

RCL 43479 / RJ

MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 43.479 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**

RECLTE.(S) : **C.S.O.A.B.F.O.**

RECLTE.(S) : **C.S.O.A.B.P.O.**

RECLTE.(S) : **C.S.O.A.B.O.**

RECLTE.(S) : **C.S.O.A.B.O.**

RECLTE.(S) : **C.S.O.A.B.J.O.**

ADV.(A/S) : **ANTÔNIO NABOR AREIAS BULHÕES E OUTRO(A/S)**

RECLDO.(A/S) : **JUIZ FEDERAL DA 7ª VARA FEDERAL CRIMINAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO**

ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

BENEF.(A/S) : **NÃO INDICADO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Passo a apreciar as questões jurídicas necessárias ao julgamento deste feito.

I – Do pedido de adiamento formulado pela PGR

A Procuradoria-Geral da República formulou pedido de suspensão/adiamento do julgamento desta reclamação até a conclusão de perícia realizada pelo referido órgão sobre o banco de dados da Força Tarefa da Lava jato no MPF/RJ, de modo a se verificar se houve ou não a investigação de autoridades com foro por prerrogativa de função.

Segundo a PGR, a referida perícia seria encerrada no dia 29.3.2020.

Apesar da relevância da apuração, que deverá continuar de forma independente, entendo que os presentes autos se encontram devidamente instruídos e com provas suficientes para se proceder a uma análise de cognição exauriente dos temas aqui propostos.

Ademais, já foi o decurso do prazo indicado para o encerramento da perícia, sem que a PGR tenha apresentado o seu resultado. Por esses motivos, indefiro o pedido de suspensão/adiamento do julgamento do feito.

II - Da preliminar de ilegitimidade ativa dos requerentes

A PGR suscita, em seu recurso, a ilegitimidade ativa dos Conselhos Seccionais para ingressar com a presente ação, uma vez que tais entidades não comporiam o polo ativo da ação penal na origem.

Não obstante, a Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia -, confere ampla legitimidade à OAB para atuar em defesa da ordem jurídica, do Estado Democrático de Direito e de todos os advogados integrantes dos seus quadros, conforme se observa do art. 44, I e II, 49, parágrafo único, e 54, II e III c/c 57, todos da referida lei:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - Defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II - Promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

[...]

Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.

Parágrafo único. As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.

[...]

Art. 54. Compete ao Conselho Federal:

[...]

II - Representar, em juízo ou fora dele, os interesses coletivos ou individuais dos advogados;

III - velar pela dignidade, independência, prerrogativas e valorização da advocacia;

[...]

Art. 57. O Conselho Seccional exerce e observa, no respectivo território, as competências, vedações e funções atribuídas ao Conselho Federal, no que couber e no âmbito de sua competência material e territorial, e as normas gerais estabelecidas nesta lei, no regulamento geral, no Código de Ética e Disciplina, e nos Provimentos.

Destaque-se que as referidas normas se encontram em consonância com a qualificação de função essencial à justiça atribuída à advocacia pelo art. 133 da CF/88, bem como com o papel da OAB de instituição voltada à defesa da ordem democrática e do Estado de Direito, com ampla capacidade postulatória, conforme reconhecido pela jurisprudência do STF.

Nesse sentido, no julgamento da ADI 3 (Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 7.2.1992), essa Corte decidiu pela legitimidade universal da OAB para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade contra qualquer ato normativo, independentemente do requisito da pertinência temática entre o conteúdo da norma e os direitos da classe profissional dos advogados.

Portanto, pode-se concluir que se a OAB pode ajuizar as ações de competência originária de maior impacto jurídico, como as ações de controle concentrado de constitucionalidade, mesmo nos casos de ausência de pertinência temática entre o ato normativo impugnado e as questões atinentes à advocacia, ela também possui legitimidade para ingressar com reclamação em defesa dos interesses concretos e das prerrogativas dos seus associados, nos termos da expressa previsão legal.

Por todos esses motivos, rejeito a alegação de ilegitimidade da PGR.

III – Da relevância do tema em discussão

O caso em análise envolve questões que merecem uma ampla atenção por parte desta Turma, em especial por se relacionar às funções e prerrogativas da advocacia no âmbito do sistema de justiça criminal e do Estado Democrático de Direito.

Quanto a esse ponto, registro, tal como fiz em sede de liminar, que o art. 7º, II, da Lei 8.906/94 prevê, como **direito e prerrogativa dos advogados**, a “*inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia*”.

Destaque-se que essa e as demais prerrogativas dos advogados não constituem indevido privilégio profissional, mas sim garantia à própria administração da Justiça, de defesa da ordem jurídica e das liberdades fundamentais.

Nesse sentido, o art. 133 da CF/88 estabelece que “*O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*”.

Interpretando a norma constitucional, esta Corte já assentou, em diversas oportunidades, que “*o Advogado -- ao cumprir o dever de prestar assistência técnica àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado -- converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade*” (HC 88.015-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 14.2.2006; HC 98.237, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15.12.2009, 2ª T, DJE 6.8.2010).

Na mesma linha, no julgamento da ADI 1.127, esta Corte decidiu que “*a imunidade profissional é indispensável para que o advogado possa exercer condigna e amplamente seu múnus público*” (ADI 1.127, Redator para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.5.2006, DJE 11.6.2010).

Esclareça-se que não se está a defender a **imunidade absoluta** dos profissionais de advocacia para a prática de crimes ou atos ilícitos, o que é rechaçado pela legislação (art. 7º, §6º, da Lei 8.906/994) e pela própria jurisprudência do STF (RHC 81.750, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.11.2002,

2ª T, DJ 10.8.2007; INQ 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 26.11.2008; HC 96.909, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 17.11.2009, Segunda Turma, DJE 11.12.2009).

Contudo, deve-se ter em mente que eventuais excessos acusatórios ou a tentativa de se criminalizar, de forma ampla, a advocacia, de forma semelhante ao que se tem verificado em relação à política, possui efeitos normativos e sistêmicos extremamente perniciosos, em especial por desequilibrar a garantia da paridade de armas em detrimento dos cidadãos e de seus defensores, fazendo com que o processo se torne um instrumento de injustificável perseguição.

Conforme destacou o então Presidente desta Corte, Ministro Ricardo Lewandowski, em decisão monocrática proferida no Habeas Corpus 129.569, *“para se preservar a higidez do devido processo legal, e, em especial, o equilíbrio constitucional entre o Estado-acusador e a defesa, é inadmissível que autoridades com poderes investigativos desbordem de suas atribuições para transformar defensores em investigados, subvertendo a ordem jurídica”*.

Portanto, entendo que o presente caso deve ser analisado com uma especial atenção, com altivez, e sem a utilização de estratégias de jurisprudência defensiva ou o recurso a óbices processuais.

A denúncia que deu ensejo à decisão reclamada narra, de forma bastante ampla, que, entre os anos de 2012 e 2018, os denunciados teriam integrado uma grande organização criminosa que teria por finalidade desviar recursos do Sistema “S”. Esses “desvios” seriam supostamente realizados na forma de pagamentos de serviços advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, que não teriam sido efetivamente prestados, segundo o MPF.

Apesar de todas essas contratações terem se dado no contexto das disputas entre a FECOMÉRCIO-RJ e as entidades nacionais do Sistema “S”, a denúncia narra complexos fáticos distantes entre si, já que envolvem múltiplas contratações ocorridas em diferentes momentos e sob diferentes contratos formalizados ao longo de mais de 7 (sete) anos. Tanto é assim que a própria denúncia chega a separar 43 (quarenta e três) conjuntos de fatos independentes.

A denúncia sustenta que a contratação de 26 (vinte e seis) advogados pela FECOMÉRCIO-RJ configuraria, na maioria das vezes, a prática de “desvio” de verbas públicas, na modalidade do crime de peculato-desvio previsto no art. 312 do Código Penal, segundo o qual constitui crime *“apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”*.

O MPF afirmava que a contratação desses diversos advogados teria se dado *“não pela complexidade das causas, cujo pano de fundo era sempre o mesmo, ou por alguma expertise técnica singular, mas porque esses escritórios poderiam supostamente influenciar em decisões de magistrados que garantiriam a não punição do então gestor das paraestatais cariocas (TCU) ou a sua manutenção à frente das mesmas (Poder Judiciário)”*.

Nesse sentido, a capitulação jurídica dos fatos descritos na peça acusatória ancora-se em algumas presunções jurídicas e factuais bastante peculiares.

Em primeiro lugar, conforme será discutido no presente voto, as entidades do Sistema “S” constituem pessoas jurídicas de **direito privado**. Assim, torna-se discutível, do ponto de vista jurídico, se a atuação dos advogados contratados para patrocinar os interesses da FECOMÉRCIO poderia ser equiparada, ainda que em tese, à coautoria da prática de peculato.

Além disso, as alegações do MPF de que os serviços de advocacia não foram regularmente prestados desafiam algumas pressuposições. De um lado, a peça acusatória aponta como indícios da prática de peculato diversos documentos internos, como minutas de contratos, e-mails e conversas por aplicativos de mensagens entre representantes da FECOMÉRCIO e membros dos escritórios de Advocacia, que dão conta da existência da prestação serviços de advocacia ou, pelo menos, de serviços de consultoria ou de assessoramento jurídico.

Contudo, na medida em que esses documentos podem constituir provas do imputado crime de peculato pela contratação dos mencionados serviços advocatícios, como afirmar que os serviços de advocacia não

foram *regularmente* prestados? Ressalta-se que a denúncia não contém imputações de crimes de falsidade ideológica ou de crimes de fraude à licitação. Assim, surge necessário o questionamento: qual o critério adotado pelo MPF para definir que tal ou qual contratação foi prestada de forma *irregular*? Relembre-se que estamos aqui a falar da celebração de negócios jurídicos privados, sem forma prescrita ou defesa em lei.

Apesar de todas essas controvérsias na dimensão do direito material sobre se os advogados poderiam ou não ser investigados pelos serviços advocatícios prestados, **a discussão posta na presente reclamação limita-se ao tema da competência do Juízo reclamado para processar a denúncia.**

Para que não parem dúvidas sobre isso, esclareço que o pedido principal feito na exordial é para que “*seja reconhecida e declarada a competência desse col. Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a Ação Penal nº 5053463-93.2020.4.02.5101/RJ e os procedimentos cautelares relacionados ao acordo de colaboração premiada do acusado ORLANDO SANTOS DINIZ que menciona em seus anexos -- em relação de conexão instrumental ou probatória com os advogados denunciados na referida ação penal -- autoridades integrantes do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA e do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, cuja competência para processamento criminal se dá originariamente perante essa col. Suprema Corte, conforme HC nº 151.605/STF*” (eDOC 1).

Faço essa ressalva apenas para que fique claro que, no presente julgamento, **a Segunda Turma não está julgando a tipicidade dos fatos imputados à advocacia. Não está apreciando se as contratações realizadas com os escritórios foram ou não lícitas. Não está sequer discutindo se o crime do art. 312 do CP poderia ser capitulado à complexa narrativa apresentada.** Isso porque, repiso, **a causa de pedir reclamação constitucional cinge-se à questão da competência.**

Como já mencionado, a denúncia traz um complexo fático bastante abrangente e, em muitas passagens, a impressão que fica é que se pretende encapsular em uma só narrativa acontecimentos que a própria denúncia chega a separar 43 (quarenta e três) conjuntos de fatos independentes, ocorridos durante mais de 7 (sete) anos. Salienta-se que sequer os

reclamantes objetivaram trazer aos autos as particularidades das teses defensivas de cada uma das imputações apresentadas.

Feito esse breve registro sobre a relevância do caso e a necessidade de se promover o devido controle de todas as ilegalidades praticadas pela autoridade reclamada, passo a apreciar a alegação de incompetência nos limites da cognição desta via reclamatória.

IV – Da garantia do juiz natural e da alegação de incompetência do juízo reclamado

Os reclamantes alegam a incompetência do juízo reclamado, uma vez que o acordo de colaboração premiada de ORLANDO DINIZ e a denúncia apresentada a partir dela envolveriam crimes imputados a autoridades com foro por prerrogativa de função no STF, os quais teriam sido decotados de forma artificiosa, de modo a justificar a atribuição e a competência das instâncias inferiores.

No que se refere a essa questão, é importante assentar que a garantia do juiz natural, prevista no art. 5º, XXXVIII e LIII, da Constituição de 1988, exige que os julgamentos sejam realizados pela autoridade jurisdicional competente, sendo proibida a designação de juízos ou tribunais de exceção.

A norma do art. 5º é reproduzida em praticamente todos os países de forte tradição constitucional, tratando-se de uma das principais garantias civilizatórias estabelecidas e consolidadas nos últimos séculos.

Em Portugal, **Jorge de Figueiredo Dias** (Direito processual penal, 1974, p. 322-323) defende que a ideia de juiz natural se assenta em três postulados básicos: (a) somente são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; (b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; (c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências, que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, decidiu-se que integra o conceito de juiz natural, para os fins constitucionais, a ideia de imparcialidade, isto é, a concepção de *“neutralidade e distância em relação às*

partes (Neutralität und Distanz des Richters gegenüber den Verfahrensbeteiligten)” (BVerfGE, 21, 139 (146)).

Discorrendo sobre a experiência colombiana, **Carlos Bernal Pulido** afirma que “*O direito a um juiz natural é um direito a um juiz pré-estabelecido, com competências fixadas em lei, de maneira a possibilitar a garantia da imparcialidade*” (PULIDO, Carlos Bernal, **El derecho de los derechos**. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, p. 362).

Na doutrina italiana, **Pietro Villaschi** (*Il principio del giudice naturale*) discorre sobre o princípio:

“(...) nucleo essenziale della garanzia di cui si tratta risiede, come affermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale, nella necessità che la legge pre-costituisca un ordine preciso di competenze a giudicare, non essendo sufficiente la sola pre-determinazione legislativa di una competenza generale.”

Tradução: O núcleo essencial da garantia em questão reside, como afirma a mesma jurisprudência constitucional, na necessidade de que a lei estabeleça previamente uma ordem precisa de competências para julgar, não sendo suficiente a mera pré-determinação legislativa de uma competência geral.”

Portanto, o juiz natural é aquele previamente definido pela Constituição e pela legislação como órgão competente e imparcial para conhecer determinada demanda, sendo a competência definida como “*a porção, quantidade, medida ou grau de jurisdição que corresponde a cada juiz ou tribunal*”, conforme assentou a Corte Constitucional da Colômbia (Sentencia C-040 de 1997, **Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell**).

Por sua vez, a fixação da competência deve obedecer a determinadas características, como: a legalidade, pois deve ser fixada por lei em sentido estrito; a imperatividade, que significa a impossibilidade de ser derogada por vontade das partes; a imodificabilidade, porque não pode ser alterada durante o curso do processo (*perpetuatio jurisdictionis*); e a indelegabilidade, já que não pode ser transferida por quem a possua para outro órgão. Além disso, trata-se de matéria de ordem pública, posto que fundada em

princípios de interesse geral (PULIDO, Carlos Bernal, **El derecho de los derechos**. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, p. 362).

Estabelecidas essas premissas, observo que a alegação de incompetência dos reclamantes se refere a alguns dos anexos do acordo de colaboração premiada de ORLANDO DINIZ, dentre os quais se destacam os termos de nº 5, 6, 9 e 28, cujo teor foi revelado nos autos da Reclamação 42.644, também de minha Relatoria.

O anexo 5 tratou, dentre outros temas, da contratação de advogados para a obtenção de decisões favoráveis no STJ, com o objetivo de obter o retorno de ORLANDO DINIZ à gestão do SESC/SENAC Rio.

A referência a esses fatos e à possível cooptação de magistrados também é feita às fls. 89 e ss. da denúncia apresentada pelo MPF/RJ nos autos da Ação Penal nº 5053463-93.2020.4.02.5101/RJ, na qual são registradas **supostas relações suspeitas** entre os advogados denunciados e Ministros do STJ:

“os membros do “núcleo duro” da Ocrim, ao mesmo tempo em que convenciam ORLANDO DINIZ de que os pagamentos teriam que ser feitos sem questionamentos sobre a qualidade do contratado ou vultosidade dos valores, porque só assim o mesmo não perderia (ou voltaria para) a gestão do SESC e do SENAC Rio (tráfico de influência e exploração de prestígio), também passavam ao mesmo um quadro de tamanha dificuldade perante as Cortes que a sua solução teria que ser cada vez mais cara, inclusive para a manutenção de decisões favoráveis.

Esses valores serão declinados ao longo da acusação, mas fato é que, somente pelo que chamou o colaborador de **“vitória no STJ”, que vem a ser a liminar que o restituiu à Presidência do SESC Rio em 24.11.2015 no Agravo em Recurso Especial – AREsp 557.089/RJ, do STJ, foram posteriormente pagos mais de R\$ 94.000.000,00 (noventa e**

quatro milhões de reais), a escritórios de EDUARDO MARTINS e indicados pelo mesmo, bem como a escritório indicado por ADRIANA ANCELMO, sem que nenhum deles tenha realizado qualquer ato no escopo dos contratos e que minimamente justificasse os pagamentos.

Nessa mensagem de ANA TERESA BASÍLIO, de 14.01.2016, encontrada na caixa postal de ORLANDO DINIZ em decorrência da quebra telemática 0503369-77.2017.4.02.5101, aquela denunciada deixa claro ao “cliente” e ao grupo que ou atuava perante o STJ ou era do “núcleo duro” da Orccrim (CRISTIANO ZANIN, JOSÉ ROBERTO SAMPAIO e ADRIANA ANCELMO) que, apesar da referida liminar, a situação ainda não estava sob controle. **Dias após, em 28.01.2016, CRISTIANO ZANIN manda outra mensagem ao mesmo “nucleo duro”, incluindo ORLANDO DINIZ e, desta feita, ROBERTO TEIXEIRA, no sentido de que coisas “sui generis” estariam acontecendo para “tentar derrubar a decisão do Ministro Napoleão”.**

Por sua vez, nos anexos 6, 9 e 28, ORLANDO DINIZ relata supostos crimes envolvendo Ministros do Tribunal de Contas da União, que teriam sido indevidamente influenciados a partir de escritórios de advocacia para decidir favoravelmente aos interesses do colaborador em processos que tramitavam naquela Corte.

Destaque-se que os indícios da imputação de crimes a autoridades com foro por prerrogativa de função foram por mim reconhecidos quando da concessão da liminar, tendo em vista as relevantes informações e suspeitas trazidas pela parte quando do ajuizamento da ação.

Contudo, após o integral conhecimento dos termos do acordo de colaboração premiada de ORLANDO DINIZ, é possível concluir pela ausência de elementos suficientes de usurpação da competência desta Corte, ou seja, de provas que houve a investigação de autoridades com foro por prerrogativa de função perante as instâncias inferiores, pelo

menos até o momento imediatamente anterior às deflagrações das medidas de busca e apreensão, conforme será apontado oportunamente.

Nesse ponto, entendo que a liminar por mim concedida tanto nestes autos como na Rcl. 42.644 foram importantes para permitir a correta compreensão dos fatos, uma vez que possibilitaram o conhecimento dos termos do acordo de colaboração premiada de ORLANDO DINIZ, inclusive no que se refere à imputação de delitos às autoridades com foro por prerrogativa de função.

Após uma análise mais ampla formulada com base nas decisões liminares de todo o contexto da operação “Esquema S”, entendo ser correta a tese do MPF/RJ no que se refere à ausência de envolvimento de autoridades com foro nesta Corte.

Isso porque, tal como informado pelo *Parquet*, os anexos que tratavam de autoridades com foro por prerrogativa de função foram efetivamente excluídos depois da remessa e rejeição destes termos por parte da Procuradoria-Geral da República.

De fato, a manifestação apresentada pelo MPF/RJ na cota que consta em anexo à denúncia oferecida na Ação Penal nº 5053463-93.2020.4.02.5101/RJ é fidedigna, quando afirma que (eDOC 47, p. 1-3):

“os anexos descrevendo fatos criminosos do então requerente à colaboração premiada, ORLANDO SANTOS DINIZ, foram entregues por suas advogadas constituídas, Dra. Juliana Bierrnbach e Dra. Janaína Roland Matida, no dia 06.12.2019, uma sexta-feira. No primeiro dia útil seguinte, segunda-feira, dia 09.12.2019, analisando-se os documentos entregues, foi verificada a existência de anexos com indicação de possíveis ilícitos praticados por detentores de foro por prerrogativa de função junto ao Supremo Tribunal Federal. Assim, no mesmo dia foi, por meio do mencionado Despacho nº 37249/2019 (PR-RJ-00116449/2019) encaminhado o Procedimento Administrativo nº 1.30.001.002938/2019-88 à Procuradoria-Geral da República, órgão que possui atribuição exclusiva

para a investigação de possíveis crimes praticados por autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função junto ao Supremo Tribunal Federal. [...] **Após a Procuradoria-Geral da República analisar os mencionados anexos, o Procedimento Administrativo nº 1.30.001.002938/2019-88 foi encaminhado pela Decisão PGR- 00065661/2020, de maneira fundamentada, de volta a este órgão de primeira instância.** [...] a rejeição do acordo pela Procuradoria-Geral da República, **(i) se restringiu aos anexos que tratavam de autoridades com prerrogativa de foro; (ii) não se baseou na falta de verossimilhança dos depoimentos do colaborador, mas tão somente no entendimento daquele órgão da inviabilidade de se instaurar investigação criminal apenas com base no relato do requerente;** (iii) fez questão de ressaltar que as conclusões do mencionado documento não afetavam ou impediam eventual realização de acordo de colaboração pelos órgãos do Ministério Público com atuação nas instâncias ordinárias, em relação aos fatos que não digam respeito a pessoas com foro por prerrogativa de função perante o STF.”.

Idêntica conclusão se extrai a partir da leitura da denúncia apresentada pelo Ministério Público na ação penal nº 5053463-93.2020.4.02.5101/RJ e dos termos de colaboração premiada de ORLANDO DINIZ acima mencionados (anexos 5, 6, 9 e 28).

Contudo, distinta é a conclusão a que se chega no que se refere à análise da competência do Juízo da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro para processar os fatos em questão, bem como no que se refere às ilegalidades cometidas durante o cumprimento de mandados de busca e apreensão decretados contra os advogados.

Com efeito, a incompetência da autoridade judicial decorre de três fundamentos. O primeiro é a ausência de competência da Justiça Federal

para processar crimes envolvendo as entidades integrantes do “sistema S”, conforme jurisprudência pacífica desta Corte.

O segundo é a ausência de justificativa adequada para a caracterização da competência por conexão/prevenção da autoridade reclamada. Em terceiro lugar, observa-se a flagrante e teratológica ilegalidade na decretação de medidas de busca e apreensão genéricas e não delimitadas contra dezenas de escritórios e advogados, inclusive contra causídico que exerce as funções de Desembargador Eleitoral e que, por esse motivo, deveria estar sendo investigado e processado com a supervisão judicial do Superior Tribunal de Justiça.

Passo a analisar detalhadamente cada uma dessas questões.

IV.1 – Da incompetência da Justiça Federal para processar e julgar fatos envolvendo entidades privadas e integrantes do denominado sistema “S”

Em relação a essa primeira ilegalidade, é de se ressaltar que a Fecomércio, enquanto instituição privada, e as demais entidades integrantes do denominado sistema “S” (Sesc/Senac/RJ), não são sujeitas à competência da Justiça Federal, nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte.

No que toca a essa questão, entendo que assiste razão aos reclamantes, quando aduzem que *“as entidades do denominado ‘Sistema S’ são pessoas jurídicas de direito privado e, portanto, não integram a Administração Pública Federal, não prestam serviços públicos, sendo certo que, conforme entendimento desse col. STF, não são objeto de interesse da União”* (eDOC 1, p. 26).

Destaque-se que a adequada compreensão dessa questão envolve a interpretação da regra constitucional de competência penal da Justiça Federal estabelecida pelo art. 109, IV, da CF/88, no que se refere à definição dos **bens, serviços ou interesses** dos entes federais. Transcrevo a referida regra:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

IV - Os crimes políticos e as **infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas**, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

Ao discorrer sobre a interpretação do art. 109 da Constituição Federal, Aury Lopes Jr. ressalta que a delimitação da competência “*não pode ser extensiva ou por analogia, diante do princípio da reserva legal e [d]a garantia do juiz natural*” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. E-book (recurso eletrônico). Posição 5.604).

Idêntico posicionamento é compartilhado pela jurisprudência, que tem estabelecido critérios para a distinção dos casos de competência da Justiça Federal em relação àqueles que devem ser julgados pela Justiça Estadual.

Conforme destacado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do recurso ordinário em *habeas corpus* nº 79.331, a competência penal da Justiça Federal possui extração constitucional, reveste-se de caráter absoluto e está sujeita a regime de direito estrito (RHC 79311, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24.8.1999).

Nessa linha, um dos critérios consolidados pela jurisprudência prevê que o **interesse da União**, para fins de subsunção à regra prevista no artigo 109, IV, da CF/88, **tem de ser direto e específico**, não sendo suficiente o interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído de forma ampla o interesse federal.

Com efeito, essa é a orientação extraída de inúmeros precedentes do STF que remontam à década de 1990 e que se mantém vigentes até os dias atuais. Cito, a título de exemplo, o RE 166.943 (Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 3.3.1995), o RE 300.244 (Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20.11.2001), o RE 4040.610 (decisão monocrática, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.9.2003), RE 336.251 (decisão monocrática, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 9.6.2003), HC 81.916 (Segunda Turma, de

RCL 43479 / RJ

minha Relatoria, j. 17.9.2002) e RE 502.915 (Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.2.2007).

Foi com base nesse critério, por exemplo, que esta Corte decidiu pela competência da Justiça Estadual para julgar crimes de venda de combustível adulterado (art. 1º da Lei 8.176/91), rejeitando a alegação de violação da atividade fiscalizatória da Agência Nacional do Petróleo (RE 502.915, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.2.2007).

De forma semelhante, esta Corte já decidiu que:

a) a expedição de auto de infração pelo IBAMA, ainda que em cumprimento a obrigações legais, configura interesse genérico, mediato ou indireto da União, de modo a excluir a competência da Justiça Federal (HC 81.916, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.9.2002);

b) a presença de sociedade de economia mista em procedimento investigatório não acarreta, por si só, na presunção de violação de interesse, econômico ou jurídico, da União (ACO 979, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 4.8.2011);

c) a falsificação de Carteira do Trabalho e Previdência Social (CTPS), com a anotação de vínculo de trabalho fictício para obter linhas de crédito junto ao comércio e enganar particulares, não viola interesse direto e imediato da União (RE 108.9-2, Primeira Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 17.6.1986)

Essas diretrizes hermenêuticas de interpretação estrita também se aplicam à definição dos bens e serviços dos entes federais, também previstos pela regra do art. 109, IV, da CF/88, para fins de competência.

Em relação aos **bens e serviços** da União e de suas entidades, é preciso estabelecer critérios indicativos da propriedade ou titularidade de serviços públicos que demonstrem que uma infração penal atingiu diretamente esse patrimônio federal.

Ao traçar esses critérios, a jurisprudência do STF vem entendendo pela competência da Justiça Federal nos casos de (i) crimes envolvendo transferências voluntárias de recursos públicos da União; (ii) quando as verbas públicas desviadas ou apropriadas estiverem sujeitas à prestação de contas perante autoridades federais ou; (iii) nos demais casos em que não houver a incorporação definitiva desses bens e valores ao patrimônio de outra pessoa jurídica.

Essa é a regra que se extrai dos precedentes firmados no HC 81.994 (Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 6.8.2002), AgRg no RE 605.609 (Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 2.12.2010) e RE 464.621 (Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 14.10.2008).

Outro não é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, já que a **Súmula 208** daquela Corte estabelece que *“Compete a Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”*, enquanto que a **Súmula 209** vaticina que *“Compete a Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”*.

No caso em análise, foi com base nas regras acima expostas sobre a identificação do interesse ou patrimônio da União que o MPF/RJ e a autoridade reclamada fundamentaram a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento dos fatos descritos pelo colaborador premiado.

Contudo, a concreta situação sob exame, que envolve supostos desvios de recursos da Fecomércio/RJ, do SESC/RJ e do SENAC/RJ para a prática de crimes de peculato, estelionato e tráfico de influência, a partir de exigências de vultosos valores por parte dos advogados denunciados, sob o pretexto de obtenção de vitórias jurídicas perante o STJ e o TCU, não se amolda a essas hipóteses.

Isso porque, as entidades acima mencionadas são pessoas jurídicas de direito privado dotadas de recursos próprios, definitivamente incorporados ao seu patrimônio, ainda que com base em contribuições parafiscais do sistema S (SESC, SENAC, SEBRAE) pagas pelos contribuintes e repassadas imediatamente pela Receita Federal às referidas entidades.

Ao tratar da natureza privada desses integrantes do terceiro setor, José dos Santos Carvalho Filho anota que:

“As pessoas de cooperação governamental são pessoas jurídicas de direito privado, embora no exercício de atividades que produzem algum benefício para grupos sociais ou categoriais profissionais. Apesar de serem entidades que cooperam com o Poder Público, não integram o elenco das pessoas da Administração Indireta, razão por que seria impróprio considerá-las pessoas administrativas” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31^a ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 575).

Portanto, ainda que os recursos repassados a essas entidades sejam fiscalizados pelo Tribunal de Contas da União para fins de controle e transparência, não se trata, em absoluto, de recursos que integrem os **bens ou o patrimônio** da União.

É importante que se diga, até mesmo *de lege ferenda*, sobre a importância de se adotar medidas de governança, transparência e de maior controle sobre a aplicação de recursos por parte das entidades integrantes do denominado “Sistema S”. Há inclusive projetos em tramitação no Congresso Nacional sobre o tema (<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/08/03/projeto-preve-transparencia-e-medidas-de-governanca-para-o-sistema-s>).

Contudo, o atual estado da arte não permite que se chegue à conclusão de que tais valores integram o patrimônio da União, já que há clara diferença entre **dinheiro público** e **bens ou recursos públicos da União**, sendo que a primeira hipótese, que é a situação dos autos, afasta a aplicação da norma de competência do art. 109, IV, da CF/88.

Destaque-se que não é preciso se recorrer aos demais critérios auxiliares para se definir se há a existência ou não de patrimônio da União, como a prestação de contas perante o TCU, já que o caso em análise é uma situação clara de ausência de qualquer valor de propriedade dos entes federais.

Ou seja, a situação em exame se aproxima do entendimento firmado na Súmula 209 do STJ (*“Compete a Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”*), e não da Súmula 208.

Aliás, esse é o entendimento consolidado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se observa do enunciado nº 516 desta Corte, ao estabelecer que:

Súmula 516 - O Serviço Social da Indústria - SESI - está sujeito à jurisdição da Justiça estadual.

Destaco, ainda, os seguintes precedentes que seguem a mesma linha de raciocínio em relação às ações cíveis e criminais relativas às entidades integrantes do denominado “sistema S”:

EMENTA: Competência: Justiça comum: ação popular contra o SEBRAE: L. 4717/65 (LAP), art. 20, f; CF, art. 109, IV; Súmula 516. 1. **O SEBRAE não corresponde à noção constitucional de autarquia, que, para começar, há de ser criada por lei específica (CF, art. 37, XIX) e não na forma de sociedade civil, com personalidade de direito privado, como é o caso do recorrido.** Por isso, o disposto no art. 20, - f-, da L. 4717/65 (LAP), para não se chocar com a Constituição, há de ter o seu alcance reduzido: não transforma em autarquia as entidades de direito privado que recebam e apliquem contribuições parafiscais, mas, simplesmente, as inclui no rol daquelas - como todas as enumeradas no art. 1º da LAP - à proteção de cujo patrimônio se predispõe a ação popular. 2. **Dada a patente similitude da natureza jurídica do SESI e congêneres à do SEBRAE, seja no tocante à arrecadação e aplicação de contribuições parafiscais, seja, em consequência, quanto à sujeição à fiscalização do Tribunal de Contas, aplica-se ao caso a fundamentação subjacente à Súmula 516/STF: “O**

Serviço Social da Indústria - SESI - está sujeito à jurisdição da Justiça estadual".

(RE 366168, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 03/02/2004, DJ 14-05-2004 PP-00057 EMENT VOL-02151-02 PP-00293)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA O JULGAMENTO DE AÇÕES CÍVEIS NAS QUAIS NÃO FIGURE COMO PARTE QUALQUER DAS PESSOAS ELENCADAS NO ART. 109, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IRRELEVÂNCIA DA ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO A ENTIDADE PARAESTATAL, CUSTEADA POR VERBA SUJEITA À FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(RE 589840 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011, DJe-099 DIVULG 25-05-2011 PUBLIC 26-05-2011 EMENT VOL-02530-02 PP-00308)

Recurso extraordinário. 2. Competência da justiça estadual. SEBRAE. Personalidade de entidade privada. Precedente da 1ª Turma. 3. Recurso extraordinário provido.

(RE 414375, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/10/2006, DJ 01-12-2006 PP-00100 EMENT VOL-02258-03 PP-00545)

Para além desses acórdãos, diversas decisões monocráticas tem aplicado o entendimento consolidado da jurisprudência desta Corte, dentre as quais podemos destacar: RE 408.325, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe

17.12.2009; RE 590.650, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 25.2.2011; RE 466.130, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.2.2006; RE 444.651, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 21.3.2005; RE 436.664, Rel. Min. Eros Grau, DJ 25.2.2005; e RE 436.621, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 14.12.2004; ARE 686.735, Rel. Min. Rosa Weber, j. 8.4.2013; ACO 1588, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 1.2.2012.

Mais recentemente, este Tribunal, por meio de decisão monocrática proferida pelo eminente Ministro Luiz Edson Fachin, não conheceu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 396, ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte (CNT), que versa sobre a mesma matéria.

Na referida ação, pleiteava a CNT que fosse *“declarada a inconstitucionalidade da interpretação judicial que atribui à Justiça Comum Estadual a competência para processar e julgar ações penais relativas a eventuais irregularidades no emprego de recursos dos serviços sociais autônomos, assentando-se a competência absoluta da Justiça Federal em tais casos”*.

Em sua decisão, o Min. Edson Fachin rejeitou a pretensão dos requerentes e anotou que:

“embora a autora aponte o princípio do juiz natural como preceito constitucional violado, o requerimento é para que seja declarada a inconstitucionalidade da interpretação judicial que atribui à Justiça Comum Estadual a competência para processar e julgar ações penais relativas a eventuais irregularidades no emprego de recursos dos serviços sociais autônomos, assentando-se a competência absoluta da Justiça Federal.

Isso porque, no entender da requerente, ‘o inciso IV do art. 109 da Constituição fixa a competência federal para processar os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas’. Noutras palavras, o objetivo da presente arguição é assentar a competência da justiça federal tendo por fundamento o art. 109, IV, da Constituição Federal. Por meio do conceito

de 'interesse', intenta-se estender a outra pessoa – as entidades do Sistema 'S' – competência da justiça federal.

Ocorre, porém, que a concretização dessa competência deve ser feita caso a caso, porquanto o conceito de interesse – única abertura que o texto permite para, em tese, expandir a competência –, depende de situações individualizadas. (...) Essa necessidade de individualização demonstra que a tutela da competência da Justiça Federal não deve ser feita abstratamente pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de desvirtuar o arcabouço constitucional que define o juiz natural. Com efeito, cumpre, nos termos do art. 109, IV, da CRFB, à própria Justiça Federal delimitar, inicialmente, o alcance de sua competência.”

Veja-se que a *ratio decidendi* adotada pelo eminente Relator é que a prática de crimes contra o patrimônio ou as atividades das entidades do “sistema S” não envolve qualquer **bem ou serviço da União, somente podendo ser reconduzido à competência da Justiça Federal nas excepcionais hipóteses em que constatada violação específica e direta a interesse federal.**

Por outro lado, a denúncia juntada aos presentes autos tenta justificar, de forma contrária a esse entendimento, a afetação a bens da União com base em termo de cooperação técnica assinado entre a Fecomércio, o SESC/RJ e o SENAC/RJ, por meio da qual essas duas últimas entidades teriam transferido recursos públicos para a primeira.

Ainda que se considerasse que tais verbas seriam de propriedade da União, o que não é a hipótese em análise, conforme amplamente demonstrado, entendo que não há a devida comprovação da afetação desses valores para o pagamento dos honorários advocatícios, já que o rastreamento dos recursos decorrentes das contribuições parafiscais recebidas pelo SESC/SENAC ocorreu a partir de anotações feitas à mão, em caneta vermelha, por parte do colaborador premiado, conforme se observa do documento transcrito à fl. 63 da denúncia (eDOC 40, p. 63):

Assessoria Jurídica_2015					
A PAGAR					
Item	Mês	Prestador	NF/Reemb.	Val.bruto NF/Reemb.	Total despesa
1	22/12/15	Armeida & Teixeira	87	1.800.000,00	1.800.000,00
2	22/12/15	Ancelmo	3075	250.000,00	250.000,00
3	22/12/15	Ancelmo	3215	250.000,00	250.000,00
4	22/12/15	Ancelmo	3321/3480	250.000,00	250.000,00
5	22/12/15	Ancelmo	3464/3480	250.000,00	250.000,00
6	22/12/15	Ancelmo	3465/3490	25.000,00	25.000,00
7	22/12/15	Ancelmo	3466/3491	25.000,00	25.000,00
8	22/12/15	Ancelmo	3472/3492	25.000,00	25.000,00
9	22/12/15	Ancelmo	3473/3493	25.000,00	25.000,00
10	22/12/15	Ancelmo	3476/3494	25.000,00	25.000,00
11	22/12/15	Ancelmo	3477/3495	25.000,00	25.000,00
12	22/12/15	Ancelmo	3146	25.000,00	25.000,00
13	22/12/15	Ancelmo	3501	1.200.000,00	1.200.000,00
14	22/12/15	Ancelmo	3497	2.200.000,00	2.200.000,00
15	22/12/15	Ancelmo	3499	100.000,00	100.000,00
16	22/12/15	Ancelmo	3500	100.000,00	100.000,00
17	22/12/15	Ancelmo	3502	500.000,00	500.000,00
18	22/12/15	Basilio Di Martino	11695	6.400.000,00	6.400.000,00
19	22/12/15	Campos Cabral	8	69.949,81	69.949,81
20	22/12/15	Eurico	430	5.352.000,00	5.352.000,00
21	22/12/15	Farias Advogados	3	1.800.000,00	1.800.000,00
22	22/12/15	Farias Advogados	4	2.400.000,00	2.400.000,00
23	22/12/15	Ferreira Leão	202	4.800.000,00	4.800.000,00
24	22/12/15	Jose Roberto Sampaio	10	2.500.000,00	2.500.000,00
25	22/12/15	Escritório de Adv. Martins (BSB)	1	2.500.000,00	2.500.000,00
26	22/12/15	Escritório de Adv. Martins (BSB)	2	2.500.000,00	2.500.000,00
27	22/12/15	Escritório de Adv. Martins (MCZ)	4	2.400.000,00	2.400.000,00
28	22/12/15	Rosaier Advocacia	1	2.000.000,00	2.000.000,00
29	22/12/15	Salomão Kauca	687	585.000,50	585.000,50
30	22/12/15	Teixeira	3668	1.482.501,46	1.535.626,53
31	22/12/15	Teixeira	3660	4.080.004,68	4.914.005,50
				TOTAL A PAGAR	47.656.582,44

E-301649162276
30.532.632,69

(Sesc + Senac) 45.975.244,69

(64,88%) Sesc = 30.532.193,07

(32,82%) Senac = 15.443.051,62

(2,30%) Federação = 1.081.337,75

A exceção, no que se refere à competência da Justiça Federal, fica por conta da acusação de corrupção do servidor do TCU CRISTIANO RONDON ALBUQUERQUE, o que é descrito no item 4.2.3 da denúncia, a partir da página 201.

Em relação a esse tema, a jurisprudência é pacífica pela caracterização da competência da Justiça Federal, nos termos do vestuto entendimento firmado na Súmula 254 do extinto Tribunal Federal de Recursos (“Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal no exercício de suas funções e com estas relacionados”).

Esse entendimento foi recentemente reiterado no julgamento do RHC 143.281, decisão monocrática, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 30.6.2017.

Portanto, considerando a ausência de afetação a qualquer bem, serviço ou interesse da União, conluo, desde já, pela incompetência absoluta da autoridade reclamada e pela remessa dos autos da denominada operação “Esquema S” à Justiça Estadual no Rio de Janeiro, que deverá apreciar se houve ou não o regular exercício das atividades advocatícias nos contratos questionados e/ou quais são os possíveis casos de operações irregulares.

Também entendo que caberá ao Ministério Público Estadual e à Justiça Estadual analisar, enquanto órgãos responsáveis pelo processamento e julgamento do feito, os aspectos atinentes à conveniência (MPE/RJ) e à legalidade (Justiça Estadual) do acordo de colaboração premiada celebrado por ORLANDO DINIZ com o MPF/RJ.

Em relação a esse ponto, destaco que não houve a demonstração da usurpação da competência desta Corte na celebração do referido acordo, de modo que o reconhecimento da ilegalidade *per saltum* do referido pacto, antes mesmo da manifestação dos órgãos naturais, excederia o objeto desta reclamação e não poderia ser reconhecido de forma antecipada, nem mesmo mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Portanto, entendo que o pedido constante do item “iv” da petição inicial (eDOC 1, p. 47), no que se refere à declaração da ilegalidade do acordo de colaboração premiada, não deve ser, por ora, acolhido.

No que se refere à acusação formulada contra o servidor do TCU CRISTIANO RONDON, entendo que devem ser encaminhadas cópia dos autos à Justiça Federal no Distrito Federal, tendo em vista se tratar do local da celebração do pacto injusto de corrupção e cooptação.

De fato, no que toca a esse trecho da denúncia, a excessiva quantidade de acusados e a narrativa secundária e pontual de cooptação do servidor do TCU em circunstâncias de tempo e local significativamente distintas da acusação central da organização criminosa dos advogados denunciados impõe a separação do processo, nos termos do art. 80 do CPP, não sendo possível falar em conexão ou influência probatória capaz de ensejar a unidade de processamento e julgamento.

Portanto, concluo pela competência da Justiça Estadual do Rio de Janeiro e da Justiça Federal do DF para supervisionar o processamento dos feitos nos trechos acima descritos.

No mais, ainda que se decidisse pela competência da Justiça Federal no que toca ao processamento integral da denúncia, o que entendo não ser o caso, não há elementos suficientes que permitam concluir pela prevenção da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro, o que constitui uma segunda ilegalidade/nulidade verificada nos presentes autos.

IV.2 - Da ausência de competência por conexão

Além da incompetência da Justiça Federal em relação à quase totalidade dos fatos, também não vislumbro a alegada competência por prevenção do Juízo da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro, o que constitui uma segunda ilegalidade constatada nos autos, já que houve o recebimento da denúncia e a prolação de decisões restritivas dos direitos dos investigados por parte de Juízo que aplicou indevidamente as regras de conexão, assumindo uma competência que não possuía.

Aliás, observo que não é o primeiro caso em que o Juízo da 7ª Vara Federal busca maximizar sua competência em detrimento das regras constitucionais e legais de competência e prevenção.

Nessa linha, esta Segunda Turma decidiu recentemente, em sessão realizada na data 10.11.2020, pela incompetência da Justiça Federal e pela inadequada aplicação das regras de prevenção por parte da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro em caso envolvendo o ex-Promotor de Justiça Flávio Bonazza.

Nesse precedente, reafirmou-se o entendimento que a colaboração premiada não é critério definidor da competência e que fatos dotados de evidente autonomia delitiva e probatória devem ser submetidos à livre distribuição.

Veja-se o teor da ementa:

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Processual penal. 3. Competência e prisão preventiva. 4. Competência da

primeira instância da Justiça Estadual do Rio de Janeiro. Ausência de conexão com a Operação Ponto Final, em trâmite perante a 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. O único vínculo fático-objetivo que sustentaria a tese da conexão instrumental seria a citação do agravado na delação de Lélis Teixeira. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento no sentido de que a colaboração premiada não fixa competência (INQ 4.130, Rel. Min. Cármen Lúcia). Apesar de haver coincidência parcial de réus nessas ações penais, verifica-se que há autonomia na linha de acontecimentos que desvincula os fatos imputados ao paciente dos fatos descritos na Operação Ponto Final. 5. Ilegalidade da prisão preventiva. No caso concreto, a prisão preventiva não está alicerçada em elementos concretos que justifiquem a necessidade de segregação cautelar, tampouco há dados nos autos que indiquem a existência de periculosidade do agravado. Segregação cautelar fundamentada em suposições e ilações. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 181978 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/11/2020)

A discussão subjacente diz respeito à expansão ou universalização da competência da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Entendo que cabe à Turma analisar com cuidado essa questão, tal como vem sendo feito em relação à competência da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR.

É importante que se diga que as defesas dos acusados vêm se insurgindo contra essa estratégia judicial e acusatória há bastante tempo, conforme se observa dos inúmeros questionamentos que constam das ações, recursos e *habeas corpus* ajuizados nesta Corte.

Ou seja, não se trata de um argumento recém-fabricado para se obter a impunidade, mas sim de séria e considerável divergência defensiva contra os métodos heterodoxos, para dizer o mínimo, adotados por esses braços da operação Lava Jato.

O Plenário desta Corte fixou premissas importantes sobre os critérios delimitadores da competência no julgamento da Questão de Ordem no Inquérito 4.130/PR, cuja ementa transcreve-se abaixo:

“[...] A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência.

4. A competência para processar e julgar os crimes delatados pelo colaborador que não sejam conexos com os fatos objeto da investigação matriz dependerá do local em que consumados, de sua natureza e da condição das pessoas incriminadas (prerrogativa de foro).

5. Os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexos ao objeto da investigação primária devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica.

6. A prevenção, essencialmente, não é um critério primário de determinação da competência, mas sim de sua concentração, razão por que, inicialmente, devem ser observadas as regras ordinárias de determinação da competência, tanto *ratione loci* (art. 70, CPP) quanto *ratione materiae*.

[...]

8. A prevenção, nos termos do art. 78, II, c, do Código de Processo Penal, constitui critério residual de aferição da competência.

9. Não haverá prorrogação da competência do juiz processante - alargando-a para que conheça de uma causa para a qual, isoladamente, não seria competente -, se não estiverem presentes i) uma das hipóteses de conexão ou de continência (arts. 76 e 77, CPP) e ii) uma das hipóteses do art. 78, II, do Código de Processo Penal.

10. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, 'a conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente do simples encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal não tem o condão de impor o *unum et idem iudex*'. Do mesmo modo, 'o simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneus processus*' (RHC nº 120.379/RO, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 24/10/14).

11. Ainda que o juízo de origem, com base nos depoimentos do imputado colaborador e nas provas por ele apresentadas, tenha decretado prisões cautelares e ordenado a quebra de sigilos bancário ou fiscal e a realização de busca e apreensão ou de interceptação telefônica, essas medidas, por si sós, não geram sua prevenção, com base no art. 83 do Código de Processo Penal, caso devam ser primariamente aplicadas as regras de competência do art. 70 do Código de Processo Penal (local da consumação) ou do art. 78, II, a ou b, do Código de Processo Penal (determinação do foro prevalente, no caso de conexão ou continência).

[...] 14. O fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem de 'fases da operação Lava-jato' uma sequência de investigações sobre crimes diversos - ainda que sua gênese seja a obtenção de recursos escusos para a obtenção de vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas - não se sobrepõe às normas disciplinadoras da competência".

(...) (Inq 4.130 QO, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe 3.2.2016).

Nesse precedente, assentou-se, em primeiro lugar, que **o fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem determinadas apurações como fases da Operação Lava Jato, a partir de**

uma sequência de investigações sobre crimes diversos, não se sobrepõe às normas disciplinadoras de competência.

Ainda que a gênese dessas operações seja assemelhada, ou seja, para “a obtenção de recursos escusos” e de “vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas”, nos casos em que não constatado o estreito vínculo intersubjetivo, teleológico ou instrumental, não se justifica a atração da 7ª Vara Federal por conexão ou continência.

A modificação da competência fora dessas específicas circunstâncias tem severo impacto sobre o núcleo essencial da garantia do juiz natural, nos termos em que essa garantia é compreendida, conforme acima exposto.

Destaque-se que nenhum órgão jurisdicional pode arvorar-se como juízo universal de todo e qualquer crime relacionado ao desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência.

Ou seja, a competência não pode ser definida a partir de um critério temático e aglutinativo de casos atribuídos aleatoriamente pelos órgãos de persecução e julgamento, como se tudo fizesse parte de um mesmo contexto, independentemente das peculiaridades de cada situação.

Enquanto **meio de obtenção de prova**, os fatos relatados em colaboração premiada, quando não conexos com o objeto do processo que deu origem ao acordo, devem receber o tratamento conferido ao **encontro fortuito de provas**.

Corroborando essa assertiva, o Ministro Teori Zavascki assentou, no julgamento do INQ 4.244, que “o encontro de evidências enquanto se persegue uma linha investigatória não implica, por si só, nenhuma das modalidades de conexão previstas na lei processual”.

Em outro precedente, a Primeira Turma decidiu que “o simples encontro fortuito de prova de infração que não constitui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneus processus*” (RHC 120.379, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 26.8.2014).

Foi inclusive com base nessa *ratio decidendi* que o **Ministro Teori Zavascki** determinou a livre redistribuição do INQ 4.244, que teve origem na colaboração premiada de Alberto Youssef. Naquela oportunidade, o então relator entendeu que feitos não diretamente relacionados com as

fraudes no âmbito da Petrobras não gerariam sua prevenção enquanto responsável pela supervisão da Operação Lava Jato no STF.

Destarte, as mesmas razões que motivaram a inexistência de prevenção do relator responsável pela supervisão da Operação Lava Jato no STF se estendem, inexoravelmente, ao juízo de primeiro grau.

Ademais, não se deve esquecer que a prevenção é critério residual de definição da competência, nos termos do art. 78, II, “c”, do CPP.

Com efeito, a conexão e a continência são *“verdadeiras causas modificadoras da competência e que têm por fundamento a necessidade de reunir os diversos delitos conexos ou os diferentes agentes num mesmo processo, para julgamento simultâneo”* (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Recursos eletrônico – e-book. Posição 6.289).

No mesmo sentido destaca Vicente Grego Filho que *“a conexão e a continência são fatos, resultantes de vínculos entre as infrações penais ou seus agentes, que alteram o caminho ordinário de determinação da competência, impondo a reunião, num mesmo processo, de mais de uma infração ou mais de um agente”* (GRECO FILHO, Vicente. **Curso de Processo Penal**, 2012).

Destacando os critérios que devem nortear a modificação da competência em virtude da conexão instrumental, Gustavo Badaró destaca que:

“parte da doutrina tem entendido que não basta qualquer influência, sendo necessário que haja uma relação de prejudicialidade entre os delitos. Assim, a conexão probatória ou instrumental encontraria o seu fundamento na ‘manifesta prejudicialidade homogênea’.

O exemplo sempre lembrado é o da conexão entre o furto e a receptação, dado que, para se condenar o receptador preciso provar que a coisa adquirida era produto de crime. Assim, o furto é prejudicial em relação à receptação, pelo que ambos devem ser apreciados conjuntamente” (BADARÓ, Gustavo. **Juiz Natural, no Processo Penal**. p. 273)

No que se refere especificamente às prevenções estabelecidas na operação Lava Jato, Fabiana Alves Rodrigues destaca, em já conhecida obra publicada sobre a operação, que os fatos iniciais que deram ensejo à competência da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro se referem a crimes praticados no âmbito da Eletronuclear.

De acordo com a autora, *“o núcleo da Lava Jato do Rio de Janeiro teve início depois que o Supremo Tribunal Federal retirou da Justiça Federal do Paraná uma ação penal envolvendo a Eletronuclear, em novembro de 2015”* (RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. 1ª ed. São Paulo: Editora QMF Martins Fontes, 2020. p. 120).

A autora acrescenta que:

“Por se tratar de fatos envolvendo a Eletronuclear e de crimes que teriam sido praticados na cidade do Rio de Janeiro, sem qualquer conexão com a Petrobras, o ministro [Teori Zavascki] determinou a remessa das investigações à capital fluminense. [...]

Esses desmembramentos iniciais fizeram que fossem mantidos em Curitiba apenas os casos relacionados à Petrobras. O Rio de Janeiro ficou com os casos da Eletronuclear e as investigações dela decorrentes, que, de maneira diferente do núcleo de Curitiba, envolvem fatos criminosos supostamente praticados em território sujeito à atuação da Justiça Federal fluminense” (RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. 1ª ed. São Paulo: Editora QMF Martins Fontes, 2020. p. 120).

Portanto, é importante que se restabeleça a verdade dos fatos para assentar, tal como foi feito com a competência da 13ª Vara Federal, que o caso inicial que justifica a competência e a prevenção da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro se relaciona a ilícitos relativos à Eletronuclear.

É relevante ter em mente essa decisão fundamental para que se possa ancorar todas as alegações subsequentes de competência por prevenção, ou seja, para se verificar se há ou não a alegada ocorrência da *vis attractiva* indicada pela autoridade reclamada para o conhecimento de todos os outros inúmeros casos.

Anote-se que o uso pouco claro e transparente das regras de competência por prevenção tem sido ressaltado pela doutrina. Nessa toada, Fabiana Rodrigues apresenta uma precisa descrição do *modus operandi* da Justiça Federal do Paraná, que também se aplica, por semelhança, às decisões proferidas pela 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

De acordo com a autora:

“As sentenças das ações criminais de Curitiba não esclarecem por que os julgamentos dependeram do conteúdo das provas produzidas na ação. Ou seja, não há indicação de que realmente existia a alegada conexão probatória.” (RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. 1ª ed. São Paulo: Editora QMF Martins Fontes, 2020. p. 225)

Em síntese, tem-se os seguintes critérios para a definição da competência da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro, de forma semelhante ao que já foi estabelecido por esta Suprema Corte em relação à Justiça Federal em Curitiba:

(i) a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração da competência;

(ii) os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexos ao objeto da investigação primária devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas;

(iii) a prevenção não é critério primário de determinação da competência, mas sim de sua concentração, tratando-se de regra de aplicação residual;

(iv) o estabelecimento de um juízo universal para a apuração de desvios envolvendo vantagens indevidas pessoais ou a partidos políticos viola a garantia do juiz natural.

Anote-se que essas regras foram recentemente reafirmadas pelo Tribunal Pleno no julgamento do HC 193.726, no qual a Corte declarou a incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba para processar os feitos envolvendo o ex-Presidente Lula.

Registre-se que a análise das razões que justificam a competência por prevenção/conexão é de extrema importância para a verificação do cumprimento da garantia do juiz natural, pois só é possível saber se os atores do sistema de justiça respeitaram as regras de competência caso os fatos investigados sejam devidamente discriminados, com a indicação dos parâmetros utilizados para justificar a influência probatória, pois *“a influência da prova é o pressuposto para a manutenção de todos os casos com o mesmo juiz”* (RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. 1ª ed. São Paulo: Editora QMF Martins Fontes, 2020. p. 228).

Nessa linha, conforme destaca Fabiana Rodrigues, em análise sobre a 13ª Vara Federal de Curitiba igualmente aplicável à 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro, *“a leitura das decisões judiciais oriundas da Justiça Federal de Curitiba sugere que foi adotada uma ação estratégica para assegurar que os casos da Lava Jato fossem mantidas nessa cidade”* (RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça**. 1ª ed. São Paulo: Editora QMF Martins Fontes, 2020. p. 227).

É precisamente o que entendo ter ocorrido no presente caso, uma vez que não há indícios da necessária relação ou influência probatória do caso em análise com ilícitos praticados no âmbito da Eletronuclear ou nos demais feitos de competência da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

De fato, a denominada “operação Esquema S” se relaciona apenas de forma colateral com os crimes praticados pelo ex-Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, não tendo sido demonstrada a existência dessa íntima conexão instrumental ou probatória.

Com efeito, não se conseguiu demonstrar a existência dessa relação de prejudicialidade ou influência recíproca na denúncia apresentada. Ao contrário, a competência por prevenção foi deduzida com base em argumentos genéricos sobre o vínculo deste caso com as demais ações relativas à operação Lava Jato.

Veja-se que a denúncia inicia fazendo uma exposição das investigações envolvendo SÉRGIO CABRAL e aduz que (eDOC 40, p. 10):

“O complexo de investigações denominado ‘Operação Lava Jato’ no Rio de Janeiro identificou a existência de um esquema de grandes proporções de corrupção de agentes públicos, fraudes a licitação, cartel, evasão de divisas e lavagem de dinheiro no âmbito do Governo do Estado do Rio de Janeiro, tendo sido descobertos a partir dos desdobramentos das operações Calicute (processo no 0509503-57.2016.4.02.5101) e Eficiência (processos no 0015979- 37.2017.4.02.5101 e no 0510282-12.2016.4.02.5101), dessa 7a Vara Federal Criminal.

Nessas operações revelou-se que o ex-governador SERGIO CABRAL FILHO atuou na prática sistemática e estruturada de atos de corrupção, evasão de divisas – mediante engenhoso processo de envio de recursos oriundos de propina para o exterior – e lavagem de dinheiro, que desviaram imensa quantia ainda não totalmente mensurada, da qual mais de U\$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares) ocultados em ativos financeiros no exterior já foram recuperados aos cofres públicos.

Restou claro das investigações que, ao tomar posse como chefe do executivo estadual do Rio de Janeiro, em 01/01/2007, SERGIO CABRAL instituiu e permitiu a

cobrança de propina sobre grande parte dos contratos administrativos celebrados com o Estado (exigência de percentual de 5%, em média, sobre todos os contratos), tendo recebido vantagens indevidas não só de empreiteiros relacionados as obras de construção civil, custeadas ou financiadas, em sua maioria, por recursos federais, mas também de empresários de outros setores de atividade estatal como saúde, alimentação, serviços especializados e transportes públicos.

Em seguida, a peça inicial acusatória passa a identificar os alegados integrantes dessa Orccrim e afirma que (eDOC 40, p. 10):

“O ‘núcleo duro’ da Orccrim era formado pelos principais amigos do líder SERGIO CABRAL, que o acompanharam desde a sua infância, sendo Wilson Carlos pertencente ao núcleo administrativo, responsável pelas solicitações das vantagens indevidas e demais interlocuções espúrias junto ao núcleo econômico (empresários), e Carlos Miranda, Carlos Bezerra, Ary Filho e Sérgio de Castro responsáveis pelo núcleo financeiro, operando a movimentação (recolhimento e distribuição) do dinheiro ilícito.”

Na sequência, a denúncia deixa claro que ORLANDO DINIZ comporia o núcleo duro *“da sua própria Orccrim no âmbito do chamado sistema ‘S’”, ou seja, atuava de forma independente à organização de SÉRGIO CABRAL nos fatos descritos nessa denúncia (eDOC 40, p. 10/11).*

Esse distinto contexto delitivo também é observado ao se cotejar os fatos apurados no âmbito desta operação com aqueles indicados nas ações penais que justificaram a distribuição por prevenção à 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

Isso porque o caso em análise trata de suposto conluio entre advogados para o recebimento, de forma indevida, de vultosas quantias a título de honorários advocatícios.

Já a operação Jabuti (primeiro processo indicado na prevenção) trata da contratação de funcionários fantasmas apontados por SÉRGIO CABRAL a ORLANDO DINIZ, ou seja, fatos absolutamente alheios ao desvio de recursos através do pagamento de honorários advocatícios.

Anote-se que o fato de os pagamentos de honorários advocatícios de ORLANDO DINIZ para ADRIANA ANCELMO terem sido identificados na quebra de sigilo bancário realizada na operação Jabuti não configura circunstância relevante para fins de fixação da competência por conexão/prevenção.

Isso porque se trata de encontro fortuito de provas, ou seja, de dados que não se encontram diretamente vinculados aos fatos apurados na operação Jabuti, de modo que a distribuição desse processo por prevenção não gera qualquer benefício à instrução ou afasta o risco de prolação de decisões contraditórias.

Não é por outro motivo que a jurisprudência do STF afirma que o encontro fortuito de provas não gera conexão processual e nem a distribuição por prevenção, conforme já demonstrado.

Idêntica conclusão se aplica aos crimes apurados no âmbito da operação Calicute, que também foi indicada como justificadora da prevenção. Com efeito, na Calicute apuraram-se crimes de lavagem de dinheiro praticados pela ex-primeira-dama do Rio de Janeiro ADRIANA ANCELMO e demais coinvestigados, mediante investimentos realizados, por exemplo, nas empresas Hotel Portobello Resort e Reginaves. Já o caso em análise trata, conforme já demonstrado, do desvio, da apropriação e da obtenção de vantagens indevidas a partir da celebração de contratos de honorários advocatícios.

Ressalte-se que a existência de conexão probatória não é demonstrada na decisão proferida pelo Juízo reclamado, uma vez que não foram apresentados fundamentos concretos que evidenciem a prorrogação da competência da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

A própria autoridade reclamada reconheceu expressamente a autonomia da Organização Criminosa composta por ORLANDO DINIZ, ao asseverar que *“a partir dos dados colhidos, evidenciou-se que ORLANDO DINIZ, além de integrar a ORCRIM de SÉRGIO CABRAL, compunha sua própria ORCRIM no âmbito do chamado ‘Sistema S’”,* ou seja, atuava de forma independente em relação aos fatos descritos nestes autos (eDOC 49, p. 12).

Dito de outra forma, o Juízo reclamado não apresentou fundamentos suficientes para justificar sua prevenção/competência por conexão, tendo se limitado a aduzir, genericamente, que haveria (eDOC 49. p. 12):

“evidente conexão intersubjetiva e instrumental deste feito com as demais ações penais que compõem a chamada ‘Operação Lava Jato’, em especial a decorrente da Operação Jabuti, ainda em curso neste juízo, de modo que reconheço desde logo a competência deste juízo para o processamento e julgamento deste feito.”

Veja-se que a decisão reclamada se baseia em argumentação genérica e insuficiente para fundamentar a denominada influência ou relação probatória típica da conexão instrumental ou probatória.

Por esses motivos, vislumbro a ocorrência de uma segunda ilegalidade que envolve a incompetência do Juízo reclamado, o que também gera a nulidade dos atos decisórios, nos termos do art. 564, I, c/c art. 567 do CPP (*“Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz; Art. 567. A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente”*).

Mais uma vez, ressalto que a manipulação da competência afeta diretamente a garantia do juiz natural (art. 5º, LIII, da CF/88) e não pode ser admitida no processo penal, onde inexistente interesse meramente privado ou das partes do processo.

IV.3 - Da ilegalidade da busca e apreensão e do *fishing* probatório

A terceira situação de flagrante ilegalidade se refere às medidas de busca e apreensão deflagradas contra os escritórios de advocacia, tal como sustentado pelos reclamantes.

Em relação a essa alegação, percebe-se que não houve a observância aos requisitos legais e nem às prerrogativas da advocacia, com a ampla deflagração de medidas que buscaram “pescar” provas contra os denunciados e possíveis novos investigados, inclusive, nesse ponto específico, em desrespeito às regras do foro por prerrogativa de função.

Com efeito, sabe-se que as regras de inviolabilidade de domicílio e do devido processo legal (art. 5º, XI e LIV, da CF/88) proíbem, a nível constitucional, a devassa indevida dos órgãos de persecução sobre a residência, o local de trabalho ou os bens dos indivíduos em geral. Essa regra é reforçada, a nível infraconstitucional, pela previsão do art. 240 do CPP.

Em relação à advocacia, a relevância dessa atividade para a defesa da ordem democrática e do Estado de Direito (art. 133 do CF/88), bem como a importância da relação cliente/advogado para o exercício do direito de defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88), fez com que o legislador estabelecesse uma proteção reforçada, conforme se observa do art. 7º, II, c/c §6º, da Lei 8.906/94.

Transcrevo o teor dos dispositivos legais:

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;

e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;

f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;

g) apreender pessoas vítimas de crimes;

h) colher qualquer elemento de convicção.

ESTATUTO DA OAB

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

II – A inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

[...]

§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, **expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.**

Veja-se que a interpretação sistemática das normas legais demonstra que a decretação de busca e apreensão contra advogados, no exercício de sua profissão, está condicionada à existência de fundadas razões, decisão motivada e delimitação específica do objetivo da diligência e dos locais

atingidos, para que não se atinjam objetos relativos à relação advogado/cliente de terceiros não investigados.

Ao destacar as exigências legais que norteiam as buscas e apreensões, Aury Lopes Jr. registrar ser *“inadmissível o mandado incerto, vago ou genérico”* (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Recurso eletrônico. Posição. 11058).

De forma mais detalhada, esclarece o autor que:

“Como ato decisório, o mandado judicial deve ser devidamente fundamentado, nos termos do art. 93, IX, da Constituição, não bastando, por elementar, instrumentos padronizados ou formulários. A decisão judicial que a decreta deve ser muito bem fundamentada, apontando os elementos que a legitima, sua necessidade probatória e razões que amparam essa decisão.

A inobservância dessas regras conduz à ilicitude da prova obtida. Como muito bem sintetiza BASTOS PITOMBO, eventual resultado positivo da busca e da apreensão não torna válida decisão abusiva e ilegal. Seguindo com a autora, concluímos que mandado vazio é perigoso e difícil de debelar-se. Autoritário, traz risco ínsito, arraigado na forma. Arbitrária e sem eficácia mostra-se a busca que desatenda aos aludidos preceitos legais. E sem serventia a apreensão dela decorrente” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Recurso eletrônico. Posição 11066).

Ainda no que se refere especificamente às buscas deflagradas contra advogados, o CPP também reforça, em seu art. 243, §2º, que *“Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.”*

Ao tratar desse artigo, Aury Lopes reforça, mais uma vez, que:

“Não se pode esquecer, ainda, que a busca em escritório de advocacia significa a violação de (mais um) direito fundamental: a ampla defesa, prevista no art. 5º, LV, da Constituição. Afeta, mais especificamente, a garantia da defesa técnica, que ao lado da defesa pessoal integralizam o direito de ampla defesa constitucionalmente assegurado” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Posição 11115)

Destaque-se que a jurisprudência do STF confere uma interpretação estrita e rígida às normas que possibilitam a realização de busca e apreensão, em especial quando direcionadas a advogados no exercício de sua profissão, conforme se observa das decisões abaixo transcritas:

“HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO FUNDAMENTADA. VERIFICAÇÃO DE QUE NO LOCAL FUNCIONAVA ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO MAGISTRADO ANTES DA EXECUÇÃO DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO EM SITUAÇÃO DISTINTA DAQUELA DETERMINADA NA ORDEM JUDICIAL. NULIDADE DAS PROVAS COLHIDAS. ORDEM CONCEDIDA. 1. O sigilo profissional constitucionalmente determinado não exclui a possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. O local de trabalho do advogado, desde que este seja investigado, pode ser alvo de busca e apreensão, observando-se os limites impostos pela autoridade judicial. **2. Tratando-se de local onde existem documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados, é indispensável a especificação do âmbito de abrangência da medida, que não poderá ser executada sobre a esfera de direitos de não investigados.** 3. Equívoco quanto à indicação do escritório profissional do

paciente, como seu endereço residencial, deve ser prontamente comunicado ao magistrado para adequação da ordem em relação às cautelas necessárias, sob pena de tornar nulas as provas oriundas da medida e todas as outras exclusivamente delas decorrentes. 4. Ordem concedida para declarar a nulidade das provas oriundas da busca e apreensão no escritório de advocacia do paciente, devendo o material colhido ser desentranhado dos autos do INQ 544 em curso no STJ e devolvido ao paciente, sem que tais provas, bem assim quaisquer das informações oriundas da execução da medida, possam ser usadas em relação ao paciente ou a qualquer outro investigado, nesta ou em outra investigação.

(HC 91610, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe-200 DIVULG 21-10-2010 PUBLIC 22-10-2010 EMENT VOL-02420-02 PP-00237 RTJ VOL-00216-01 PP-00346)

“O paciente é advogado e tem o seu sigilo profissional legalmente estabelecido, e não se pode pretender acesso a seu telefone, no qual se podem conter informações outras que não vinculadas aos fatos investigados pela Comissão Parlamentar de Inquérito e que estejam acobertadas pela garantia de direitos de terceiros. [...]

Não se está a impedir que se processe investigação de condutas ilícitas praticadas no exercício de qualquer profissão, **mas não se podem afastar prerrogativas constitucionais e legais dos advogados.**” (STF, HC 171.508-MC, Decisão Monocrática, Min. Cármen Lúcia, j. 20.5.2019)

Anote-se ainda que as limitações à deflagração de medidas de busca e apreensão genéricas encontram correspondência em outros ordenamentos jurídicos que são reconhecidos pelo alto nível de proteção dos direitos fundamentais dos investigados.

Discorrendo sobre os requisitos necessários à busca e apreensão nos Estados Unidos, Viviani Ghizoni, Philippe Benoni e Alexandre Morais da Rosa escrevem que:

“No sistema estadunidense, quando a promotoria ou a política entende necessária a investigação, deve requerer o mandado mediante apresentação de evidência bastante para embasar a atividade pretendida, visto que o juiz somente expedirá a ordem caso repute que exista base factual suficiente. No caso de requerimento de mandado de busca e apreensão, avalia-se a aptidão do que foi apresentado para estabelecer a chamada ‘causa provável’, a probabilidade de que dada infração foi cometida e que provas dessa infração podem ser encontradas no lugar específico onde se pretende realizar a busca” (DA SILVA, Viviani Ghizoni; SILVA, Phelipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Morais da. **Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: Um dilema oculto do processo penal**. 1ª ed. Florianópolis: Emais, 2019. p. 39).

De acordo com os autores, desde o precedente firmado no caso *United States v. Nixon* (1974), a Suprema Corte norte-americana submete os pedidos de busca e apreensão a um “teste” formado pelas seguintes etapas, no qual os órgãos de persecução devem demonstrar:

- (1) que os documentos almejados constituem prova relevante;
- (2) que não é razoavelmente possível a sua obtenção por outros meios;
- (3) que a parte não consegue preparar-se propriamente para o julgamento sem essa prévia produção e inspeção, e que o insucesso em obter essa prova pode atrasar de forma desarrazoada o julgamento;

(4) que a solicitação é feita de boa-fé e que não se pretende empreender em uma genérica *fishing expedition*. (DA SILVA, Viviani Ghizoni; SILVA, Phelipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Morais da. **Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: Um dilema oculto do processo penal**. 1ª ed. Florianópolis: Emais, 2019. p. 39-40)

Registre-se que essas regras e orientações dos tribunais nacionais e estrangeiros devem ser objeto de constante atenção e preocupação por parte dos operadores jurídicos, em especial quando se compara as esferas do âmbito normativo com a realidade da persecução penal no Brasil, no qual notícias divulgadas pelos meios de comunicação e pelos canais das instituições oficiais noticiam a existência de amplíssimos arquivos de documentação e monitoramento de cidadãos.

A título de exemplo, destaco que a Procuradoria-Geral da República (PGR) apurou a existência de 350 *terabytes* e 38 mil pessoas catalogadas no banco de dados da extinta força tarefa da Lava Jato de Curitiba (<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/curitiba-tem-350-terabytes-e-38-mil-pessoas-la-com-seus-dados-depositados-diz-aras-sobre-pedido-de-acesso-a-banco-da-lava-jato-assista-pgr-no-grupo-prerrogativas/>).

No que se refere especificamente ao caso em análise, notícias e vídeos divulgados pelos meios de comunicação demonstram a existência de fundadas suspeitas de manipulação dos termos do acordo de colaboração premiada celebrado entre o MPF/RJ e ORLANDO DINIZ, com o nítido de ampliar a investigação *ad infinitum*.

Nos vídeos divulgados, é possível constatar que os Procuradores da extinta Força Tarefa da Lava Jato no Rio de Janeiro tentam, a todo momento, direcionar e induzir as respostas do colaborador a objetivos pré-estabelecidos.

A transcrição dos trechos degravados desses vídeos foi publicada no portal jurídico Conjur. A reportagem registra que:

“o Ministério Público Federal dirigiu as respostas do delator. Em muitos momentos, é a procuradora Renata Ribeiro Baptista quem explica a Diniz o que ele quis dizer. Quando o delator discorda do texto atribuído a ele, os procuradores desconversam, afirmando que vão detalhar nos anexos.

Diniz diz que os contratos fechados com o escritório de Cristiano Zanin foram ‘legais’. A procuradora o convence de que ele deve dizer que foram ilegais. ‘Foram formais, mas ilegais’, ela dirige. Diniz concorda. Mais à frente, ele diz para ela colocar o que quiser: ‘Fica a seu critério’.

Quando, a certa altura, Diniz corrige a "informação" de que a mulher de Sérgio Cabral, Adriana Ancelmo, faria parte do "núcleo duro" do suposto esquema, um procurador chega a intimidar o delator, insinuando que ele está tentando proteger Ancelmo.

Em determinado momento, Diniz afirma: ‘essa frase parece que ficou meia solta’. A procuradora responde: "Eu aproveitei ela do seu anexo" — o que mostra que ela reescreveu a delação.

Quando os procuradores pedem para Diniz detalhar o retorno dos escritórios sobre os serviços jurídicos prestados, o procurador choca-se com o delator: ‘Ou todos os escritórios fizeram a mesma coisa ou nenhum deles fez nada’, diz, bancando uma contradição lógica. ‘Mas a gente detalha isso nos anexos de cada escritório’, tergiversa o procurador, o que é feito sempre que o delator discorda do texto atribuído a ele.

Os vídeos, divulgados pelo site O Antagonista, mostram um Orlando Diniz inseguro. O delator chega a corrigir algumas passagens e mostrar discordância. Os ajustes das versões são feitos ali, na hora. Diniz não entende trechos do texto que é atribuído a ele. Os procuradores

explicam o que ele tem de referendar, como se fosse a primeira vez que ele ouvia aquilo.” (<https://www.conjur.com.br/2020-set-15/procuradores-dirigiram-delacao-orlando-diniz-mostram-videos>)

A análise dos vídeos e de suas transcrições demonstra que houve uma tentativa de se ampliar artificialmente a acusação para um número elevado de escritórios de advocacia (“**Ou todos os escritórios fizeram a mesma coisa ou nenhum deles fez nada**”), o que constitui estratégia de *fishing expedition* que se refletiu sobre as medidas de busca e apreensão deflagradas.

Além disso, nova reportagem divulgada pelo Conjur na data de ontem (26.4.2020) dá conta de que o então Presidente da Confederação Nacional do Comércio, Antônio Oliveira Santos, que se encontrava em litígio com Orlando Diniz pelo controle da Confederação, era um grande apoiador das “10 Medidas de Combate à Corrupção”, tendo patrocinado inúmeras palestras de Sérgio Moro e de Procuradores da República da Lava Jato perante o país (<https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/mpf-fabricou-delacao-rio-janeiro-immobilizar-advogados>).

Portanto, há fundadas suspeitas da realização de medidas de pescaria probatória e da adoção de comportamentos estratégicos de persecução penal, em conflito de interesses, por parte de agentes públicos e privados que pretendiam investigar Orlando Diniz e seus defensores.

No que se à loteria probatória, anoto que o conceito jurídico de *fishing expedition* nos Estados Unidos compreende a ideia de um inquérito ou uma busca e apreensão desnecessariamente extensa ou não relacionada ao processo (DA SILVA, Viviani Ghizoni; SILVA, Phelipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Morais da. **Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão**: Um dilema oculto do processo penal. 1ª ed. Florianópolis: Emais, 2019. p. 40).

Também pode ser compreendido como “*uma investigação que não segue o objetivo declarado, mas espera descobrir uma prova incriminadora ou digna de apreciação*”, ou, ainda, uma investigação realizada “*sem definição ou propósito, na esperança de expor informação útil*” (DA SILVA, Viviani Ghizoni;

SILVA, Phelipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Moraes da. **Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão**: Um dilema oculto do processo penal. 1ª ed. Florianópolis: Ematis, 2019. p. 40).

Na jurisprudência nacional, o conceito de *fishing expediton* foi delimitado nos autos do *Habeas Corpus* 0073.182-68.2013.8.26.0000, julgado pelo TJSP. Nesse julgamento, o Desembargador Amado de Faria assentou que:

“*Fishing expedition* (expediente de pesca) é um termo legal informal usado pela defesa para se referir cnicamente à tentativa da promotoria em realizar buscas mais intrusivas nas instalações, na pessoa, ou nas possessões de um réu quando (na opinião da defesa), não há causa provável suficiente para realizar tal busca.” (TJSP, HC 0073.182-68.2013.8.26.0000, Rel. Des. Alberto Leme Carvalheiro, j. 16.7.2013).

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fez-se menção ao conceito de *fishing expedition* no julgamento do HC 137.828 (Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.12.2016), no qual se discutia a ilicitude de interceptação telefônica não fundamentada em provas razoáveis.

No AgRg-INQ 2245 (Red. p. o acórdão Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 29.11.2006), também julgado por esta Corte, o Tribunal decidiu pela ilegalidade da quebra de sigilo bancário com base em lista genérica de pessoas que fizeram uso de conta titularizada por pessoa jurídica.

Nesse julgamento, rejeitou-se essa ampla e indiscriminada devassa da privacidade que se encontra na base da compreensão da proibição do *fishing expedition*, embora sem se fazer menção expressa a essa nomenclatura.

Destaque-se que o eventual encontro fortuito de provas não exclui a ilicitude da pescaria probatória. Na verdade, a proibição do *fishing expedition* busca exatamente coibir essa conduta dos agentes públicos de buscar provas relativas a fatos não investigados com base em medidas de disfarçada ilegalidade.

Ademais, é importante que se diga que esse tipo de estratégia de *lawfare* é comumente combinada com a exploração ostensiva da cobertura midiática, em verdadeira publicidade opressiva levada a efeito para manipular a opinião pública e pressionar os órgãos julgadores.

Ao denunciar essa situação, Viviani Ghizoni, Phelipe Benoni e Alexandre Morais da Rosa registram, com absoluta precisão, que:

“Para impressionar e tentar justificar o ato abusivo ocorrido com o *fishing expedition*, os investigadores exibem para o público (o processo que fique por último) as ‘provas’ que foram obtidas. E, antes que a defesa tenha vista dos autos, os ‘peixes’ já foram expostos nos jornais ou redes sociais. Com isso, pretendem manipular a mentalidade do julgador para, através de uma prova ilícita, tentar fazê-lo agir em nome do povo e alcançarem a condenação, sob um argumento de justiça moral da decisão. Com as vênias de estilo, entendemos que se trata de um ‘traço patológico, onde os fanáticos pela vitória se apresentam ao processo como jogadores viciados pela satisfação pessoal. Assim, por entenderem que estão imbuídos de uma missão divina, porque acreditam estar lutando no time do bem contra o mal, vira uma guerra onde tudo vale” (DA SILVA, Viviani Ghizoni; SILVA, Phelipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Morais da. **Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: Um dilema oculto do processo penal**. 1ª ed. Florianópolis: Ematis, 2019. p. 50).

Em suma, “trazer a público provas que são obtidas ilicitamente é prática típica de *lawfare*, onde o acusador emprega manobras para burlar o sistema jurídico e alcançar a condenação a qualquer custo” (DA SILVA, Viviani Ghizoni; SILVA, Phelipe Benoni Melo e; ROSA, Alexandre Morais da. **Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: Um dilema oculto do processo penal**. 1ª ed. Florianópolis: Ematis, 2019. p. 51).

Portanto, não se pode admitir esse tipo de ação, os fins não justificam os meios. Conforme assentado pelo Min. Celso de Mello no RHC 90.367, “a ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do ‘due process of law’” (STF, RHC 90.367/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 3.4.2007).

No caso em análise, entendo que essas diretrizes não foram observadas nas amplíssimas e desarrazoadas medidas de busca e apreensão deferidas pela autoridade reclamada.

Nesse sentido, é interessante observar, tal como ressaltado pelos reclamantes, que a denúncia subjacente ao presente caso foi apresentada em **28.8.2020**.

Por sua vez, o pedido de busca e apreensão foi deferido em **24.8.2020** e executado apenas em **9.9.2020**, o que significa dizer que essa medida de investigação prévia foi executada após a formalização da denúncia contra os advogados, em uma evidente inversão processual.

Entendo que assiste razão à defesa quando aduz que a produção probatória após o oferecimento da denúncia deve ocorrer em juízo, com as garantias do contraditório e da ampla defesa. Essa é a *ratio* que se extrai do art. 394 e seguintes do CPP.

Com efeito, a ampla realização de medidas de busca e apreensão após a formalização da denúncia, que pressupõe a colheita de um lastro probatório mínimo e o encerramento da fase investigatória, já indica o objetivo de expandir a acusação, em indevida prática de *fishing probatório*.

Essa impressão inicial é confirmada ao se analisar a decisão que deferiu a busca e apreensão, na qual a autoridade reclamada determinou a realização de buscas e apreensões contra praticamente **setenta escritórios e advogados** com base em fundamentação genérica e não delimitada.

Com efeito, para autorizar as medidas invasivas requeridas pelo MPF, a autoridade reclamada se utilizou dos seguintes fundamentos fáticos e jurídicos (eDOC 66, p. 40/42):

“A Constituição Federal garante a inviolabilidade dos advogados em razão da natureza do exercício da profissão [...] No entanto, tal inviolabilidade não pode ser tida como absoluta. O próprio Estatuto da OAB prevê a possibilidade excepcional de afastamento da garantia [...]

Ou seja, a garantia constitucionalmente assegurada não pode ser utilizada como escudo para a prática de atividades ilícitas pelos profissionais que exercem a atividade jurídica. [...]

Em suma, cotejando os elementos probatórios acostados pelo órgão ministerial e a fundamentação explicitada alhures é indubitável a extrema importância da autorização da busca e apreensão nos endereços dos investigados.

Isso porque, há indícios do cometimento dos delitos de corrupção, peculato, exploração de prestígio, lavagem de capital e organização criminosa, sendo, pois, a medida de busca é meio hábil para reforçar a investigação e, por conseguinte, indicar a autoria e materialidade dos delitos imputados.”

Observe-se que não há a indicação de fundamentos fáticos e jurídicos que justifiquem a ampla operação de busca e apreensão realizada. Ou seja, não há a demonstração e nem a especificação da necessidade da medida em cada um dos locais invadidos à força.

Destarte, não há a indicação das fundadas razões, de decisão adequadamente motivada ou da delimitação do objeto. Não se demonstrou a imprescindibilidade *in concreto* da medida para o processamento dos fatos e restou demonstrada a inequívoca prática da pescaria probatória.

A própria autoridade reclamada confirma essa intenção ao afirmar que a busca e apreensão visava a “*arrecadação de todas as provas possíveis*”, de forma geral, ampla e não circunstanciada (eDOC 66, p. 42).

Diante desse contexto, a ressalva que consta da decisão judicial de que o afastamento excepcional da inviolabilidade dos advogados deveria se relacionar apenas a eventuais documentos indicativos da prática de crimes (eDOC 66, p. 42) é inserido apenas como elemento retórico para tentar evitar a anulação da decisão judicial.

Outra ilegalidade flagrante na busca determinada se refere à autorização para ingresso na casa do então desembargador do Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas, Hermann de Almeida Mello.

Nesse caso, a jurisprudência do STF entende que cabe às instâncias inferiores remeter os autos ao Tribunal competente para que decida sobre a sua própria competência.

A *ratio decidendi* desse entendimento é que cabe apenas aos Tribunais Superiores decidir se há ou não a incidência das regras do foro especial que justificam a sua atuação, não sendo atribuição das instâncias inferiores determinar o desmembramento de fatos envolvendo autoridades com foro por prerrogativa ou decidir sobre a competência dos Tribunais.

Nessa linha, o Ministro Teori Zavascki afirmou, em memorável precedente, que “Cabe apenas ao próprio tribunal ao qual toca o foro por prerrogativa de função promover, sempre que possível, o desmembramento de inquérito e peças de investigação correspondentes, para manter sob sua jurisdição, em regra, apenas o que envolva autoridade com prerrogativa de foro, segundo as circunstâncias de cada caso” (INQ 4.104, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T, j. 22.11.2016).

Em outro precedente, o mesmo Min. Teori anotou que “O Plenário desta Suprema Corte mais de uma vez já decidiu que ‘é de ser tido por afrontoso à competência do STF o ato da autoridade reclamada que desmembrou o inquérito, deslocando o julgamento do parlamentar e prosseguindo quanto aos demais’ (Rcl. 1121, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2000)” (AP 871-QO, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T, j. 10.6.2014).

No *Habeas Corpus* 151.605 (Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 20.3.2018), esta Segunda Turma decidiu pela ineficácia das provas decorrentes de acordo de colaboração premiada e pela ilegalidade de

inquérito instaurado contra Governador do Estado em inobservâncias às regras de competência do STJ.

Portanto, caberia à autoridade reclamada remeter os autos ao STJ para analisar o pedido de busca e apreensão em relação ao Desembargador Eleitoral Hermann Mello, ao invés de determinar o ingresso forçado na residência de autoridade com foro por prerrogativa de função perante aquele Tribunal (art. 105, I, “a”, da CF/88).

Não cabe à primeira instância afirmar, pela sua própria vontade, que não se trata de competência do STJ “*pela interpretação trazida pela Questão de Ordem na Ação Penal nº 937*” (eDOC 66, p. 4), sob pena, reitere-se, de usurpação da competência do STJ para decidir sobre sua própria competência.

Além do caso de Hermann Mello, Bretas também ordenou a realização de buscas e apreensões na casa de Ana Basílio, que é casada com o Desembargador Federal André Fontes, que era Presidente do TRF-2ª Região à época da diligência, ou seja, Presidente do próprio Tribunal ao qual a autoridade reclamada era vinculada (<https://www.conjur.com.br/2020-set-19/bretas-ignorou-foro-ordenar-buscas-casas-desembargadores>).

Na mesma oportunidade, também foram realizadas buscas na casa da Desembargadora do TRF-3 Mônica Autran Nobre, que é casada com outro advogado investigado (<https://www.conjur.com.br/2020-set-20/bretas-ordenou-busca-ilegal-casa-desembargadora-trf>).

Todas essas circunstâncias reforçam a absoluta ilegalidade e incompetência das buscas deflagradas pela autoridade reclamada, em nítida usurpação da competência do STJ, prevista pelo art. 105, I, “a”, da CF/88.

Portanto, a amplitude, não delimitação e incompetência da autoridade reclamada para deflagrar as buscas e apreensões determinadas nos autos da ação penal sob julgamento levam-me a concluir pela anulação da diligência e das provas decorrentes, tal como pleiteado pelo reclamante.

Por todos esses motivos, voto pela declaração da ilicitude das buscas e apreensões realizadas e das provas decorrentes dessa diligência, nos termos do art. 5º, LVI, da CF/88.

IV.4 - Da ilegalidade dos valores bloqueados a título de dano moral coletivo

Também observo que a denúncia recebida pela autoridade reclamada imputa aos advogados a prática do crime de lavagem de capitais, previsto no art. 1º, c/c §4º, da Lei 9.613/1998.

Em relação a esse capítulo acusatório, enxergo certa dificuldade em constatar a existência de atos autônomos de lavagem. Entendo ser importante ressaltar esse ponto, pois tem-se verificado uma tendência à dupla acusação pelo mesmo fato, sem a apresentação de circunstâncias distintivas capazes de caracterizar o crime de lavagem.

Faço esse registro apenas a título de *obiter dictum*, já que a anulação dos atos decisórios e a remessa do feito à Justiça Estadual demandará a reavaliação/refazimento de toda a peça inicial acusatória.

Ademais, não consta dos autos impugnação específica sobre a acusação de lavagem, de modo que qualquer incursão mais incisiva sobre esse tema significaria uma antecipação de eventual questão que poderá e deverá ser oportunamente enfrentada.

Por outro lado, distinta é a situação no que se refere à medida abusiva e ilegal de bloqueio em duplicidade dos valores supostamente desviados pelos advogados denunciados, o que foi trazido nos autos pelos réus e pôde ser facilmente vislumbrado, inclusive *ex officio*, a partir da decisão que decretou a indisponibilidade de bens e valores (eDOC 108).

No que se refere a esse ponto, a autoridade reclamada justificou esse excesso construtivo do patrimônio dos advogados investigados com base na ocorrência do dano moral coletivo, fixado em sede de incidente processual pelo mesmo valor do dano material supostamente praticado por cada um dos réus.

Transcrevo o trecho da decisão reclamada no que se refere a esse ponto (eDOC 108, p. 24):

“nas fls. 108/122 da representação do MPF (evento 1, INIC1), o órgão ministerial destacou individualmente cada valor operado pelos ora investigados em cada um dos fatos criminosos citados, tudo embasado nos elementos probatórios acostados.

Dessa forma, verifico que os montantes indicados pelo MPF, inclusive com o apontamento para as pessoas jurídicas vinculadas a cada investigado (escritórios de advocacia), de fato, correspondem às situações relatadas e ao *quantum* apurado pela Receita Federal em cada relatório de pesquisa e investigação elaborado, razão pela qual entendo cabível que a presente medida recaia sobre tais valores.

Outrossim, como venho assinalando em casos anteriores, quando se trata de prejuízo a toda coletividade, como parece ser o caso, principalmente porque envolve suposto desvio de numerário de entidade paraestatal voltada para o desenvolvimento e bem-estar da população, mostra-se pertinente a **fixação de quantia referente ao dano moral em valor** semelhante ao da reparação.

Destaca-se que os recursos do chamado Sistema S têm origem em contribuição compulsória paga pelos empregadores do comércio, incidente sobre a folha de salários, conforme previsão no art. 240 da Constituição Federal, **sendo, indubitável a necessidade de** arbitrar dano moral mínimo, razão pela qual estabeleço para cada investigado o mesmo **montante da reparação a título de dano moral.**”

A leitura desse trecho da decisão indica que houve a atuação *ex officio* do magistrado na realização desses bloqueios sobre os valores fixados a título de dano moral, o que já demonstra ser uma questão problemática sob a perspectiva do sistema acusatório, ainda que exista previsão legal para tanto.

Além dessa atuação *ex officio*, é importante registrar que há precedentes desta Segunda Turma que entendem ser impossível fixar danos morais coletivos no âmbito do processo penal, tendo em vista o limitado âmbito de cognição dessa ação para tratar de reparações coletivas, o que é reforçado pela leitura da norma do art. 387, IV, do CPP, quando aduz que a sentença “fixará **valor mínimo** para reparação dos danos causados pela infração” (AP 996, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/05/2018).

A definição do alcance dessa norma estabelecida no julgamento da AP 966 é que a fixação desse **piso indenizatório** deve abranger apenas prejuízos efetivamente comprovados durante o processo, com a submissão dessa questão ao contraditório das partes.

Destarte, quando não há elementos indicativos da existência desse prejuízo ou parâmetros mínimos para arbitramento do dano moral coletivo, essa questão deve ser resolvida pelo juízo cível.

No caso em análise, a decisão recorrida não só deixou de apontar elementos concretos para a definição desses parâmetros e prejuízos, como arbitrou tal valor, por simples presunção, no primeiro ato do processo, em evidente inversão processual que sequer ocorre nas ações cíveis especificamente ajuizadas para a tutela de danos coletivos.

Mas mesmo deixando-se de lado esses dois primeiros pontos, o que demonstra de forma inequívoca a ilegalidade da conduta da autoridade reclamada é o fato que esse alegado “dano moral coletivo” não configura **produto ou proveito** do crime, para fins do disposto no art. 4º da Lei 9.613/98 e art. 125 do CPP.

Ou seja, não há autorização legal para se sequestrar ou arrestar previamente bens que não se enquadrem nessas categorias de vantagem ou resultado imediato do delito, de modo que ainda que tais valores pudessem ser fixados em sede de sentença, o que considero apenas *ad argumentantum tantum*, há flagrante ilegalidade na apreensão ou indisponibilidade cautelar desses valores.

Destaque-se que a doutrina majoritária aponta para a inexistência de medidas cautelares inominadas ou de um poder geral de cautela, já que

“no processo penal, forma é garantia” (LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. Recurso eletrônico – e-book. Posição 12.459).

De acordo com Aury Lopes Jr.:

“não há espaço para ‘poderes gerais’, pois, todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma geral. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o due process of law estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder” (LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. Recurso eletrônico – e-book. Posição 12.459-12.466).

Portanto, proponho o acolhimento em parte dos pedidos formulados pelos advogados para determinar a exclusão da apreensão cautelar de valores a título de dano moral coletivo.

Nessa perspectiva, entendo que a autoridade reclamada deverá excluir a ordem de restrição sobre o montante bloqueado a título de danos morais antes de enviar os autos à Justiça Estadual.

Destaque-se que a exclusão desse bloqueio sobre os danos morais atende, em parte, aos requerimentos efetuados pelos próprios advogados investigados. Contudo, caso esta Turma entenda que esse pedido não se encontra delimitado pelo objeto da reclamação, proponho inclusive a concessão de *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 193, II, do RISTF e art. 654, §2º, do CPP.

No que se refere ao pedido de desbloqueio integral formulado pelos causídicos, entendo que tal medida deverá ser inicialmente analisada pelo Ministério Público Estadual e pelo Juiz Estadual a quem o processo for distribuído, que terão condições de analisar esse pedido à luz da ampla cognição de mérito atribuída ao promotor natural e juiz natural da causa.

Ou seja, caberá a esses órgãos analisar detidamente se há indícios suficientes da prática dos crimes investigados ou em quais casos existem esses indícios suficientes à manutenção dos bloqueios.

Por todos esses motivos, voto pela concessão de *habeas corpus* de ofício, nos termos acima propostos.

V – Síntese do voto

Em suma, entendo que a presente reclamação deve ser julgada parcialmente procedente, tendo em vista:

I) a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar crimes envolvendo valores desviados das entidades do “sistema S”, nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte, o que constitui uma primeira nulidade por incompetência da autoridade reclamada;

II) a incompetência por prevenção da 7ª Vara Federal para processar e julgar os referidos crimes, também de acordo com os precedentes firmados pelo STF sobre os critérios definidores das atribuições das Varas Federais responsáveis pelo julgamento dos feitos relativos à denominada operação Lava Jato, o que constitui uma segunda nulidade praticada pela autoridade reclamada;

III) a competência da Justiça Federal do Distrito Federal e do STJ para decidir sobre as acusações de corrupção imputadas ao servidor do TCU Cristiano Rondon e aos crimes imputados contra o Desembargador Eleitoral Herman Mello;

IV) a ilegalidade das amplas e inespecíficas medidas de busca e apreensão deflagradas contra os advogados denunciados, em evidente tática de *fishing expedition* e com violação às prerrogativas da advocacia, além do cumprimento da medida na residência de Desembargadores Federais;

V) a flagrante ilegalidade no bloqueio cautelar de bens para futura reparação de danos morais coletivos.

É com base nesses fundamentos que encaminho a conclusão do voto.

VI - Conclusão

Ante o exposto, voto pela parcial procedência da reclamação e pelo desprovemento do agravo interposto pela PGR para:

a) indeferir o pedido de suspensão/adiamento do julgamento do feito formulado pelo *Parquet*;

b) reconhecer a incompetência da autoridade reclamada para processar e julgar os fatos e determinar a remessa dos autos relativos à presente operação para a Justiça Estadual no Rio de Janeiro, salvo em relação à acusação formulada contra o servidor do TCU CRISTIANO RONDON e contra o Desembargador Eleitoral Hermann Mello, que devem ser encaminhadas à Justiça Federal em Brasília e ao STJ, respectivamente;

c) declarar a nulidade de todos os atos decisórios praticados pela autoridade reclamada na ação penal e nos incidentes vinculados, com base nos arts. 564 e 567 do CPP, ressalvada apenas a eficácia parcial da ordem de bloqueio de valores, nos termos do item “f” *infra*;

d) determinar a nulidade da medida de busca e apreensão e das provas dela decorrentes em virtude da caracterização de hipótese de *fishing probatório* e da violação às prerrogativas da advocacia, com a devolução dos itens apreendidos aos seus respectivos proprietários;

e) deferir em parte os pedidos de desbloqueio formulados para determinar a liberação dos valores cautelarmente apreendidos a título de danos morais coletivos, inclusive mediante a eventual concessão de *habeas corpus* de ofício;

f) determinar à autoridade reclamada que proceda à liberação parcial dos valores descritos no item “e” e mantenha a constrição sobre os demais bens de propriedade dos denunciados, até ulterior decisão do juiz competente ou nova apreciação da questão por parte das instâncias revisoras.

RCL 43479 / RJ

É como voto.