia de Polícia Federal (fls. 109/110), analisados de forma isolada, para sustentar a subsequente denúncia (fls. 6/8), o contexto da persecução penal empreendida contra o paciente, avaliada em sua totalidade, inclusive no tocante à sua capacidade de compreendê-lo e portar-se adequadamente, com liberdade, perante esse entendimento, não permite concluir outra coisa senão a contaminação de todo o material coletado na fase investigativa, inclusive daquele anexado às fls. 109/110. Este é o terceiro ponto da primeira premissa do presente habeas corpus e que será apresentado a seguir.



100. Recorda-se que o Supremo Tribunal Federal, no dia 14 de junho de 2018, ao decidir as ADPFs nº 295 e nº 444 (rel. Min. Gilmar Mendes), considerou o artigo 260 do Código de Processo Penal não recepcionado pela Constituição. Como se sabe, na ocasião, o Plenário reputou inconstitucional a “condução coercitiva” de acusados em geral, seja na fase investigativa, seja na processual, por violação ao princípio da não auto-incriminação, “sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado” – o que abarca o direito do investigado de “retirar-se” a qualquer momento, “do recinto da inquirição”, sem que se sofra qualquer “medida restritiva de direitos ou privativa de liberdade” (STF, MC-HC 174.326, rel. Min. Celso de Mello, j. 12-8-2019). Embora se reconheça que o STF haja dado ao provimento efeitos *ex nunc*, de modo a não alcançar os interrogatórios, policiais ou judiciais, realizados até a data do respectivo julgamento, “mesmo que os interrogados tenham sido coercitivamente conduzidos para tal ato”; e que também seja certo que o paciente e sua companheira tenham sido ouvidos pela Polícia Federal em momento anterior, no dia 8 de março de 2018 (fls. 109/110), o fato merece destaque nesta petição.

101. Outra questão que precisa ser considerada, o que também foi levantado nas alegações escritas (fls. 170-179) e rebatido pelo Ministério Público Eleitoral (fls. 234-237), diz respeito à inexistência de indiciamento, pela autoridade competente, do paciente e de sua companheira, diferentemente do levado a efeito quanto a outros réus (fl. 02-A). Não há dúvidas de que o inquérito não conta com forma rígida pré-definida; entretanto, a existência de certas balizas conforma a investigação preliminar ao esperado pela ordem constitucional vigente. Há pelo menos trinta anos, mais do que instrumento de apuração de crimes, o procedimento também precisa servir de obstáculo a práticas ilegítimas, como a produção inautêntica de provas, e acusações infundadas, ou fundadas em bases legalmente questionáveis. Nesse modelo, indiciar significa esclarecer a posição do investigado no meio de todos aqueles elementos que, no futuro, comporão o relatório a ser remetido ao Promotor/Procurador de Justiça natural; significa dar-lhe a chance de exercer, com o máximo de efetividade, os meios de defesa cabíveis, antes de passar à condição de réu, antes de ser surpreendido com a notificação para responder à subsequente ação penal.

102. Também precisa integrar o panorama em construção a inexistência de defensor constituído, para acompanhar os trabalhos da Polícia Federal, fator igualmente alegado pela defesa (fls. 170-179) e rebatido pelo MPE (fls. 234-237). Como já demonstrado, apesar da ressalva quanto ao direito ao silêncio, em momento nenhum a autoridade policial competente deu conhecimento ao paciente – nem à sua companheira, a quem também aproveitará o julgamento desta ação – acerca do direito de contratar ou lhe ser nomeado advogado, para acompanhar o ato (fls. 109/110). Assim, ainda que eventualmente, em desrespeito à jurisprudência do STF e do STJ, repute-se dispensável a presença de advogado, sem qualquer avaliação das peculiaridades do caso, em interrogatórios policiais, em razão do caráter “inquisitivo” que os inquéritos ostentam; ou, o que é pior, julgar-se desnecessário, ao menos, informar ao depoente a respeito da possibilidade de constituição de defensor, mesmo quando as informações que venha a prestar possam vir a ser utilizadas, por qualquer representante do Estado, penalmente em seu desfavor, o ponto, quando avaliado com os demais, corrobora a nulidade das inquirições.

103. Finalmente, as atribuições cognitivas do paciente, brevemente já suscitadas, reduzidas pela hipossuficiência jurídica, econômica e social, é outro fator a ser levado em consideração. Apesar da previsão inserida no artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a manifesta vulnerabilidade do paciente, sem dúvida, comprometeu a sua aptidão de agir segundo sua própria liberdade, algo que a todos é assegurado pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*). Esse estado ficou



comprovado no interrogatório judicial: no processo, o paciente anunciou ser responsável pelo sustento, com o salário mensal de R\$ 1.500,00 a R\$ 1.600,00, de sete filhos, cinco menores de idade. Além disso, informou o estado de dependência química que ostentava à época dos fatos narrados na denúncia em seu desfavor (fls. 6/8), e sua baixa escolaridade, por haver estudado apenas até a segunda ou terceira série do ensino fundamental, o que comprometeu, até hoje compromete, a sua capacidade de leitura e compreensão de textos.

104. É o que se afere do depoimento prestado em juízo pelo paciente:

A SRA. JUIZA – Inicia-se continuação da audiência de instrução e julgamento, nos autos da ação penal Nº 63-21/2018, da 33ª zona eleitoral de Tubarão, ação penal ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral contra Jonas Pacheco Machado, Rafael Antônio Dias e José Felipe Nazário. Estão presentes ao ato os réus Rafael e José Felipe, ausente o réu Jonas, tendo seu defensor justificado a ausência em razão de uma internação de urgência na data de hoje; presentes os defensores e o Ministério Público.

Serão, então, interrogados nos atos os réus Rafael e José Felipe, iniciando então com o réu José Felipe Nazário. É esse o seu nome, não é?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Isso.

A SRA. JUIZA – **Seu José Felipe, o senhor é brasileiro, vive em união estável...**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Isso.

A SRA. JUIZA- **É isso? Tem filhos?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Tenho, sete.**

A SRA. JUIZA- Quantos?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Sete.

A SRA. JUÍZA – Sete filhos?

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Sete.

A SRA. JUÍZA – É...

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Tenho uma casada e os outros são pequenos.**

A SRA. JUÍZA – **Todos menores os outros? Seis menores?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **É... não... Tem um que tem 20 anos e trabalha comigo.**

A SRA. JUÍZA – **Mas mora com o senhor ainda?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Mora comigo.**

A SRA. JUÍZA – **E os outros menores, todos?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Os outros menores.**

A SRA. JUÍZA – **Cinco filhos menores, tá.**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – Isso.

A SRA. JUÍZA – **São todos seus dependentes?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Todos meus dependentes.**

A SRA. JUÍZA – **Qual é o seu trabalho?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Hoje eu estou trabalhando na MP Freios, ali na Sangão.**

A SRA. JUÍZA – **Tá, e qual é a sua função lá?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Trabalho no jato, operador de máquina.**

A SRA. JUÍZA – **Qual é o seu salário?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Ali na faixa de R\$1.600,00 R\$ 1.500,00. Agora no começo vai ser uns R\$ 1.400 né, vai ter uns descontos.**

A SRA. JUÍZA – **E só o senhor que trabalha na sua família? Sua mulher também trabalha? Qual a renda da família?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **E, só eu que trabalho. Meu filho também trabalha, daí ele paga a faculdade dele, né...**

A SRA. JUÍZA – **Então a renda da família é do seu salário?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Do meu salário...**



A SRA. JUÍZA – **Em torno de R\$ 1.600,00...**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Isso. Eu ganho cesta básica da Assistência Social, eles trazem, me ajudam com cesta básica...**

[...]

A SRA. JUÍZA – **O senhor tem algum vício, seu José?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Eu fumo cigarro. Agora graças a deus eu parei porque usava...**

A SRA. JUÍZA – **Usava drogas?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Usava.**

A SRA. JUÍZA – **Que tipo de droga que o senhor usava?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Usava maconha e pó, né, mais era maconha, mas graças a deus já fazem uns 8 meses que não uso mais nada e pretendo nunca mais usar.**

A SRA. JUÍZA – **O senhor conseguiu parar sozinho?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Consegui parar através da...**

A SRA. JUÍZA – **Ou fez algum tratamento?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Não, tratamento... eu acho assim, que a pessoa tem que criar vergonha na cara, pensar nos filhos, e estou indo na igreja, né, a igreja...**

A SRA. JUÍZA – **Foi assim que o senhor conseguiu parar?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Foi assim que eu consegui, graças a deus.**

[...]

A SRA. JUÍZA – **Defensor?**

O SR. RICARDO BORTOLOTTI MARTINELLO (defensor José Felipe Nazário) – **Tenho só... Seu José Nazário, qual a escolaridade do senhor?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Estudei até a segunda série, terceira. Estudei bem pouco.**

O SR. RICARDO BORTOLOTTI MARTINELLO (defensor José Felipe Nazário) – **Fundamental?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **É.**

O SR. RICARDO BORTOLOTTI MARTINELLO (defensor José Felipe Nazário) – **Certo.**

A SRA. JUÍZA – **Mas é alfabetizado? Sabe ler e escrever? Consegue?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Olha... ler eu leio mais ou menos. Quer ver se mandar alguém aí... Mas eu leio mais ou menos.**

A SRA. JUÍZA – **Texto corrido não consegue ler?**

O SR. JOSÉ FELIPE NAZÁRIO – **Ah, não...**

A SRA. JUÍZA – **Não? Tá.**

O SR. RICARDO BORTOLOTTI MARTINELLO (defensor José Felipe Nazário) – **Sem mais perguntas, excelência.**

[...]

A SRA. JUÍZA – **É isso? Então encerra-se o interrogatório às 14h25min.**

105. Suscitado para se manifestar a respeito das alegações escritas (fls. 170-179), nas quais o panorama apresentado acima havia sido levantado, ainda que de forma mais superficial, o Ministério Público Eleitoral escreveu (fl. 236):

De outro norte, não há que se falar em prova ilegítima ou nulidade dos depoimentos colhidos na fase investigativa.

Consigne-se que a notícia de fato encaminhada pelo Juízo da Comarca de Jaguaruna – SC com cópia dos autos n. 0001044-82.2016.8.24.0282 serviu de base para a requisição de instauração de inquérito policial, presidido por Delegado de Polícia Federal que apurou o cometimento de crimes eleitorais. Embora juntados os depoimentos colhidos nos autos citados, procedeu-se à nova oitiva, em especial do acusado JOSÉ FELIPE NAZÁRIO (fl. 109), na qual ele apresentou tal versão a respeito dos fatos, tendo sido observados todos os seus direitos constitucionais.

Não se pode perder de vista que o inquérito policial é um procedimento meramente informativo, para respaldar a formulação da denúncia, possuindo natureza inquisitiva, em que não é exigível a observância do contraditório e da ampla defesa (Inq. 3387 AgR, Relator: Min.



Dias Toffoli, julgado em 15/12/2015). Logo, a ausência de defensor ao ato praticado na fase administrativa não implica nulidade, até mesmo diante da finalidade da própria instrução processual.

Diga-se, outrossim, que mesmo que em princípio tenha sido ouvido o acusado JOSÉ como testemunha nos autos de Jaguaruna – SC, não poderia o Juízo ficar inerte frente a eventual relato delitivo, agindo de forma escorreita ao encaminhar ao MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL para a tomada das providências cabíveis.

Quanto à ausência de indiciamento, cabe ao titular da ação penal a formação de sua opinio delicti, não estando este vinculado ao entendimento da Autoridade Policial, sabendo-se até mesmo ser prescindível ao embasamento de denúncias criminais a existência de inquérito policial. Nesse cenário, não se verifica, por conseguinte, a ocorrência da alegada falta de justa causa para a ação penal, tampouco há que se cogitar de eventual nulidade relativa a atos praticados em inquérito policial.

106. O método de exposição utilizado pelo MPE não é desconhecido. Na verdade, ele caracteriza, não raras vezes, a apresentação de razões, no âmbito do processo penal, em peças defensivas. O modelo argumentativo, plenamente legítimo, mas inapropriado para este caso, consiste em desmembrar os fatos controvertidos e aplicar-lhes, isoladamente, o direito considerado “cabível”. Recordar-se que a mesma estratégia foi empregada, pedindo-se licença pela ilustração, pelo advogado que defendera o provimento do Recurso Especial Eleitoral nº 0601193-81.2018.6.03.0000, julgado pelo TSE no dia 3 de setembro de 2019. Tratava-se, aquele caso, de prestação de contas eleitorais relativa ao último pleito, desaprovadas pelo Tribunal Regional Eleitoral, em virtude do recebimento e utilização na respectiva campanha, pelo candidato recorrente, filiado ao PSC estadual do Amapá, de doação realizada pelo então PR nacional, num contexto em que esta legenda também concorria, no Estado em questão, à disputa por cadeiras na Assembleia Legislativa, mas em coligação adversária.

107. Na ocasião, na linha em que expusera nas razões recursais, o defensor exprimiu e fundamentou a tese por meio da seguinte concatenação de ideias, sob o prisma da legenda doadora: (I) ao partido político era vedado realizar despesas com autonomia, observadas as balizas legais, inclusive quanto a recursos do fundo partidário? Não (art. 44, § 3º, da Lei nº 9.096/1995); (II) ao partido político era vedado doar dinheiro do fundo partidário a campanha eleitoral de candidato, mediante transferência bancária eletrônica, ainda que filiado a agremiação diversa e que lançara candidatos ao mesmo pleito? Não (art. 21, *caput* e I, da Resolução TSE nº 23.553/2017); (III) era vedado especificamente ao então PR nacional realizar doação do gênero, considerando os critérios de distribuição do fundo partidário e outros recursos inseridos na Resolução Administrativa nº 003/2018 da legenda, submetida ao TSE e publicizada? Não (art. 20, II, da Resolução TSE nº 23.553/2017).

108. Já do ponto de vista do donatário, sustentou o advogado: (I) ao candidato era vedado receber doação, e aplicar o valor em sua campanha, de partido político, ainda que proveniente de legenda não coligada? Não (arts. 24 da Lei nº 9.504/1997, e 17, III, da Resolução TSE nº 23.553/2017); (II) ao candidato, apto para angariar receitas e realizar despesas, era vedado receber e aplicar o recurso em sua campanha ao tempo da doação e dos gastos? Não (arts. 35, *caput*, e 38, da Resolução TSE nº 23.553/2017); (III) o valor recebido e aplicado ultrapassara o limite de gastos? Não (arts. 6º, II, e 7º, *caput* e II, da Resolução TSE nº 23.553/2017).

109. Pela perspectiva apresentada pelo defensor, não haveria irregularidade alguma no recebimento e utilização na campanha, pelo recorrente, do montante doado. Pelo contrário, sancionar a prática é que vulneraria postulados primários de um Estado Democrático de Direito, como o da legalidade – afinal, ninguém pode ser “obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em



virtude de lei” (art. 5º, II, da CF), e não havia vedação legal expressa ao modelo de doação – e o da segurança jurídica – considerando a perfectibilização da doação, tanto do ponto de vista do doador, quanto do donatário, “ato jurídico perfeito”, portanto (art. 5º, XXXVI, da CF), inatingível por lei posterior, tampouco por inovação jurisprudencial com ela dissonante – “tese” até “tentadora”, como observou o Excelentíssimo Ministro Roberto Barroso. Acontece que, avaliando a situação e o ordenamento jurídico em suas inteirezas, como o fizeram Suas Excelências o Vice-Procurador-Geral Eleitoral e os Ministros do TSE que compuseram o quórum do julgamento, chega-se à inevitável conclusão da ilicitude da prática eleitoral apreciada.

110. Prevaleceu, naquele caso, o voto proferido pelo Excelentíssimo Ministro Sérgio Banhos, relator. Sua Excelência, ao expor os fatos e o direito de maneira conglobante, demonstrou a fragilidade da argumentação levada a efeito pelo recorrente. Precisou dizer que, embora a legislação de regência não proibisse à época, de forma explícita, que partidos políticos, autonomamente, doassem verba, inclusive de natureza pública, a campanhas eleitorais, nem que candidatos a recebessem e a empregassem em suas disputas, na linha do preceituado, isoladamente, nos artigos 44, § 3º, da Lei 9.096/1995, e 17 e 21, *caput*, da Resolução TSE nº 23.553/2017, a doação não encontrava amparo no ordenamento, lido como um todo. Concluiu, então, acompanhado à unanimidade, que as condutas praticadas pelo candidato doador e pelo partido donatário, enquadravam-se, isto sim, nas proibições inseridas nos artigos 31, inciso II, da LPP, e 33, inciso I da Resolução TSE nº 23.553/2017. Sob este ângulo, ficava evidente a inviabilidade jurídica da doação.

111. De volta ao presente caso, o Ministério Público Eleitoral, como se denota do citado parecer (fl. 236), acolhido pela Excelentíssima Juíza Eleitoral (fls. 238-240), manifestou, com sucesso, engenharia semelhante à empregada no recurso especial eleitoral abordado acima. Pode-se dizer que o órgão extraiu a legalidade dos atos de investigação que sustentaram a denúncia, na parcela dirigida ao paciente (fls. 6/8), a partir das seguintes construções: (I) era vedada a remessa à Justiça Eleitoral do material extraído dos autos da ação penal nº 0001044-82.2016.8.24.0282, produzido pela Polícia Civil, enquanto notícia de crime, para posterior apuração pela autoridade competente? Não; (II) era vedado à Polícia Federal tomar o depoimento do paciente sem a presença de defensor, considerando a natureza inquisitiva que os inquéritos ostentam? Não; (III) era vedado denunciar o paciente, independentemente de indiciamento formal na fase investigativa? Não. Ainda, se as questões atinentes à condução coercitiva e ao estado cognitivo do paciente houvessem sido enfrentadas, seriam feitas, provavelmente, desta forma: (IV) era vedado, ao tempo da inquirição, a condução coercitiva do investigado? Não; (V) era vedado presumir o conhecimento, pelo paciente, de direitos que poderia ter exercido durante a inquirição documentada à fl. 109? Não.

112. Analisando o conjunto, entretanto, fica flagrante a ilegalidade/inconstitucionalidade persecutória. Após sofrer numerosos abusos na Delegacia de Polícia Civil, tratados no primeiro ponto da primeira premissa deste habeas corpus, onde entrara – assim como sua companheira – para cooperar, na condição de testemunha, na apuração de esquema de tráfico de entorpecentes, tornou-se verdadeiro “objeto de investigação” pela suposta prática de crimes eleitorais. Depois, novamente objetificado, foi chamado – assim como sua companheira – para, mais uma vez sob as penas da lei (condução coercitiva), comparecer perante a Polícia Federal, sem conhecer o direito de retirar-se do recinto da inquirição, sem sofrer medida penal alguma, para, sem lhe ser oportunizado sequer o conhecimento da possibilidade de constituir defensor, o que se abordou no segundo ponto da presente impetração, esclarecer fatos que lhe eram imputados, mesmo sem indiciamento, mesmo sem a capacidade sequer de ler e compreender o que acontecia. Isso para, em seguida, ver-se – assim como sua companheira – réu de ação penal. Com todo respeito, não há como dizer que o paciente foi



tratado, em qualquer momento da fase investigativa, enquanto “sujeito de direitos”, como exigem o texto constitucional e a jurisprudência do STF e do STJ.

113. A respeito da liberdade do paciente, direito individual expressamente inserido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, e cláusula pétrea, portanto (art. 60, § 4º, da CF), profundamente atacada – ainda que “de maneira difusa, oculta, suave e sutil”, quando a “violação nem sempre “é logo notada por quem a experimenta e por quem a vislumbra” – no período que antecedeu, na origem, a judicialização do feito, traz-se a abordagem, sucinta mas indispensável, de Humberto Ávila (*Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019. pp. 7-30/52-66). De sua obra, dos “fundamentos do Estado Constitucional” e dos “obstáculos à efetividade da liberdade nesse mesmo Estado”, importa especialmente à presente exposição os traços que o autor dispensa à “dignidade humana”, à “liberdade”, ao “Estado de Direito”, à “democracia”, à “separação dos Poderes” e aos “direitos fundamentais”; e aos “consequencialismo” e “populismo” interpretativos os quais lhes comprometem, mesmo “na melhor das intenções”. Tudo avaliado, como não poderia ser diferente, inclusive pela preferência topológica constitucional, inovação de 1988, em cujo texto as prerrogativas do cidadão precedem às do Poder Público, “sob a ótica do indivíduo”, e não “sob o ângulo do Estado”.

114. Não é novo o entendimento segundo o qual, no atual estágio civilizatório, pela sua complexidade social, ao Estado, “para que a autonomia individual”, expressão basilar da dignidade humana, compreendida enquanto “poder de conceber com independência os próprios desígnios e ser de fato [...] tratado como um sujeito e um fim em si mesmo”, e não como um simples objeto”, “instrumento” a “serviço de outros fins” (Immanuel Kant), “seja efetiva, e não apenas proclamada”, mais do que “respeitar seu exercício, deixando de adotar medidas que a possam injustificadamente restringir”, cumpra “também atuar para protegê-la, adotando medidas adequadas e necessárias à sua promoção”. Essa manifestação individual independente – ou essa “liberdade” – é atingida, assim, de forma ilegítima, tanto diretamente, por “manipulação ou coação” – como ocorreu na Delegacia de Polícia Civil (fls. 52-54), o que nem será aqui retomado, tamanha a abusividade indubitavelmente perpetrada – quanto indiretamente, quando o Estado não viabiliza o exercício da “capacidade racional” pelo cidadão, “quando o impede, por outros meios, de manifestar livremente sua vontade e exercer autonomamente seu poder de decidir quais propósitos quer conceber, quais responsabilidades pretende assumir e com quais consequências deseja contar” – como ocorreu na Delegacia de Polícia Federal (fls. 109/110).

115. Evidentemente, “só conhecer o Direito não basta; é preciso compreendê-lo”:

Desse modo, quando o indivíduo age com base em determinada regra jurídica que estabelece, para a ocorrência de determinado fato (digamos o fato “A”), a produção de determinada consequência (digamos a consequência “Z”), **sua liberdade só se efetiva quando ele consegue razoavelmente determinar o significado do fato “A” e tem a capacidade de razoavelmente dimensionar a consequência “Z”**. Se ele decidir com independência — portanto, sem coerção nem manipulação — praticar o fato “A”, saberá de antemão que deverá — e provavelmente irá — arcar com a consequência “Z”, cuja imposição, por isso mesmo, deverá esperar e responsabilmente comportar.

[...]

O plano de desenhar com autonomia a própria vida e determinar livremente seu curso começa, entretanto, a naufragar no exato momento em que se perde a capacidade de tomar decisões bem-informadas e efetivas. Isso ocorre — para seguir no ilustrativo exemplo aqui empregado — quando: (a) o indivíduo não sabe que o fato “A” é regulado, nem que sua prática



produz a consequência “Z”; **(b)** o indivíduo não consegue razoavelmente definir o significado de “A”, nem razoavelmente dimensionar a extensão e a intensidade da consequência “Z”; **(c)** a ocorrência do fato “A” ora produz a consequência “Z”, ora produz a consequência “Y”; **(d)** o fato que desencadeia a consequência “Z” é constantemente modificado ou a consequência “Z” é continuamente alterada; **(e)** a regra “Se ‘A’, então ‘Z’” não tem seu conteúdo igual para todos os casos iguais, nem é aplicada de maneira uniforme para todos aqueles que praticam o fato “A”; **(f)** o indivíduo que pratica o fato “A”, por aceitar a consequência “Z”, é, depois que agiu, submetido à uma consequência diversa da consequência “Z”; **(g)** a consequência “Z” não é aplicada a quem pratica o fato “A”; **(h)** a consequência “Z” é também aplicada a quem não pratica o fato “A”.

[...]

Em todos esses casos termina o indivíduo por ser submetido coercitiva e manipuladamente a consequências com as quais não esperava contar e eventualmente nem mesmo podia ou queria suportar. É precisamente por isso que a experiência de cada uma dessas situações foi transformada historicamente nos elementos daquilo que passou a ser definido como Estado de Direito [...].

116. Por outro lado, “para que o Direito seja plenamente compreendido”, ele “deve ser também minimamente estável”, sobretudo quando emanado de fontes hierarquicamente superiores, e “maior for sua importância para a vida das pessoas”. Esses fatores caracterizam o Estado de Direito, democrático, com competências bem delimitadas e garantidor de direitos fundamentais. Nele, normas de envergadura constitucional não podem ser contrariadas pelo legislador ordinário, descumpridas pelo executor, e muito menos distorcidas pelo julgador, para lhes reduzir o alcance de proteção, seja em nome de fins de menor juridicidade, como a instrumentalidade processual, seja para sustentar punitivismos impregnados no sentimento social, ambas as hipóteses fundadas num “raciocínio” deturpado do Direito, executado às avessas, “de trás para a frente”. Essas exigências ganham ainda mais força quando atinentes àquelas cláusulas imutáveis (art. 60, § 4º, da CF), das quais integra o direito fundamental à liberdade (art. 5º, caput, da CF).

117. Retomando o caso concreto, fica claro o injustificado ataque à liberdade individual do paciente, praticado na fase investigativa da persecução penal. É impossível afirmar que, na Delegacia de Polícia Federal, seu depoimento foi feito com liberdade. Amoldando-se a hipótese dos autos à ilustração vista acima, equiparando-se o fato “A” à declaração prestada, e o “B” às possíveis consequências que dela poderiam advir, fica evidente o vício, a imprestabilidade do ato para qualquer efeito jurídico, especialmente para embasar – supostamente, como tenta fazer crer o MPE, o que será abordado na segunda premissa deste habeas corpus – a denúncia que seria apresentada na sequência. Se o indivíduo, nas palavras de Humberto Ávila, é “tratado como um objeto ou instrumento, e não como um verdadeiro sujeito de direitos”, quando não é capaz (I) “de saber sobre o que decidir”; (II) “de querer conscientemente decidir em determinado sentido”; ou (III) de arcar responsabilmente com as consequências da sua decisão”, o modo – por si, ilegal/inconstitucional, conforme defendido no segundo ponto da primeira premissa desta ação – como se conduziu a inquirição, avaliado ao lado de todo aquele contexto abusivo, cerceou, de maneira irreparável e insuscetível de convalidação, o direito fundamental à liberdade do paciente, de agir conforme sua genuína vontade, com suficiente autonomia; reduziu-lhe a objeto, moldável pelos interesses do Estado.

118. Os direitos individuais, ou de primeira geração/dimensão, também exigem, a despeito da doutrina nem sempre se ocupar do assunto, talvez pela posição privilegiada, em termos jurídicos, econômicos e sociais, em que se encontram os autores, atuação positiva do Estado. Especialmente nas situações de vulnerabilidade, não basta aos agentes públicos, de qualquer dos Poderes ou



instituições autônomas da República, absterem-se da prática de atos que comprometam garantias individuais; precisam, isto sim, ter a capacidade/sensibilidade de avaliação individualizada, de perceberem as distinções de cada situação e as características de cada cidadão, com cuidado tanto maior quanto menor for a sua posição – e, no Brasil, não são poucos os marginalizados – na dinâmica da sociedade. Não só a proteção da igualdade (material), estandarte dos direitos sociais, ou de segunda geração/dimensão, impõe “tratar os iguais de maneira igual, e os desiguais desigualmente”, mas a da liberdade (material) – na verdade, sobretudo aqui, por se cuidar de direito ainda mais antigo e elementar, imprescindível para o exercício de todos os outros – só se concretiza quando adotada postura semelhante. Se a melhor técnica exige tratar os direitos fundamentais enquanto “dimensões”, e não “gerações”, por inexistir superposição dos mais novos sobre os demais, a melhor interpretação do ordenamento precisa seguir idêntica linha. Palavras vazias podem impressionar e vender livros, mas não asseguram direitos.

119. Do ponto de vista do Judiciário, a uniformidade de aplicação do Direito – outro requisito para o pleno exercício da liberdade individual, como se viu, e imperativo explicitamente previsto na legislação (arts. 15 e 926 do CPC) – só será concretizada se o caso dos autos for avaliado nos termos da Constituição Federal e das Leis da República, conforme a interpretação que lhes emprega a jurisprudência nacional, “não sendo lícito”, como decidiu o STF a respeito do alcance do artigo 5º da CF, “ao intérprete e ao aplicador da lei distinguir onde ela não distingue, especialmente quando dessa distinção decorrer restrição de direitos” (HC 82.354, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10-8-2004). A liberdade do paciente deste habeas corpus, assim, só será respeitada se os dispositivos legais e constitucionais, e os precedentes explicitados nesta petição servirem também de suporte para o equacionamento da controvérsia, levando este TRE a reconhecer, pela absoluta inexistência de elementos legítimos que a sustentem, a ausência de justa causa para embasar a ação penal, com a determinação de seu trancamento.

120. O contrário se diga quanto à inovação interpretativa que amplia direitos fundamentais. Ilustra a situação o julgamento do Habeas Corpus nº 73.351, em que o Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence destacou que a omissão no texto da Constituição Federal (art. 5º, LVI) a respeito da contaminação instrutória por derivação, causada por “violação a uma garantia constitucional” na coleta do material primário, não impedia o seu reconhecimento pelo STF – como se viu, a hipótese só foi positivada explicitamente no ordenamento brasileiro (art. 157 do CPP) com a edição da Lei nº 11.690/2008. Tratava-se, conforme Sua Excelência, “de adotar a única interpretação capaz de dar garantia aos altos valores constitucionais subjacentes à proibição da prova ilícita”, primados que não devem admitir “transigência fácil”, tampouco “chancela do Supremo Tribunal”. Ainda, no mesmo acórdão, o respeito, pelo julgador, aos princípios básicos do ordenamento, especialmente os de matiz constitucional, foi frisado pelo Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio:

Senhor Presidente, devo observar princípios, critérios. Não posso simplesmente estabelecer, porque não sou legislador, as normas para a situação concreta. [...] O que não posso, de forma alguma, tendo assento na Corte mais alta do País, é colocar em plano secundário o que se contém na Carta. **Apontar que é válido um processo que já nasceu viciado, que se iniciou a partir da transgressão não a uma norma de estatuta ordinária, mas a uma norma de idoneidade maior [...].**

Senhor Presidente, **convencido de que o vício nesse processo é de origem, contaminando-o na integralidade, peço vênha àqueles que entendem de forma diversa, para acompanhar o Senhor Ministro Ilmar Galvão, deferindo o habeas-corpus** (STF, HC 73.351, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9-5-1996).



121. É importante, ainda, para bem subsidiar este Tribunal, distinguir – os casos semelhantes já foram apresentados em pontos anteriores do texto – certas situações apreciadas pelo STF e pelo STJ, nas quais o entendimento defendido na presente impetração não foi aplicado, em razão da presença de circunstâncias de fato distintas, inconfundíveis com as dos autos. Como bem ressaltado, no Supremo Tribunal Federal, pelo Excelentíssimo Ministro Ayres Britto, nas notas que compuseram o julgamento do Habeas Corpus nº 87.827 (Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25-4-2006): o “impasse” em questão deve “ser resolvido caso a caso”; e, na decisão proferida no Habeas Corpus nº 88.950 (STF, HC 88.950, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 25-11-2007), por Sua Excelência o Ministro Marco Aurélio, ao afirmar a imprescindibilidade de analisar atentamente o “contexto do caso concreto”.

122. Inicia-se pelo STF. No julgamento do Habeas Corpus nº 88.950, embora se haja anotado, no voto proferido pelo Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a extensão, a qualquer investigado, mesmo solto, da garantia da presença de advogado – assim escreveu Sua Excelência: “é certo que se deve conferir a maior eficácia à garantia constitucional do inciso LXIII do artigo 5º da Carta de 1988 [...], não limitando o preceito ao vocábulo preso” – durante a inquirição policial, não se reconheceu a nulidade do depoimento, porque, “na assentada em que interrogado no inquérito policial militar”, o investigado, além de ser “2º Tenente da Aeronáutica, pessoa suficientemente esclarecia”, foi advertido “de que teria direito à presença de advogado”. Como se vê, a situação avaliada pelo STF muito difere da situação do presente habeas corpus: lá, além da posição jurídica, econômica e socialmente privilegiada do investigado, ele “foi alertado quanto ao direito a assistência de advogado”, medida não adotada quanto ao paciente – nem à sua companheira. Além do mais, o investigado, na fase processual, “confirmou o inteiro teor do depoimento que prestara no inquérito”, o que também se distancia da realidade destes autos, porque negada a prática de qualquer crime, pelo paciente, no interrogatório judicial, nos termos da transcrição em anexo.

123. Assim ficou redigida a ementa:

INQUÉRITO – DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO – ADVERTÊNCIA. A necessidade de a autoridade policial advertir o envolvido sobre o direito de permanecer em silêncio há de ser considerada no contexto do caso concreto. **Sobressaindo o envolvimento de cidadão com razoável escolaridade — 2º Tenente da Aeronáutica —, que, alertado quanto ao direito à presença de advogado, manifesta, no inquérito, o desejo de seguir com o interrogatório**, buscando apenas gravá-lo, sendo o pleito observado, e, na ação penal, oportunidade na qual ressaltada a franquia constitucional do silêncio, confirma o que respondera, inclusive relativamente à negativa de autoria, não cabe concluir por vício, no que a ação penal fora ajuizada a partir do que contido nos autos do inquérito (STF, HC 88.950, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 25-11-2007).

124. No âmbito do STJ, no julgamento do Habeas Corpus nº 215.335 (Sexta Turma, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. 11-3-2014), conquanto se registrara a necessidade de observar-se, “apesar da natureza inquisitorial do inquérito policial”, os “direitos fundamentais” de “investigado ou indiciado”, presentes “mesmo no curso da investigação, [...] entre os quais o direito ao silêncio e de ter assistência de um advogado”, deixou-se de reconhecer qualquer vício na inquirição levada a efeito pela autoridade policial, por ter sido o investigado “cientificado do seu direito de permanecer em silêncio e de ter assistência de um advogado, não tendo manifestado pela presença do profissional para acompanhar o ato”. Novamente, a hipótese distancia-se dos fatos que circundam o caso da presente impetração, uma vez que, aqui, não foi oportunizado ao paciente (fl. 109) – nem à sua companheira (fl. 110) – a garantia constitucional de contratação ou nomeação de defensor.



125. Já na decisão proferida no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 67.730 (Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 26-4-2016), o Superior Tribunal de Justiça reputou legítima a inquirição policial, considerando o nível de instrução do investigado, “bacharel em Direito”, e a companhia, durante a realização do ato, “do seu advogado”, dois fatores muito distintos da situação descrita neste habeas corpus. Além do mais, naquela hipótese, não havia dúvidas a respeito da licitude dos elementos de convicção coletados anteriormente ao depoimento, o que também nada tem a ver com a hipótese dos autos, em que o chamamento do paciente – e de sua companheira – para comparecer à Delegacia de Polícia Federal (fls. 109/110) teve base, como se viu, nas informações abusivamente extraídas pela autoridade policial civil (fls. 52-54).

126. Retira-se da ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. [...] RÉU QUE É BACHAREL EM DIREITO E FOI INQUIRIDO NA PRESENÇA DE SEU ADVOGADO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS DECORRENTES DA OMISSÃO NA ADVERTÊNCIA DE SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. EIVA INEXISTENTE. [...] 4. **Além de existirem elementos de prova em desfavor do acusado produzidos anteriormente ao depoimento questionado, a exemplo das decorrentes da interceptação de suas comunicações telefônicas, verifica-se que o réu é bacharel em Direito, tendo prestado suas declarações na companhia do seu advogado [...]** (STJ, HC 67.730, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 26-4-2016).

127. A relação indissociável que deve existir entre a proteção dos direitos fundamentais individuais de investigados, dentre os quais a liberdade e a inadmissibilidade processual de provas contaminadas, direta ou indiretamente, pela ilicitude foi pontuada, no STF, pelo Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do Habeas Corpus nº 73.351, fundado em doutrina de Luiz Francisco Torquato Avolio:

No Brasil, Luiz Francisco Torquato Avolio, em monografia preciosa (Provas Ilícitas, ed. RT, 1995, p. 66 ss) — fundado em Trocker (Processo Civile e Costituzione, 1974, p.631) — chega também à **proscrição das “provas ilícitas por derivação”, sempre que a proibição da prova visar à “proteção dos valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade.”** (STF, HC 73.351, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 9-5-1996)

128. Portanto, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pela leitura que fazem da Constituição Federal, considerando o contexto dos autos, analisado como um todo, em virtude do injusto atentado, promovido na persecução penal, inclusive ao princípio da liberdade (art. 5º, *caput*, da CF), os depoimentos tomados do paciente e de Graziela Ernesto Pinheiro pela autoridade policial federal (fls. 109/110) são nulos, para todos os efeitos. Repita-se, não podem servir como base para condenação (fundar juízo de certeza pelo Estado-julgador), ainda que “cotejados” com algum elemento – inexistente, como apontam os autos – produzido durante o trâmite processual; nem poderia ter “servido” – mais uma vez, afirma-se que, na verdade, as informações que, em essência, sustentaram a denúncia (fls. 6/8) foram aquelas extraídas, também de maneira ilegítima, na Delegacia de Polícia Civil (fls. 52-54), como será explorado na segunda premissa desta impetração – para embasar a acusação (fundar juízo de probabilidade pelo Estado-acusador). Além do mais, configurado o vício, a nulidade que dele emana deve alcançar todos os atos subsequentes, inclusive os praticados durante a fase judicial, independentemente do estágio em que o processo se encontre, consequência intransponível, como se viu, na linha dos precedentes do STF e do STJ, em um Estado Democrático de Direito.



129. Finalmente, entrando na **segunda premissa** do presente habeas corpus, ainda que considerados válidos os depoimentos prestados pelo paciente e por Graziela Ernesto Pinheiro na Delegacia de Polícia Federal (fls. 109/110), pela inexistência de contaminação direta ou indireta, percebe-se que a denúncia apresentada pelo Ministério Público Eleitoral (fls. 6/8), o que foi debatido na defesa inicial (fls. 170-179), essencialmente se ancorou nas informações coletadas na Delegacia de Polícia Civil (fls. 52-54), sobremodo no que pertine ao crime de inscrição eleitoral fraudulenta (art. 289 do CE). Se estes fatos, pelas condições em que extraídos, não poderiam sequer ter servido para embasar a deflagração de investigações contra o paciente e sua companheira, na linha – como defendido no primeiro ponto da primeira premissa desta ação – da jurisprudência nacional, com maior razão não poderiam servir de fundamento da acusação, como também afirmado, como se viu, pelo STF e pelo STJ. Assim, constatando, este TRE, a prática em questão, deverá determinar o trancamento da ação penal, total ou parcialmente, conforme a extensão da ordem concedida, em virtude da ilegitimidade dos elementos de convicção utilizados para a fundamentar.

130. Nas alegações escritas (fls. 170-179), já se havia chamado a atenção da prática de “acusação direta” – quando, na persecução penal, a condição de réu alcança o investigado sem antes ele ter ostentado o posto de indiciado – em desfavor do paciente e de sua companheira. No caso em análise, muito embora se repute esse comportamento acusatório compatível com o ordenamento jurídico, em razão da dispensabilidade característica dos inquéritos e investigações em geral, a “acusação direta” que, na origem, empreendeu-se, foi ancorada, como se viu, essencialmente naquelas informações colhidas às fls. 52-54, por autoridade incompetente, mediante coação, e sem as indispensáveis ressalvas previstas nos artigos 5º, incisos LV e LXIII, da Constituição Federal, e 6º, inciso V, do Código de Processo Penal, e 7º, XXI, Lei nº 8.906/1994.

131. Sustentou-se que os depoimentos prestados à Polícia Federal, por si, somados aos demais documentos não demonstravam indícios de autoria e materialidade suficientes para sustentar uma ação penal, nos moldes exigidos pela Constituição, contra o paciente. Argumentou-se que o nível de cognição extraível do material probatório “idôneo” presente nos autos, pelo seu estado incipiente, não ultrapassava a barreira do “possível” para o “provável”, a ponto de inaugurar a etapa judicial da persecução. Também se disse que, se o inquérito federal se limitou a sugerir imprecisões, de condutas e momentos, ele não deveria ter sido finalizado, dado como pronto para justificar o constrangimento de levar alguém à condição de réu.

132. Naquela oportunidade, registrou-se (fls. 174-178):

Considerando o contexto dos autos, a denúncia deveria ter atentado “exclusivamente” à moldura delineada no procedimento investigativo federal. Sabe-se que peças outras de informação, além de inquéritos policiais, podem amparar a pretensão punitiva do Estado. Pode mesmo o Ministério Público, observadas as balizas legais, investigar por conta própria. Indo além, é até admissível, embora não seja desejável, o recolhimento de provas por autoridade incompetente, policial ou ministerial, quando a medida prescindir de supervisão do Poder Judiciário e forem assegurados os direitos mínimos de qualquer investigado. **A questão é que o caso concreto não se confunde com qualquer dessas hipóteses.**

Os dados minimamente consistentes que informam a presente demanda foram extraídos dos depoimentos prestados pelo representado e por sua companheira à Polícia Civil (fls. 52-54). Muito além da incompetência da autoridade policial respectiva, e do próprio Juízo responsável pela supervisão, a ilegalidade advém das circunstâncias em que a “prova emprestada” foi produzida. Como já se pontuou, o objeto da investigação de origem tinha relação com o combate ao tráfico de drogas. Os questionamentos a respeito dos supostos crimes eleitorais,



animados pelos indícios (títulos eleitorais) recolhidos em busca e apreensão criminal (autos nº 0000918-32.2016.8.24.0282), deram-se em contexto alheio, em procedimento preparatório de outra ação judicial (autos nº 0001044-82.2016.8.24.0282).

[...]

O Ministério Público, ao receber pela primeira vez o inquérito federal, cujo relatório (fls. 66-68) baseou-se exclusivamente nos elementos encaminhados com a notícia de crime, foi diligente ao requerer (fls. 71-73), antes de propor a ação, providências complementares, como a certificação de fatos e a juntada de documentos. Além disso, pediu nova oitiva, agora pela autoridade policial competente, de acusados que já haviam prestado esclarecimentos na investigação estadual pretérita, inclusive do representado e de sua companheira (fl. 72). **Ocorre que, após nova vista dos autos (fl. 115), pela insuficiência probatória (lícita) para formação de juízo de “probabilidade” da autoria e materialidade, outras medidas poderiam/deveriam ter sido adotadas pelo órgão de acusação.** Preferiu, entretanto, com os instrumentos que possuía, denunciar.

Parece tanto que a investigação ainda não finalizou, ou não deveria ter finalizado, que, apesar das advertências lançadas no início dos depoimentos, não houve indiciamento do representado (nem de sua companheira) – os únicos indiciamentos, de Rafael Antonio Dias e Jonas Pacheco Martins, aconteceram com a publicação da portaria que instaurou o inquérito federal (fl. 12). Embora não seja prática usual, infelizmente, no âmbito da investigação preliminar, a formalização do ato que eleva, pelos elementos de convicção que surgem no curso do inquérito, o agente de simples suspeito para a condição de indiciado, **o fator reforça ocorrência, no presente caso, de “acusação direta”, fundada predominantemente no material recolhido naqueles autos alheios, sem correspondência no procedimento investigativo eleitoral.**

[...]

É verdade que o inquérito não conta com forma rígida pré-definida. **Entretanto, a existência de certas balizas conforma a investigação preliminar ao esperado pela ordem constitucional vigente. Há pelo menos trinta anos, mais do que veículo da persecução criminal, o procedimento também precisa servir de obstáculo a práticas ilegítimas, como a produção inautêntica de provas, e acusações infundadas, ou fundadas em bases legalmente questionáveis.** Nesse modelo, indiciar significa esclarecer a posição do investigado no meio de todos aqueles elementos que, no futuro, comporão o relatório a ser remetido à autoridade competente; significa dar-lhe a chance de exercer, com o máximo de efetividade, os meios de defesa cabíveis, antes de passar à condição de réu, antes de ser surpreendido com a abertura de prazo para responder à subsequente ação penal.

[...]

O princípio da presunção de inocência (bem mais amplo do que o brocardo *in dubio pro reo* possa indicar), vetor em um processo penal garantista, precisa vigorar durante toda a marcha processual: do recebimento, ou não, da denúncia ou queixa, passando pela instrução, inclusive na carga probatória (ônus da acusação), até, finalmente, chegar à sentença. Ele pode irradiar efeitos diferentes, conforme a fase do processo, é verdade, mas deve ser levado em consideração desde o seu limiar. A afirmação faz ainda mais sentido quando se constata que a existência de processo criminal é mesmo capaz de comprometer gravemente, às vezes sem chances de correção, a reputação do réu, a sua convivência em sociedade, ainda que, no futuro, não haja condenação.

[...]

Sem dúvida, a denúncia, pelo contexto no qual foi elaborada, “não tem perspectiva”. **Desconsiderando as provas ilícitas, não há o que justifique esta nova fase da persecução penal, com todas as suas consequências jurídicas e sociais. Ainda que se “deixe o processo rolar”, para, no seu curso, tentar dar-lhe tons de legitimidade, especialmente na fase instrutória, não há medida que desconstrua o vício na origem** – e a contaminação subsequente (arts. 5º, LVI, da CF, e 573, § 1º, do CPP). Ultrapassar esta barreira, por tudo o que foi exposto, não parece ser a solução que melhor incorpore os princípios que regem a dinâmica processual



vigente e a interpretação que lhe empresta a jurisprudência nacional. **É o que motiva a rejeição da denúncia, por ausência de justa causa para o exercício da ação penal** (art. 395, III, do CPP). **Se existe “interesse público” em incriminar as práticas delituosas, igualmente público é o interesse em proteger os indivíduos de injustas, e aqui se incluem aquelas baseadas em fontes ilegítimas, perseguições.** Talvez essa seja a função mais nobre do Poder Judiciário.

133. Suscitado para se manifestar sobre o que transcrito acima, o Ministério Público Eleitoral, diferentemente do que fizera ao elaborar a denúncia (fls. 6/8), em que, conforme demonstrado, afirmara expressamente que a peça também tomava por base os depoimentos constantes das fls. 52-54, declarados pelo paciente e por sua companheira à Polícia Civil, opinou (fls. 234-237) pela viabilidade do processamento da ação, considerando a suposta possibilidade de se extrair o nível de convicção imprescindível para a judicialização do feito unicamente das declarações prestadas na Delegacia de Polícia Federal (fls. 109/110).

134. Entretanto, não foi o que aconteceu. Para demonstrar a correção do que se defende nesta segunda premissa, pedindo-se desculpas pela repetição, transcrevem-se os trechos pertinentes da denúncia (fls. 6/8), e os depoimentos prestados pelo paciente e por Graziela Ernesto Pinheiro nas Delegacias de Polícia Civil (fls. 52-54) e Polícia Federal (fls. 109/110), pela ordem:

Na sequência, ainda em datas e horários incertos, contudo, entre os meses de julho e agosto de 2016, na residência localizada na Estrada Geral do Campo Bom, próximo ao Bar da Dilma, Campo Bom, Jaguaruna/SC, o denunciado **JOSÉ FELIPE NAZÁRIO** solicitou vantagens, consistente em “cestas básicas”, ao denunciado **JONAS PACHECO MARTINS**, bem como “crack”, ao denunciado **RAFAEL ANTONIO DIAS** para dar o seu voto ao então candidato **JONAS PACHECO MARTINS**, vulgo “Torradinha” (fls. 52-54 e 109/110).

[...]

Ainda, no mesmo dia 4 de maio de 2016, por volta das 12 horas, na 33ª Zona Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, localizada na Av. Marcolino Martins Cabral, 1315, Praça Shopping, 2º Andar, Centro, Tubarão/SC, os denunciados **JOSÉ FELIPE NAZÁRIO** e **GRAZIELA ERNESTO PINHEIRO**, de posse das Declarações das fls. 94 e 97, inscreveram-se fraudulentamente como eleitores do Município de Sangão/SC, perfazendo-se de informação falsa, que aduzia residirem em imóvel de propriedade do codenunciado JONAS PACHECO MARTINS, localizado na Rua Santo Antonio Dias, Município de Sangão/SC.

Registra-se que, na ocasião, os denunciados **JOSÉ FELIPE NAZÁRIO** e **GRAZIELA ERNESTO PINHEIRO** residiam na Estrada Geral do Campo Bom, Balneário Campo Bom, Jaguaruna/SC, conforme Termos de Depoimentos das fls. 52-54 e 109/110.

JOSÉ FELIPE NAZÁRIO [...] respondeu: [...] Que, certo dia, mais ou menos há uns trinta dias atrás, “Cazuza” foi até a sua casa em Campo Bom fazendo campanha para Jonas Torradinha, e disse que estaria trabalhando para ele; Que Cazuza teria levado o depoente e sua esposa até o cartório eleitoral em Tubarão para transferir seu título para Sangão, mesmo morando em Jaguaruna; Que o título ficou pronto na hora e no retorno quando chegaram em sua casa Cazuza disse que ficaria com os títulos; Que o depoente achou estranho o fato dele ficar com os títulos, quando então Cazuza informou que no dia da eleição lhe daria uns trocados e também um pouco de “crack”; Que diz que teria frisado que queria um “negocinho” (crack), que Cazuza teria dito: “...fica frio no dia eu te do...”; Que diz que em certo dia quando foi comprar drogas na Casa de Cazuza, estava lá a pessoa de “Jonas Torradinha”, quando Cazuza disse: “...olha esse qui que é nosso vereador ó...” momento em que foi em sua direção e apertou a mão dele (Jonas Torradinha)...”; Que de vez em quando encontrava Jonas no posto onde trabalha; Que após esse dia teria tentado falar com Cazuza mas não teria conseguido; Que sua mulher sabe que o depoente é usuário de drogas, porém não sabe onde o depoente compra drogas; Que há uns



três dias atrás teria estado no bar do pai do Cazuzza, para pegar uma orientação sobre a intimidação, pois não sabia o que dizer na polícia; quando então o pai dele disse que era pra falar que teria deixado o título com Cazuzza para plastificar; Que o depoente esta com muito medo dessa situação.

GRAZIELA ERNESTO PINHEIRO [...] respondeu: QUE a depoente é esposa de José Felipe Nazário a mais de 18 anos; Que tem conhecimento de que seu marido é usuário de drogas, porém de tanto a declarante brigar com ele, esse nunca fez uso de qualquer entorpecente na sua frente, até porque a declarante não usa; Que diz não saber onde seu marido compra drogas; Que seu marido já falou a depoente que vinha comprar drogas no “Cazuzza”, na qual já teria estado com seu marido vendendo salgados na casa dele, porém teria ficado esperando no carro; Que certo dia “Cazuzza” teria estado na casa da depoente para o casal fazer o título para votar em Sangão; Que não sabe o nome desse candidato, mas sabe dizer que ele trabalha num posto de gasolina em Morro Grande; Que Rafael Antonio Dias teria dito que era pra deixar os títulos com ele, que esse iria ajuda-los com algo que precisassem; Que então os títulos ficaram com “Cazuzza”; Que não sabe se “Cazuzza” teria prometido drogas a seu esposo em troca de votos.

JOSÉ FELIPE NAZÁRIO [...] RESPONDEU: [...] **QUE** trabalha como pescador e vendedor de filé de peixe; **QUE** o declarante e sua esposa haviam perdido os títulos; **QUE** conhecia JONAS e “CAZUZA” há aproximadamente um ano, na época dos fatos; **QUE** ao que sabe a mulher de JONAS é irmã de “CAZUZA”; **QUE** foi usuário de drogas, mas deixou o vício, com a ajuda de sua esposa; **QUE** a época morava em Campo Bom, município de Sangão; **QUE** num dos dias que estava passando para vender peixe, viu a Kombi de “CAZUZA” e JONAS com papel de política, e perguntou quem era candidato, e “CAZUZA” e JONAS conversaram com o declarante; **QUE** disse que havia perdido o título, assim como sua esposa, e na conversa eles lhe ofereceram transporte para ir fazer o título de eleitor; **QUE** então pediu um auxílio, no futuro, um emprego, se JONAS ganhasse a eleição, e ele disse que sim; **QUE** alguns dias depois “CAZUZA” levou o declarante e sua esposa para fazer os títulos de eleitor em Tubarão; **QUE** fizeram os títulos e depois ele deixou o declarante e sua esposa em casa; **QUE** se ele não levasse o declarante e sua esposa não teriam feito os títulos; **QUE** os títulos ficaram com “CAZUZA”, que disse que iria plastificar; **QUE** como o voto é secreto e ele não poderia votar pelo declarante, deixou o título com ele, e também porque poderia estragar ou extraviar o título novamente; **QUE** não votou nas eleições de 2016; **QUE** no dia que foram fazer os títulos, e haviam dois carros, “CAZUZA” dirigia um e JONAS outro; **QUE** Nesse dia JONAS disse que ajudaria, e o declarante pediu uma cesta básica, mas ele disse que naquele dia não poderia dar, e na realidade não deu antes e nem depois das eleições; **QUE** ninguém procurou o declarante para dizer que os títulos ficaram com JONAS para plastificar; **QUE** ao que lembra foi fazer o título alguns meses antes das eleições, não sabendo precisar quando.

GRAZIELA ERNESTO PINHEIRO [...] RESPONDEU: [...] **QUE** é companheira de JOSÉ FELIPE NAZÁRIO; **QUE** não lembra exatamente em que mês “CAZUZA” levou a declarante e seu companheiro para fazer título de eleitor, mas foi antes das eleições de 2016; **QUE** quando foram fazer o título haviam três outras pessoas no carro, sendo que ao que lembra JONAS estava no carro; **QUE** não conhecia JONAS ou “CAZUZA”, apenas de vista, quando acompanhava seu companheiro na venda de peixes; **QUE** não foram de Kombi fazer o título, mas em um carro pequeno; **QUE** na época moravam em Campo Bom, que ao que sabe pertence ao Município de Jaguaruna; **QUE** nesse dia o motorista, que ao que lembra era JONAS, prometeu ajudar se ganhasse as eleições, e ficou com os títulos, não sabendo o porquê; **QUE** ninguém procurou a declarante para dizer que o título havia ficado com JONAS para plastificar; **QUE** não votou nas eleições de 2016; **QUE** se mudaram há aproximadamente um mês de Campo Bom para o Bairro Morro da Cruz; **QUE** não recebeu nada de JONAS.



135. Está claro que, embora o Ministério Público Eleitoral haja registrado, ao ajuizar a ação (fls. 6/8), que as informações ali presentes também constavam das fls. 109/110, referentes às prestadas à autoridade policial federal, os depoimentos com conteúdos determinantes – em especial quanto à suposta configuração do crime previsto no artigo 289 do Código Eleitoral – para consolidar a narrativa da acusação foram aqueles anexados às fls. 52-54, tomados pela Polícia Civil; foram estes os “elementos decisivos” – referindo-se, o STF, a provas ilícitas – “na construção lógica da imputação formulada na denúncia”, procedimento incompatível com a ordem jurídica brasileira (HC 69.912, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16-12-1993). Tanto é verdade, que os termos da denúncia (fls. 6/8) muito se assemelham com os lançados no relatório da Polícia Federal (fls. 66-68), elaborado, conforme já suscitado, com base exclusiva no material remetido pelo Juízo estadual, extraído dos autos nº 0001044-82.2016.8.24.0282 e nº 0000918-32.2016.8.24.0282, nos quais se encontravam, evidentemente, apenas as declarações tomadas pela autoridade policial civil, inclusive as atinentes ao paciente e à sua companheira (fls. 52-54).

136. Extraí-se do documento redigido pelo Delegado de Polícia Federal (fl. 67):

JOSÉ FELIPE NAZÁRIO, em depoimento, declarou que “CAZUZA” teria ido em sua casa em Campo Bom por volta do mês de julho fazendo campanha para JONAS “TORRADINHA”, levando-o juntamente com sua esposa para transferir o título de Tubarão para Sangão, mesmo morando em Jaguaruna, sendo que “CAZUZA” ficou com os títulos, dizendo que no dia da eleição lhe daria uns trocados e um pouco de crack, afirmando que em uma das vezes que foi comprar crack na casa de “CAZUZA”, lá encontrou a pessoa de JONAS “TORRADINHA”. Acrescentou que procurou o bar do pai de “CAZUZA” em razão da intimação que recebeu para prestar depoimento, sendo orientado a dizer que “CAZUZA” teria ficado com o título de eleitor para plastificar.

GRAZIELA ERNESTO PINHEIRO, esposa de JOSÉ FELIPE NAZÁRIO, confirmou a visita de “CAZUZA” e a mudança do título de eleitor para Sangão, e que os títulos haviam ficado com “CAZUZA”, que iria ajudá-los com algo que precisassem, sendo que não sabe o nome do candidato, apenas que trabalha em um posto de combustíveis em Morro Grande.

137. Desconsiderado o material ilegítimo (fls. 52-54), o restante (fls. 109/110) não suporta, suficientemente, a narrativa lançada na denúncia (fls. 6/8). Nesse cenário, rememoram-se julgados nos quais o STF e o STJ, após declararem a nulidade de elementos coletados na fase inquisitiva, reputaram comprometida, pela impossibilidade de embasá-la nas provas desimpedidas, a justa causa, com determinação, na maioria deles, de trancamento das ações penais. Isso mesmo após a deflagração – estágio em que o presente feito se encontra na origem – da fase processual (HC 106.876 e HC 136.331); após a sentença condenatória (HC 73.351 e HC 171.389); após a confirmação da condenação em segunda instância (HC 69.912); e em sede de recurso extraordinário (RE 251.445)⁵.

138. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 251.445 confirmou a “insubsistência da condenação penal”, como decidido pelo Tribunal de Justiça, em reforma à decisão proferida em primeira instância. O Excelentíssimo Ministro Celso de Mello consignou que, o Ministério Público, para corroborar a acusação, naquela hipótese, valera-se de “elementos informativos que não podiam ser utilizados, no processo, [...] porque contaminados pelo vício da transgressão constitucional”; sustentou a argumentação lançada na denúncia em provas ilícitas, direta e

⁵ No Habeas Corpus nº 171.389 (STJ) e no Recurso Extraordinário nº 251.445 (STF) os provimentos judiciais foram de absolvição, resultado ao qual o paciente desta ação naturalmente não se opõe.



indiretamente contaminadas, coletadas em inobservância ao que preceituado na Constituição Federal. Sobre o tema, ainda pontuou Sua Excelência:

- A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. [...]
- No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, **impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508)**, ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina (STF, RE 251.445, rel. Min. Celso de Mello, j. 21-6-2000).

139. Ainda no âmbito do STF, seguiram os julgamentos dos Habeas Corpus nº 69.912 (Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16-12-1993) e nº 73.351 (Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9-5-1996) a mesma linha. Assim, conforme anotado nas duas ementas, o Tribunal após assentar a ilegitimidade do grampo, concluiu “que a ilicitude da interceptação telefônica [...] contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta”. Aqui, também, em desfavor do réu, a ação penal já havia sido sentenciada, neste caso; e confirmada pela instância superior, naquele, o que não impediu o reconhecimento dos vícios operados nas investigações e das repercussões, em matéria de nulidade, sobre ambas as fases da perseguição

140. Já no julgamento do Habeas Corpus nº 171.389 (Quinta Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 5-5-2011), o STJ concedeu a ordem, para absolver o paciente. Naquele caso, por ofensa ao princípio, extraído extensivamente do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, do *nemo tenetur se detegere*, ou o direito”, titulado por “qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado”, “de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si”, perante qualquer autoridade do Estado, “sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Chegou-se a essa conclusão, atraída pelo reconhecimento de abusividades na coleta de elementos durante a fase investigativa, que mais tarde serviram para lastrear a denúncia, mesmo após o proferimento da sentença condenatória.

141. Se é possível – na verdade, imperativa – a declaração de nulidade de atos investigativos, inclusive e sobretudo daqueles relevantes para a narrativa da acusação, mesmo após a condenação, em decisão prolatada em qualquer instância, com a inevitável, quando insuficientes os elementos de convicção legitimamente produzidos, consequência de trancamento da ação penal, conforme visto acima, com maior razão idêntico procedimento deve ser adotado para os casos, como os dos presentes autos, em que, embora deflagrado o processo jurisdicional, a demanda careça de sentença de mérito. Foi o que ocorreu, por exemplo, nos julgamentos, pelo STF, dos Habeas Corpus nº 106.876 (Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2011) e nº 136.331 (Segunda Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13-6-2017). Naquele caso, ainda, por desrespeito ao postulado da não auto-incriminação no inquérito policial, fato que também caracterizou as investigações empreendidas contra o paciente desta impetração, a “ordem foi concedida para trancar a ação penal ante a patente falta de justa causa para prosseguimento”.



142. Sua Excelência o Ministro Celso de Mello, na decisão proferida no STF relativa ao Recurso Extraordinário nº 251.445 bem sintetizou o tema:

A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da **inadmissibilidade processual das provas ilícitas**, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois **o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal** (STF, RE 251.445, rel. Min. Celso de Mello, j. 21-6-2000).

143. No Tribunal Superior Eleitoral, o entendimento não é diferente. Nos debates que envolveram o julgamento do Habeas Corpus nº 0602775-37.2017.6.00.0000, que visava ao trancamento de ação penal promovida pela suposta prática de corrupção eleitoral, o Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes, destacando os momentos em que o Poder Judiciário pode/deve fazer o controle da justa causa, aduziu:

Há outro ponto que o Ministro Jorge Mussi fere, que me parece extremamente relevante: não devemos aceitar denúncia que não tem condição de se confirmar. E essa é uma delas, é evidente. A denúncia não deve ser pena. Eu sei que fazemos esse discurso, muito comum: “Ah! deixe o processo rolar”, quando não é conosco.

[...]

A não ser que se faça uma sentença tipicamente voluntarista, e temos tido. É muito difícil a priori identificar esse tipo de situação [...]. Por isso penso ser importante que analisemos as consequências.

O Supremo Tribunal Federal, que analisa a questão à luz da Lei no 8.038/90, bate muito na análise da denúncia. Eu, o Ministro Celso de Mello e outros ministros já assentamos no sentido de não darmos curso a denúncias que, de fato, não têm perspectiva. Nesse caso, estamos diante de uma denúncia sem perspectiva.

[...]

Eu reputo muito importante essa premissa, quer dizer, a justa causa é fundamental. Do contrário, nós damos cursos a ações que no final se revelam, e teremos sempre uma desculpa: “Ah, nós agimos segundo nossa consciência e deixamos o processo tramitar”.

[...] A única diferença é que no estado de direito não há soberanos, isso é fundamental. Se tiver órgão sem controle, nós estamos errando. Se houver discricionariedade absoluta, nós estamos errando. **E o controle se faz aí. Faz-se na aceitação da denúncia, ou se faz com o trancamento** (TSE, HC 0602775-37.2017.6.00.0000, rel. Min. Admar Gonzaga, j. 14-11-2017).

144. Os argumentos do Excelentíssimo Ministro Luiz Fux foram no mesmo sentido. Sua Excelência ressaltou que, como a denúncia fora indevidamente recebida, pela inexistência de justa causa, “a solução” era “efetivamente conceder a ordem para trancar a ação penal”:

Eu não acolho a doutrina que afirma que a denúncia deve ser recebida se estiverem presentes todos os requisitos formais, na medida em que a lei permite a rejeição da denúncia por falta de justa causa. **Não adianta a petição estar correta, é preciso que haja lastro mínimo de indício de autoria e materialidade para que a denúncia possa ser recebida.**

Se analisarmos a ratio essendi da própria corrupção eleitoral, o que se visa obstar com a corrupção eleitoral, verificaremos que, no caso em foco, o relator narrou com muita fidelidade que essa figura não se encaixa nessa rigidez, porque a aplicação da lei penal é a ultima ratio. Então, é preciso que tenhamos elementos convincentes.

Eu, particularmente, não sou partidário do trancamento de ações penais, mas, nesse caso específico, eu não teria recebido a denúncia. Como ela já foi recebida, a solução é efetivamente



conceder a ordem para trancar a ação penal (TSE, HC 0602775-37.2017.6.00.0000, rel. Min. Admar Gonzaga, j. 14-11-2017).

145. A justa causa enquanto requisito indispensável da ação penal, reavaliável a partir da invalidação judicial de certas provas, inclusive para fins de trancamento, também é objeto da doutrina:

A consideração de ilicitude de determinada prova termina por estabelecer a sua exclusão do conjunto probatório. **Assim ocorrendo, é preciso verificar se o restante autoriza a justa causa para a ação penal; do contrário, o ideal é o trancamento da demanda, evitando-se constrangimento ilegal para o réu** (NUCCI, Guilherme de Souza. *Habeas Corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 230).

146. Portanto, ainda que se considerem válidos os depoimentos prestados à Polícia Federal (fls. 109/110), pela inexistência de contaminação direta ou indireta, como a denúncia apresentada pelo Ministério Público Eleitoral (fls. 6/8), em essência, ancorou-se nas informações coletadas na Delegacia de Polícia Civil (fls. 52-54), sobremodo no que diz respeito ao crime de inscrição eleitoral fraudulenta (art. 289 do CE), as quais não poderiam ter servido sequer para embasar a deflagração de investigações contra o paciente e sua companheira, na linha da jurisprudência, o trancamento da ação penal, total ou parcial, conforme a extensão da ordem concedida, é a consequência jurídica mais adequada ao caso, mesmo no atual estágio do feito na instância originária.

147. Por fim, embora o tema tenha sido, a todo tempo no curso desta petição, abordado, não é excesso de zelo pontuar, em tópico próprio, o sistema de nulidades processuais penais adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no tocante à ilicitude da prova. Aqui, ao contrário de regulações estrangeiras, a própria Constituição Federal cuidou, desde seu texto originário, de prever, de maneira expressa, sem condicionantes, a inadmissibilidade das “provas obtidas por meios ilícitos”, seja qual for a natureza do processo, jurisdicional ou administrativo. Preocupou-se, ainda, o constituinte primeiro de inserir a proibição em um dos numerosos incisos (LVI) do artigo 5º, que elenca os “direitos e garantias individuais”, insuscetíveis de propostas de emendas sequer tendentes a aboli-los (art. 60, § 4º, IV, da CF). Não pode, assim, o legislador comum, mesmo tendo sua atuação regida pelo princípio democrático (art. 1º, parágrafo único, da CF), criar empecilho, nem por meio do veículo normativo da maior envergadura posto à sua disposição, à plena eficácia do preceito, de aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF).

148. Essa força normativa foi bem compreendida pelo Supremo Tribunal Federal, desde as primeiras oportunidades, na vigência da Constituição de 1988, que teve para apreciar o tema. Muito antes da edição da Lei nº 11.690/2008, que deu a redação atual do artigo 157 do Código de Processo Penal, o Tribunal não tem reconhecido apenas a imprestabilidade processual das provas obtidas em desconformidade com a lei, mas de todos os elementos de convicção obtidos posteriormente, delas decorrentes. A ilicitude por derivação foi objeto, por exemplo, dos julgamentos relativos aos Habeas Corpus nº 69.912 (rel. Min. Sepúlveda Pertence), em 1993, e nº 73.351 (rel. Min. Ilmar Galvão), em 1996, ambos submetidos ao Tribunal Pleno do STF. Em ambos os casos, profundamente discutidos, chegou-se à mesma conclusão: a ilicitude do material instrutório originário, além de inviabilizá-lo processualmente, inclusive e sobretudo para o processo penal, contaminara, para os mesmos efeitos, todos os demais, “oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas” a partir daquele, conforme acentuado nas respectivas ementas.

149. Não poderia ser diferente. Se nem o legislador, mesmo diante de profundo clamor daqueles em nome dos quais exerce o poder, pode reduzir o alcance da previsão inscrita no artigo 5º,



inciso LVI, da Constituição Federal, não seria o Judiciário autorizado a fazê-lo. Como pontuado posteriormente pelo Supremo, em casos tais não é “lícito ao intérprete e ao aplicador da lei distinguir onde ela não distingue, especialmente quando dessa distinção decorrer restrição de direitos” (STF, HC 82.354, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10-8-2004). Tratava-se, isto sim, naqueles julgados e nos similares que lhes seguiram, “de adotar a única interpretação”, com o maior alargamento possível, “capaz de dar garantia aos altos valores constitucionais subjacentes à proibição da prova ilícita” (STF, HC 73.351, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9-5-1996). Evidentemente, a proteção individual pouco serviria, não teria aquela plena eficácia, se sua extensão estivesse restrita à literalidade da Constituição.

150. Das “duas posturas básicas acerca da admissibilidade no processo das provas ilícitas”, assim “consideradas as que obtidas com violação da direitos fundamentais”, a ordem jurídica nacional preferiu a com o maior espectro de proteção. Não se sustenta, no Brasil, a teoria, “por séculos predominante”, segundo a qual – “fiel à velha máxima *male captum bene retentum*”, “dogma vetusto das inquisições medievais” – “ao juiz só caberia decidir da existência, ou não, do crime e não, de como lhe chegaram – lícita ou ilicitamente – as provas do fato” – “se ilicitamente obtidas, que se aplicassem ao responsável pela ilicitude as sanções civis, administrativas ou penais cabíveis”. Não. Como se viu, a Constituição Federal, atenta às “decisões pioneiras da Suprema Corte dos Estados Unidos”, partindo “da unidade da ordem jurídica e da necessidade de impor contenção eficaz à tentação da violência de todos os organismos policiais”, explicitamente recusou, e continua a recusar, “admitir no processo provas obtidas por meios tão ou mais criminosos que os delitos a reprimir”. Vige, aqui, a “tese da proscrição da admissibilidade processual da prova ilícita” (STF, HC 80.949, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30-10-2001).

151. Até se vê na comunidade jurídica nacional, em “casos limites”, seja em nome de fins de menor – se colocados em confronto com aqueles resguardados pela inadmissão de provas ilícitas – densidade jurídica, como a “instrumentalidade processual”, aportada do processo civil sem o adequado filtro constitucional, ou mesmo com apelo a circunstâncias sem juridicidade alguma, como o “interesse da sociedade”, sobretudo na “apuração de crimes graves”, um “apelo [...] à necessidade de temperar” a vedação prevista no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal “à luz do princípio da proporcionalidade”. Essa “recepção desavisada”, no entanto, pelo Direito brasileiro, especialmente “da doutrina e da jurisprudência alemãs”, em cujo ordenamento “a solução do problema da admissibilidade, ou não, da prova ilícita no processo não arranca de norma constitucional específica”, senão de “princípios extremamente fluídos da Lei Fundamental”, como o “da dignidade da pessoa humana”, “é extremamente perigosa, pela diversidade dos dados dogmáticos de que partem”. Por isso, ela é veementemente afastada, nas hipóteses mais diversas, pelo Supremo Tribunal Federal (STF, HC 80.949, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30-10-2001).

152. Sobre a aparente colisão entre a inviabilidade processual das provas ilegalmente obtidas e interesses outros, considerando o Direito brasileiro vigente, por inexistirem valores igualmente protegidos a ponderar, concluiu, no STF, o Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, amparado em doutrina de Sua Excelência o Ministro Roberto Barroso:

Ora, até onde vá a definição constitucional da supremacia dos direitos fundamentais, violados pela obtenção da prova ilícita, sobre o interesse da busca da verdade real no processo, **não há que apelar para o princípio da proporcionalidade, que, ao contrário, pressupõe a necessidade da ponderação de garantias constitucionais em aparente conflito, precisamente quando, entre eles, a constituição não haja feito um juízo explícito de prevalência.**



[...]

Abstraio-me, por conseguinte, no caso, de qualquer consideração da extrema gravidade dos delitos, da participação nos quais o suspeito é paciente, pois delas não pode resultar emprestar-se menor peso à vedação constitucional da prova ilícita (STF, HC 80.949, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30-10-2001).

153. Também, no seguinte julgado, o Excelentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence afastou qualquer chance de “ponderação” entre a garantia inserida no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição e o “sucesso” da perseguição:

Aqui, de minha parte não admito transigência fácil. Sou dos que pensam, com Wolter (apud M. Costa Andrade, ob. cit., p.38), que “em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. **Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade nem um processo penal vocacionado para a proteção dos direitos fundamentais. Pois, nas situações de criminalidade grave, uma tal ponderação de interesses redundaria sistematicamente na frustração da tutela dos direitos fundamentais.**” (STF, HC 73.351, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 9-5-1996).

154. Essa malversada “proporcionalidade” ou “ponderação”, assim como ocorreu nos precedentes trabalhados acima, não tem surpreendido o STF, no exercício de seu dever constitucional. Na apreciação dos mais diversos feitos, na avaliação dos crimes mais perversos e reprováveis, as garantias dispensadas aos acusados em geral sempre foram respeitadas. Por exemplo, no julgamento do Habeas Corpus nº 119.941 (Segunda Turma, rela. Mina. Cármen Lúcia, j. 25-3-2014), em Comissão Parlamentar de Inquérito “destinada a investigar o tráfico de pessoas no Brasil”, assegurou-se a suspeito as prerrogativas emanadas do princípio do *nemo tenetur se detegere*, como os direitos ao silêncio e à assistência de advogado. Ainda, na decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 251.445 (rel. Min. Celso de Mello, j. 21-6-2000), como há pouco se viu, por ter se valido a acusação de “elementos informativos que não podiam ser utilizados, no processo, [...] porque contaminados pelo vício da transgressão constitucional”, o que comprometera todo o material instrutório, direta ou indiretamente coletado da forma ilícita, confirmou a absolvição de réu, a quem se imputava a prática de “abuso sexual de menores”, por inexistirem provas legítimas para condenação.

155. Deste último julgado, para encerrar o assunto, acentuando a inevitável consequência constitucional dispensada às provas obtidas por meios ilícitos, ainda que por derivação, extrai-se:

A perseguição penal, cuja instauração é justificada pela suposta prática de um ato criminoso, não se projeta e nem se exterioriza como uma manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a persecutio criminis sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. **A tutela da liberdade, desse modo, representa uma insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado.**

[...]

A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova - de qualquer prova - cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário.

A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita,



qualificando-se como providência instrutória repelida pelo ordenamento constitucional, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica [...]

No contexto do sistema constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, **a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o sentido e o alcance do art. 5º, LVI, da Carta Política, tem repudiado quaisquer elementos de informação, desautorizando-lhes o valor probante, sempre que a obtenção dos dados probatórios resultar de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo** (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), **ainda que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação** (RTJ 155/508) (STF, RE 251.445, rel. Min. Celso de Mello, j. 21-6-2000).

156. Por todos os argumentos lançados neste habeas corpus, considerando o ordenamento jurídico brasileiro, o entendimento que a ele é dispensado pela jurisprudência nacional, e as peculiaridades do caso concreto, as seguintes conclusões são inevitáveis:

- Nos termos do **primeiro ponto da primeira premissa**, são nulos os documentos anexados às fls. 52-54 (depoimentos prestados pelo paciente e por Graziela Ernesto Pinheiro à Polícia Civil), por contaminação direta, para qualquer efeito jurídico; e os anexados às fls. 109/110 (depoimentos prestados pelo paciente e por Graziela Ernesto Pinheiro à Polícia Federal), por contaminação indireta, para qualquer efeito jurídico. Nenhum deles, assim, poderia ter servido para revestir de justa causa a denúncia (fls. 6/8), o que justifica o trancamento da ação penal.
- Nos termos do **segundo ponto da primeira premissa**, são válidos os documentos anexados às fls. 52-54 (depoimentos prestados pelo paciente e por Graziela Ernesto Pinheiro à Polícia Civil), para fins de instauração da fase investigativa da perseguição em desfavor do paciente e de sua companheira; mas nulos os anexados às fls. 109/110 (depoimentos prestados pelo paciente e por Graziela Ernesto Pinheiro à Polícia Federal), por contaminação direta, para fins de instauração da fase judicial. Não poderiam estes, assim, revestir de justa causa a denúncia (fls. 6/8), o que justifica o trancamento da ação penal.
- Nos termos do **terceiro ponto da primeira premissa**, são nulos os documentos anexados às fls. 52-54 (depoimentos prestados pelo paciente e por Graziela Ernesto Pinheiro à Polícia Civil) e às fls. 109/110 (depoimentos prestados pelo paciente e por Graziela Ernesto Pinheiro à Polícia Federal), para fins de instauração da fase investigativa da perseguição em desfavor do paciente e de sua companheira, levando em conta o contexto abusivo em que inseridos, durante toda a investigação. Não poderiam, assim, revestir de justa causa a denúncia (fls. 6/8), o que justifica o trancamento da ação penal.
- Nos termos da **segunda premissa**, são válidos os documentos anexados às fls. 109/110 (depoimentos prestados pelo paciente e por Graziela Ernesto Pinheiro à Polícia Federal) para revestir de justa causa a denúncia oferecida contra o paciente e Graziela Ernesto Pinheiro (fls. 6/8); mas nulos os anexados às fls. 52-54 (depoimentos prestados pelo paciente e por Graziela Ernesto Pinheiro à Polícia Civil), por contaminação direta, para aquela finalidade. Como foram estes, contudo que sustentaram essencialmente a ação penal, sobretudo no tocante ao crime previsto no artigo 289 do Código Eleitoral, a consequência continua a ser o trancamento, total ou parcial, da ação penal.



VII - OPORTUNIDADE

157. A pretensão veiculada no presente habeas corpus não está coberta pela preclusão. O paciente tem absoluto interesse em ver declarados nulos os atos aqui questionados: o prejuízo que a perseguição penal lhe causou, e continua a lhe causar, são evidentes e alarmantes (art. 563 do CPP); fundou-se ela, do início ao fim, no avanço de cada etapa, em elementos de convicção ilegítimos, diretamente ou indiretamente contaminados por ilicitudes praticadas por agentes do Estado (art. 566 do CPP). Desde os fatos ocorridos na fase investigativa, tanto na Delegacia de Polícia Civil, quanto na Delegacia de Polícia Federal; passando pelo oferecimento da denúncia, seu recebimento e o consequente processamento judicial do feito, com a realização de três audiências de instrução, das quais compareceu – na primeira, ainda precisou assistir, de perto, ao depoimento da autoridade policial civil, autora dos abusos narrados no primeiro ponto da primeira premissa desta impetração – a duas, inclusive para o interrogatório, o paciente foi vítima dos mais diversos e injustificáveis atentados a seus direitos fundamentais, tudo explicitado nesta petição.

158. Sobre a relação (não) existente entre o habeas corpus e a preclusão, afirma o STF:

O habeas possui envergadura maior, não se sujeitando às balizas atinentes à preclusão, sob o ângulo do tempo, da lógica ou da consumação. Não sofre as peias sequer da coisa julgada, servindo mesmo para, uma vez configurada a ilegalidade, vir a afastá-la do cenário jurídico. A vontade, em si, do acusado, do réu ou do condenado, ainda que mediante decisão judicial transitada em julgado, não mais sujeita a impugnação na via recursal, é irrelevante. **O que cumpre ter presente é a possibilidade, ainda que latente e ante certo ato, de o paciente, por este ou aquele motivo, vir a sofrer cerceio na liberdade de ir e vir** (STF, HC 85.747, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 21-6-2005).

159. De toda sorte, os vícios aqui suscitados foram submetidos ao Poder Judiciário no primeiro momento em que o paciente pôde falar nos autos: nas alegações escritas (fls. 170-179) – o que afasta a preclusão lógica. Ainda, o fato de terem sido rejeitados pela Excelentíssima Juíza Eleitoral (fls. 238-240), na linha do parecer apresentado pelo Ministério Público Eleitoral (fls. 234-237), não conferiu, ao paciente, direito a recurso algum. Como se sabe, a legislação de regência restringe a recorribilidade interlocutória em questão, a oportunidade de interpor recurso em sentido estrito (art. 581 do CPP), às hipóteses de não recebimento da denúncia (art. 581, I, do CPP), sujeitando-a, como é intrínseco aos recursos em geral, aos prazos específicos (arts. 586 e 588, *caput*, do CPP). “E se recebe?” Questiona e responde a doutrina: “dependendo do caso, caberá habeas corpus” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 900), cuja impetração não encontra no ordenamento termo final – o que afasta a preclusão temporal. Por fim, nem foi aberto prazo para apresentação de alegações finais, a nenhum dos lados, ato subsequente às alegações escritas praticável pelo paciente – o que afasta a preclusão consumativa.

160. Comprova a manifesta oportunidade deste habeas corpus a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Conforme abordado, nos seguintes precedentes, os Tribunais reconheceram, em diferentes fases processuais, nulidades causadas por provas ilícitas, inclusive por derivação, colhidas durante as investigações, e determinaram, ainda, pela inexistência de justa causa aferível a partir do material legítimo restante, na maioria, o trancamento das respectivas ações: assim se procedeu após a deflagração – estágio em que o presente feito se encontra na origem – da fase processual (STF, HC 106.876, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2011; e STF, HC 136.331, Segunda Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13-6-2017); após a sentença condenatória (STF, HC 73.351, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9-5-1996; e STJ, HC



171.389, Quinta Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 3-5-2011); após a confirmação da condenação em segunda instância (STF, HC 69.912, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16-12-1993), e mesmo em sede de recurso extraordinário (STF, RE 251.445, rel. Min. Celso de Mello, j. 21-6-2000).

161. Portanto, existe espaço, nos autos, para a presente impetração.

VIII - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

162. Trancada em parte a ação penal, quanto à prática do crime de inscrição fraudulenta de eleitor (art. 289 do CE), o paciente passará a titular o direito à medida despenalizadora descrita no artigo 89 da Lei nº 9.099/1995, a exemplo de outros réus do mesmo processo. Isso porque a pena mínima cominada em abstrato para o crime de corrupção eleitoral (art. 299 do CE), único que restaria apurável na demanda, é de um ano (art. 284 do CE). Além do mais, nos termos da legislação de regência, o paciente não figura, nem se tem notícia de ter figurado, em outros feitos criminais, e preenche os requisitos para suspensão condicional da pena, previstos no artigo 77 do Código Penal.

163. Ainda, apesar do estado em que o feito se encontra, aguardando a apresentação de alegações finais por ambos os polos, não se operou a preclusão sobre o instituto. Embora se saiba que a inércia do interessado em suscitar a oportunidade da suspensão condicional do processo, quando não oferecida, nas hipóteses em que seja cabível, pelo Ministério Público, supere a nulidade relativa decorrente da omissão (STJ, AgRg-HC 474.501, Sexta Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27-11-2018); no caso aqui exposto, a aplicação do artigo 89 da Lei nº 9.099/1995 somente passará a ser cogitável a partir da concessão da ordem no presente habeas corpus, para trancamento parcial da ação penal, considerando os termos da Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça.

164. Assim, pelas razões apresentadas acima, afastada a reprovabilidade pela suposta infringência ao artigo 289 do Código Eleitoral, o paciente terá direito, na origem, de acordar a suspensão condicional do processo.

IX - EXTENSÃO SUBJETIVA

165. Concedida a ordem requerida nesta ação, a inviabilização do processamento da ação penal quanto à apuração das condutas alegadamente tipificadas no artigo 289 do Código Eleitoral também deve beneficiar Graziela Ernesto Pinheiro, companheira do paciente e ré no mesmo feito criminal. Isso por lhe aproveitarem os argumentos elaborados no presente habeas corpus (art. 580 do CPP): conforme se expôs, a inexistência de lastro probatório mínimo que justifique o prosseguimento do feito, especialmente no tocante ao delito de inscrição fraudulenta de eleitor, diz respeito tanto ao paciente quanto à denunciada em questão.

166. O fato de Graziela Ernesto Pinheiro haver acordado com o MPE, na origem, a suspensão condicional do processo (fl. 190) não compromete o provimento aqui debatido. Como se sabe, diferentemente da transação (art. 76 da Lei nº 9.099/1995), cuja realização inviabiliza a própria ação penal, a medida despenalizadora debatida não prescinde do recebimento da denúncia: o processo existe, e persiste mesmo no período de prova, assim como a condição de réu. Somente com o cumprimento integral das obrigações é que o imputado superará aquele estado processual. Nesse cenário, assim, a ré mantém todo interesse na concessão da ordem requerida neste habeas corpus.



167. É como entende o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL CULPOSA. WRIT IMPETRADO NA ORIGEM JULGADO PREJUDICADO. SUPERVENIÊNCIA DE ACORDO DE TRANSAÇÃO PENAL. SITUAÇÃO DIVERSA DO SURSIS PROCESSUAL. [...] 2. A transação penal, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/1995, prevê a possibilidade de o autor da infração penal celebrar acordo com o Ministério Público (ou querelante), mediante a imposição de pena restritiva de direitos ou multa, obstando o oferecimento de denúncia (ou queixa). Trata-se de instituto cuja aplicação, por natureza e como regra, ocorre na fase pré-processual, pois visa impedir a instauração da persecutio criminis in iudicio. E é por esse motivo que não se revela viável, após a celebração do acordo, pretender discutir em ação autônoma a existência de justa causa para ação penal. Trata-se de decorrência lógica, pois não há ação penal instaurada que se possa trancar. 3. **Situação diversa ocorre com a suspensão condicional do processo, em relação a qual se admite a impetração, porquanto, neste caso, já foi deflagrada a ação penal, cuja denúncia foi recebida, revelando-se possível perquirir a existência ou não de justa causa [...]** (STJ, HC 495.148, Sexta Turma, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 24-9-2019).

168. Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal admite o manejo de habeas corpus, para veicular pedido de trancamento de ação penal, por ausência de justa causa, mesmo em benefício de réu que se encontre, no feito combatido, em período de prova (art. 89 da Lei nº 9.099/1995):

HABEAS CORPUS. **SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE QUE A ACEITAÇÃO DO SURSIS PROCESSUAL NÃO PREJUDICA A ANÁLISE DA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL.** Considerando a envergadura constitucional do habeas corpus e o direito fundamental a que visa resguardar, é de se reconhecer que o acusado pode, a qualquer tempo, questionar os atos processuais que importem coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. **Habeas corpus deferido para que, afastada a prejudicialidade, o Superior Tribunal de Justiça aprecie a alegação de falta de justa causa para a ação penal** (STF, HC 89.179, Primeira Turma, rel. Min. Carlos Britto, j. 21-11-2006).

169. A doutrina segue linha similar:

Se o réu aceitar a proposta do Ministério Público, permitindo a suspensão condicional do processo, **ainda assim mantém intacto o seu direito de questionar a existência da ação penal contra si. Em outras palavras, o fato de ter aceitado a proposta, evitando o desgaste do prosseguimento da instrução, não lhe retira a possibilidade de impetrar habeas corpus para questionar a injustificada propositura da ação ou a falta de justa causa para o oferecimento da denúncia** (NUCCI, Guilherme de Souza. *Habeas Corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 213).

170. Por fim, especificamente na análise de habeas corpus impetrado com o intuito de trancar ação penal em que se apurava suposta prática do crime inserido no artigo 289 do Código Eleitoral, como no caso em tela, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. INSCRIÇÃO ELEITORAL FRAUDULENTA. ART. 289 DO CÓDIGO ELEITORAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INTERESSE RECURSAL. SUBSISTÊNCIA. [...] 1. **Subsiste o interesse no julgamento do recurso em habeas corpus que visa trancar a ação penal, ainda que, no caso concreto, tenha sido decretada a suspensão condicional do processo em virtude da aceitação do benefício previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, uma vez que o inadimplemento das exigências impostas pode**



ensejar a retomada do regular trâmite do feito [...] (TSE, RHC 0600572-94.2018.6.17.0000, rel. Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, j. 20-11-2018).

171. Assim, a ação penal também deve ser trancada em favor da ré Graziela Ernesto Pinheiro, por ausência de justa causa, ainda que haja aceitado os termos da suspensão condicional do processo e atualmente se encontre no período de prova regulado pelo artigo 89 da Lei nº 9.099/1995. Ainda, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no precedente transcrito acima (STF, HC 89.179, Primeira Turma, rel. Min. Carlos Britto, j. 21-11-2006), até o julgamento definitivo do presente habeas corpus, pelos motivos de fato e de direito que o amparam, sobretudo no que diz respeito ao trancamento da ação penal atinente à apuração do crime previsto no artigo 289 do Código Eleitoral, único imputado à ré em questão, deve-se determinar a suspensão do cumprimento das obrigações a ela impostas, constantes do termo da audiência respectiva (fl. 190).

X - PEDIDO LIMINAR

172. Embora careça de fundamento legal, a dedução de pedido liminar em habeas corpus é medida amplamente admitida pela jurisprudência do país, ela está “consagrada no âmbito de todos os tribunais brasileiros” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Habeas Corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 171). No caso em análise, a fim de evitar que a persecução penal, com a eventual condenação fundada em material probatório manifestamente ilegítimo, como se viu, comprometa ainda mais direitos fundamentais do paciente e de sua companheira, Graziela Ernesto Pinheiro, litisconsorte passiva na ação penal, atinentes ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), o processo deve ser suspenso liminarmente, até que este Tribunal Regional Eleitoral, por seu órgão colegiado, enfrente os argumentos expostos na presente impetração.

173. Longe de tumultuar o processo, a providência impedirá, uma vez apreciado o mérito deste habeas corpus, que se prolate, na origem, decisão absolutamente nula, se condenatória, e que o feito precise a ela retornar para nova avaliação, desta vez à luz das exigências constitucionais. Embora o intuito aqui perseguido, nomeadamente o reconhecimento de nulidades insanáveis, não fique materialmente obstaculizado com o advento da sentença, porque passível de desconstituição o respectivo título judicial mesmo na fase seguinte do processo, na linha da jurisprudência do STF e do STJ, ainda que a pretensão do paciente precise ser reiterada em novo veículo de impugnação, seja em recurso, seja em meio processual autônomo, o sobrestamento imediato do feito será mais benéfico que pernicioso aos sujeitos e autoridades que nele atuam.

174. Medida idêntica foi tomada, pelo STF, no julgamento do Habeas Corpus nº 85.747 (Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 21-6-2005). Naquela ocasião, o Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio consignou, acompanhado pelos demais, que, até o julgamento definitivo de questões relevantes pela instância inferior, inclusive no tocante à existência, ou não, de justa causa para o processamento, que poderia encerrar no trancamento parcial da ação, assim como sobrestado o cumprimento das obrigações impostas no período de prova (art. 89 da Lei nº 9.099/1995), deveria ser “mantida a suspensão da ação penal, [...] até o julgamento final a ser procedido pelo Superior Tribunal de Justiça” – o sobrestamento das obrigações do período de prova, conforme visto acima, diz respeito ao acordo de suspensão condicional do processo realizado entre MPE e Graziela Ernesto Pinheiro (fl. 190), companheira do paciente e litisconsorte passiva no feito em trâmite na origem.



175. Assim, demonstradas, no contexto dos autos, a necessidade e a utilidade da medida excepcional, pugna-se pela concessão do pedido liminar.

XI - PEDIDOS

176. Por tudo que foi exposto, requer-se:

- a) o conhecimento do habeas corpus, porque presentes os requisitos constitucionais e legais (art. 654 do CPP), e seu processamento com prioridade, nos termos exigidos pelo ordenamento jurídico (arts. 29, I, e, do CE, e 50, § 1º, I, do RI-TRE/SC), sobretudo diante do estágio avançado da lide, na origem, e dos prejuízos aos interesses do paciente e da Justiça causados pelo equacionamento definitivo da controvérsia anteriormente ao julgamento da presente ação;
- b) consideradas insuficientes as peças que instrumentalizam o presente habeas corpus, todas extraídas da ação penal originária, mantidas as respectivas numerações de páginas, a concessão de prazo para que o impetrante as complemente, da forma que melhor entenda Vossa Excelência, para a compreensão exata do caso submetido a esta instância jurisdicional (art. 662 do CPP);
- c) o deferimento do pedido liminar, para sobrestar imediatamente o andamento da ação penal nº 63-21.2018.6.24.0033, e suspender o cumprimento das obrigações impostas à ré Graziela Ernesto Pinheiro, atualmente em período de prova, enquanto condições da suspensão condicional do processo que acordara na origem (art. 89 da Lei nº 9.099/1995), ajuizada pelo Ministério Público Eleitoral em desfavor do paciente e de outros agentes, que tramita na 33ª Zona Eleitoral deste Estado (Tubarão/SC), até o julgamento do mérito do presente habeas corpus pelo colegiado deste Tribunal, com a comunicação do ato a Excelentíssima Juíza Eleitoral de primeira instância, autoridade coatora na presente impetração (art. 665, *caput*, do CPP);
- d) se necessário, preferencialmente após a avaliação do pedido liminar, a requisição de informações a Excelentíssima Juíza Eleitoral da 33ª Zona Eleitoral deste Estado (Tubarão/SC), para garantir que o julgamento definitivo deste habeas corpus aconteça a partir da ponderação dos argumentos de todos os sujeitos atuantes na ação penal nº 63-21.2018.6.24.0033 (art. 662 do CPP);
- e) a intimação do Ministério Público Eleitoral com atuação perante este Tribunal, para apresentação de parecer a respeito da presente impetração, no prazo de 2 dias (art. 1º, *caput*, do Decreto-Lei nº 552/1969);
- f) a concessão integral da ordem de habeas corpus, para declarar as nulidades apontadas na persecução criminal, pertinentes à ilegitimidade probatória (art. 5º da CF), com (I) o reconhecimento da contaminação das provas decorrentes do vício originário (art. 573, § 1º, do CPP), (II) a determinação dos respectivos desentranhamentos, e (III) o trancamento da ação penal ajuizada contra o paciente, por ausência de justa causa, quanto à prática de todos os delitos descritos na denúncia (arts. 289 e 299 do CE) ou, em caráter subsidiário, especialmente do crime de inscrição fraudulenta de eleitor (art. 289 do CE);



- g) sucessivamente, concedida a ordem para o trancamento parcial da ação penal, no tocante ao crime de inscrição fraudulenta de eleitor (art. 289 do CE), o restabelecimento da marcha do feito, na origem, com a intimação, pelo Juízo competente, do Ministério Público Eleitoral para oferecimento de proposta, favorável ao paciente, de suspensão condicional do processo (art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/1995), medida que passará a ser cabível, considerando a pena mínima cominada em abstrato para o crime de corrupção eleitoral (arts. 284 e 299 do CE), único que restaria apurável na demanda;
- h) sucessivamente, a extensão subjetiva dos efeitos do julgamento, pelos mesmos motivos de fato e de direito que amparam as pretensões do paciente, para beneficiar a ré Graziela Ernesto Pinheiro, com o trancamento da ação penal ajuizada em seu desfavor, na qual lhe foi imputada exclusivamente a prática do crime de inscrição fraudulenta de eleitor (art. 289 do CE), e o reconhecimento do prejuízo das exigências propostas e aceitas no acordo de suspensão condicional do processo firmado com o Ministério Público Eleitoral e homologadas pelo Juízo; e
- i) a comunicação do resultado do julgamento definitivo do presente habeas corpus a Excelentíssima Senhora Juíza Eleitoral da 33ª Zona Eleitoral deste Estado (Tubarão/SC), para a adoção das providências cabíveis, conforme a extensão da ordem concedida, nos autos da ação penal nº 63-21.2018.6.24.0033 (art. 665, *caput*, do CPP).

Florianópolis, 22 de dezembro de 2019.

RICARDO BORTOLOTTO
OAB/SC 49.988

