

HC/132059 - MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS

Classe: HC
Procedência: RIO GRANDE DO SUL
Relator: MIN. MARCO AURÉLIO
Partes: PACTE.(S) - S W
IMPTE.(S) - ALEXANDRE WUNDERLICH
COATOR(A/S)(ES) - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Matéria: DIREITO PROCESSUAL PENAL | Ação Penal | Provas | Prova Ilícita

DECISÃO

AUTUAÇÃO – RETIFICAÇÃO.

**PROVA ILÍCITA – EXAME –
COLEGIADO.**

**PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA –
RECEIO – PRINCÍPIO DA NÃO
CULPABILIDADE.**

**JULGAMENTO CONJUNTO – RECURSO
EXTRAORDINÁRIO – PREJUÍZO.**

**HABEAS CORPUS – LIMINAR –
DEFERIMENTO PARCIAL.**

1. O assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza prestou as seguintes informações:

O paciente foi denunciado, no processo nº 2007.71.00.030617-3, ante a suposta prática do delito versado no artigo 22 (efetuar operação de câmbio irregular, a fim de promover evasão de divisas) da Lei nº 7.492/1986. Narrou-se, na peça acusatória, a remessa de US\$ 533.373,23 ao exterior, no período de abril de 2001 a setembro de 2004, por meio de

instituição não autorizada e sem declaração da movimentação financeira às autoridades competentes, revelada a partir da apreensão de computador em poder do corréu Alfredo Timm de Souza.

O Juízo da Primeira Vara Federal Criminal Sistema Financeiro Nacional de Porto Alegre, Seção Judiciária do Rio Grande do Sul/RS, o condenou a 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 107 dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade.

A Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar as apelações da defesa e do Ministério Público Federal, declarou extinta a punibilidade em virtude da prescrição retroativa. Assentou ter transcorrido o prazo de 4 anos, desconsiderando o acréscimo decorrente da continuidade delitiva entre a data do último fato – 1º de setembro de 2004 – e a do recebimento da denúncia – 15 de abril de 2009.

A defesa interpôs embargos infringentes e de nulidade – apontando voto no sentido da absolvição, por deficiência de provas –, desprovidos pelo Colegiado.

Foram protocolados recursos especiais pela defesa e pelo Ministério Público Federal. A primeira aduziu a ilicitude da prova, consubstanciada em suposta alteração, enquanto sob custódia policial, dos arquivos do disco rígido apreendido, e o segundo, erronia na fixação da pena-base e na extinção da punibilidade. A Sexta Turma desproveu o recurso da defesa e proveu o da acusação, afastando a prescrição. Entendeu necessária a modificação da sanção mínima para 2 anos e 3 meses, levando em conta as consequências do delito. Salientou que a cópia das mídias de informática busca assegurar a perpetuação e a idoneidade da prova, inexistindo determinação legal impeditiva do acesso direto a esses elementos pela autoridade policial. Na sequência, desproveu embargos declaratórios. A defesa formalizou embargos de divergência, indeferidos liminarmente pelo Relator.

Em seguida, interpôs recurso extraordinário, apontando afronta ao artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Reiterou a alegação de violação do disco rígido apreendido, marca FUJITSU, modelo MHV2040AH, nº de série NT26T572GRAN. Reafirmou ter ocorrido acesso direto à mídia pela autoridade policial, antes do procedimento de verificação da integridade dos registros, denominado “algoritmo SHA-512”, reputando ilícita a prova ensejadora da denúncia. A Vice-Presidente, ao inadmitir o recurso, destacou não estar a condenação calcada exclusivamente nos arquivos de informática, consignando que, embora veiculada na sentença a possível alteração dos dados, o Juízo considerou-a insuficiente a afastar a idoneidade das informações, referindo-se a outros dados colhidos por meio de delação premiada. Reportou-se ao julgamento do *habeas corpus* nº 213.448/RS, no qual atuou como relatora, em que indeferido o pedido de reconhecimento de ilicitude das provas. Acrescentou ter assentado, na oportunidade, a idoneidade dos citados elementos, tendo como atendidas, no tocante à produção probatória, as regras atinentes à reserva de jurisdição e ao contraditório. Pontuou o acesso das partes à cópia das mídias apreendidas.

Os impetrantes reiteram as questões anteriores, dizendo da inobservância do princípio da vedação à prova ilícita e dos artigos 6º, inciso I, 157, 169 e 245, § 6º, do Código de Processo Penal. Alegam quebra da cadeia de conservação da prova, a torná-la ilícita. Sustentam como único elemento probatório revelador da materialidade as sete planilhas contidas na mídia apreendida. Enfatizam a análise do material, em âmbito policial, sem a presença das partes e antes do procedimento de verificação de integridade. Apontam falha na preservação da mídia, aludindo ao rompimento do lacre de segurança. Destacam inexistirem extratos bancários ou qualquer outro documento a demonstrarem a realização de movimentações bancárias pelo paciente. Assinalam a interposição de recurso extraordinário contra o acórdão da Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, afirmando-o ainda não distribuído no Supremo.

Requerem, no campo precário e efêmero, a suspensão dos efeitos da decisão proferida no recurso especial nº 1.435.421/RS, até o julgamento definitivo desta impetração e do recurso extraordinário. No mérito, postulam seja declarada a nulidade da prova consubstanciada no disco rígido e das conexas. Pedem

a tramitação conjunta com o recurso extraordinário.

Consulta ao sítio deste Tribunal, em 22 de fevereiro de 2018, revelou ter Vossa Excelência, em 6 de dezembro de 2017, concluído pelo prejuízo do recurso extraordinário nº 944.491 formalizado pela defesa. Foram protocolados embargos declaratórios, pendentes de julgamento.

Por meio de petição/STF nº 16.207/2017, os impetrantes, reportando-se ao pronunciamento do Pleno no *habeas* de nº 126.292, afirmam haver ameaça concreta de sobrevir determinação da execução antecipada da pena imposta ao paciente e reiteram o pedido de liminar.

Na origem, despacho datado de 5 de março de 2014 revela que o processo, aguardando o exame definitivo dos recursos formalizados nos Tribunais Superiores, encontra-se no arquivo.

A fase é de apreciação da medida acauteladora.

2. Retifiquem a autuação para fazer constar, por inteiro, o nome do paciente, devendo a Secretaria guardar segredo de justiça quanto ao conteúdo do processo, por haver informações referentes a documentos bancários.

3. No tocante à alegação de ilicitude decorrente de violação da cadeia de preservação da prova, mostra-se ausente espaço propício à atuação individual, no campo precário e efêmero, do Relator, devendo-se aguardar o pronunciamento, em definitivo, do Colegiado.

Surge relevante o que articulado pelos impetrantes acerca da possibilidade vir a ser iniciada a execução antecipada da pena. Não se mostra extravagante que, ante certos pronunciamentos a mitigarem a presunção da não culpabilidade, venha-se a expedir o mandado de prisão. Tem-se adequada a impetração preventiva, não se exigindo que haja determinação implementando a custódia, para, então, assentar-se a pertinência do *habeas*.

Não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no *habeas corpus* n.

126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da sanção importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem natural do processo-crime – apurar-se para, selada a culpa, prender-se, em verdadeira execução da pena.

O Pleno, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a qual “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgada ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Constrição provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada. A redação do preceito remete à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, demonstrando ter sido essa a opção do legislador. Ante o forte patrulhamento vivenciado nos dias de hoje, fique esclarecido que, nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e nº 44, nas quais questionado o mencionado dispositivo, o Pleno deixou de implementar liminar.

A execução provisória pressupõe garantia do Juízo ou a possibilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão.

O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem declarar, porque não podia fazê-lo em tal campo, a inconstitucionalidade do artigo 283 do aludido Código, e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo Relator, ministro Teori Zavascki – agravo em recurso extraordinário nº 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do *habeas* de nº 126.292 –, a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e “confirmando a jurisprudência”, assentada em processo único – no citado *habeas corpus* –, não é obstáculo ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra

cláusula pétrea – segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Carta da República.

Ao tomar posse neste tribunal, há 27 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por seis votos a quatro, e o seria, presumo, por seis votos a cinco, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça sua parte, com desassombro, com pureza d’alma, segundo ciência e consciência possuídas, tendo em conta a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – consoante a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana.

Ante a declaração de perda do objeto do recurso extraordinário nº 944.491, surge prejudicado o pedido de julgamento conjunto.

4. Defiro em parte a liminar. Expeçam salvo-conduto a beneficiar o paciente presente a pendência do trânsito em julgado no processo nº 2007.71.00.030617-3, em curso perante o Juízo da Primeira Vara Federal Criminal Sistema Financeiro Nacional de Porto Alegre/RS. O deferimento da medida acauteladora implica o direito de o favorecido permanecer em liberdade até que sobrevenha a preclusão maior do título condenatório, ressaltando-se o surgimento de quadro a autorizar a custódia preventiva. Tendo havido determinação no sentido de implementar a execução prematura da pena, recolham o mandado de prisão, ou, se já cumprido, expeçam o alvará de soltura, observando-se as cautelas próprias: caso o paciente não se encontre preso por motivo diverso ao retratado no mencionado processo, considerada a execução açodada, precoce e temporã da sanção. Advirtam-no da necessidade de permanecer na residência indicada ao Juízo, atendendo aos chamamentos judiciais, de

informar eventual transferência e de adotar a postura que se aguarda do homem médio, integrado à sociedade.

5. Colham o parecer da Procuradoria-Geral da República.

6. Publiquem.

Brasília, 14 de março de 2018.

Ministro MARCO AURÉLIO.

Relator