

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA FEDERAL DA 10ª VARA DA
SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL.

Recurso em Sentido Estrito nº 2009.34.00.014840-9.

A ORDEM DOS ADVOGADOS DO

BRASIL, SEÇÃO DE SÃO PAULO, nos autos do recurso *stricti juris* em epígrafe, em que é recorrente o Ministério Público Federal e recorrido o **Dr. LUIZ EDUARDO RODRIGUES GREENHALGH**, vem, por seu por seu ex-presidente (e também ex-presidente nacional da Entidade) e bastante procurador que abaixo subscreve, com o respeito devido, a Vossa Excelência para, estando em termos e no prazo da lei, com fundamento no artigo 588 do Código de Processo Penal, oferecer as inclusas **CONTRA-RAZÕES**, as quais requer sejam recebidas, processadas e, a final, julgadas provadas, para o efeito de não se conhecer da irresignação ministerial ou, não seja esse o caso, a ela se negar provimento, tudo em razão dos motivos fáticos e jurídicos fundamentos a seguir articulados.

Nestes termos, j. a presente,
inclusas contra-razões de recorrer e,

P.Deferimento.

São Paulo, 11 de agosto, 2009.

José Roberto Batochio, advogado.

OAB/SP nº 20.685

OAB/DF nº 1396/A

CONTRA-RAZÕES que, nos autos do Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Federal nos autos da ordem de *habeas corpus* nº 2009.34.00.023105-1, cujos trâmites se deram pelo douto Juízo e afeta secretaria da 10ª Vara Federal da Subseção Judiciária do Distrito Federal, em que é recorrido o Dr. LUIZ EDUARDO RODRIGUES GREENHALGH, oferece a **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SEÇÃO DE SÃO PAULO.**

Meritíssima Juíza,
Egrégio Tribunal,
Colenda Turma.

1. BREVE HISTÓRICO DOS FATOS.

Como assoalhado na impetração do *writ*, o Recorrido é antigo e atuante advogado, de larga militância

nos auditórios de todo Brasil, exercendo seu nobre mister há mais de três décadas.

Além de sua notória ação em favor dos direitos humanos, sobretudo durante o eclipse democrático dos anos sessenta e setenta, seja como membro de diversas entidades comprometidas com a defesa da dignidade humana, seja como patrono de perseguidos políticos na então hipertrofiada jurisdição castrense, foi também, por mais de uma legislatura, membro do Congresso Nacional, integrando a Câmara Baixa, a cuja presidência chegou a concorrer.

Atualmente dedica-se ao exercício de sua profissão, honrando e dignificando a advocacia brasileira e seu órgão oficial de classe, que é a Ordem dos Advogados do Brasil.

E foi nessa condição profissional que foi constituído pela instituição financeira “Banco Opportunity S/A” para o patrocínio dos direitos de seus diretores – e também dos da sociedade –, no âmbito de sua reconhecida especialidade.

Em pleno exercício dessa atividade essencial do Estado que é a advocacia (cf. artigo 133 da CF), recebeu o Recorrido telefonema de um dos diretores da aludida sociedade patrocinada, Dr. HUMBERTO BRAZ, dando-lhe conta de que se apercebera, quando conduzia seu filho menor ao colégio, em uma rua da cidade do Rio de Janeiro, que estava sendo vigiado e seguido por pessoas de conduta suspeita, as quais utilizavam um automóvel “Astra”, tudo levando-o a crer que se achava na iminência de sofrer um seqüestro ou outro delito violento. Foi orientado a comunicar *incontinenti* o fato à Polícia Civil, e assim procedeu.

Prontamente os policiais civis da Delegacia Anti-seqüestro carioca que atenderam à ocorrência

intervieram no local e fizeram a certa abordagem dos suspeitos, exigindo sua identificação e a explicação de quais eram seus propósitos. Revelaram estes, então, que não eram meliantes, mas sim agentes públicos a serviço de investigações criminais determinadas pela Presidência da República e pela ABIN (que a ela é vinculada). Um deles se identificou como sendo o “Tenente Marcos” da Polícia Militar de Minas Gerais a serviço do gabinete presidencial...

À vista de tais e surpreendentes informações, teriam sido dispensados pelos policiais civis, ao passo que o cliente do Recorrido, Dr. Humberto Braz, lhe telefonou em seguida, narrando tais acontecimentos, aliás, deveras insólitos...

O Recorrido, advogado experiente, estranhou profundamente aqueles sucessos e as explicações fornecidas pelos que mantinham seu cliente sob vigilância, mesmo porque, nos termos da Constituição Federal, a investigação criminal não cabe à Presidência da República ou mesmo à ABIN, e sim, **de modo exclusivo, à polícia judiciária** (cf. artigo 144, parágrafos 1º a 9º, da Lei Máxima). Recomendou cautela ao seu constituinte e procurou colher informações precisas sobre a identidade daquelas suspeitas pessoas, como, de resto, a prudência e o cuidado profissional recomendavam.

Como experimentado operador do Direito, o Recorrido sabia que a ABIN é vinculada à Presidência da República, razão pela qual decidiu buscar nesse estamento da burocracia estatal os dados de que necessitava para bem exercer o patrocínio da defesa dos direitos ameaçados do cliente.

Nada mais corriqueiro e cediço na advocacia criminal (ou em qualquer outro de seus ramos) que o

advogado busque identificar a fonte originária da coação ilegal para contra ela manejar o instrumental jurídico adequado, tendo em vista a conjuração da violência, real ou em potência, assestada contra o direito tutelado pela lei e sob seu patrocínio. Absolutamente normal, e, mais que isso, necessário para o exercício do direito-dever da defesa técnica.

Foi por essa – e só por essa – razão que, estando na Capital Federal para tratar de assuntos profissionais junto aos Tribunais Superiores e outros órgãos do Judiciário, telefonou o Recorrido para a Chefia de Gabinete e Secretaria da Presidência da República, para ali indagar sobre a veracidade daquela estapafúrdia versão apresentada pelos indivíduos colocados sob suspeita no Rio de Janeiro: teria agora a Presidência da República, de fato, se entregue às atividades de polícia judiciária? Por quê?

Aliás, se os agentes informaram que estavam a serviço da Presidência da República, onde mais deveria ou poderia o Recorrido aferir a veracidade ou mendacidade dessa alegação? Ora...

É certo que o Recorrido conhecia o Sr. Gilberto Carvalho, precisamente o ocupante do cargo de chefia do gabinete presidencial e natural que, em assim sendo, dele indagasse se era certo ou não que a Presidência da República dera agora para exercer funções de polícia judiciária e destacara agentes públicos (“arapongas”) para tanto.

O Sr. Gilberto Carvalho, estranhando a informação, lhe redargüiu ao telefone que nada disso era de seu conhecimento, mas que iria fazer uma verificação mais acurada e lhe daria a resposta.

Após haver retornado a São Paulo, no dia seguinte, recebeu um primeiro telefonema de Gilberto Carvalho, que lhe dava o informe de que sobre tal assunto investigativo nada havia na Presidência ou na ABIN e que, possivelmente, se tratasse de assunto relativo às policiais estaduais locais, que teriam ocultado o seu propósito.

Ao depois, mas ainda no mesmo dia, em um segundo telefonema, esclareceu que o que apurara é que de fato nada havia na Presidência da República, mas ao que constava, a ABIN e o GSI investigavam no local um cidadão de nacionalidade russa, o que era mais curioso – para se dizer o mínimo – já que HUMBERTO BRAZ é nacional e não se confunde com o indigitado filho das estepes...

Este, em resumo, o único e legítimo procedimento do Recorrido que, no exercício de sua função pública (exercida em ministério privado) que é a advocacia, mais não fez que buscar colher elementos úteis ao patrocínio da causa sob seus cuidados, nos estritos termos do que prescreve o artigo 7º, inciso VI, alínea “c”, parte final, da Lei Federal nº 8.906/1994.

Art. 7º São direitos do advogado:

...

VI- ingressar livremente:

...

c-) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público, onde o advogado deva praticar

**ato ou colher prova ou
informação útil ao exercício da
atividade profissional...**

Direito incontestável, pois.

Aliás, como impetrar-se ordem de *habeas corpus* sem se identificar e apontar a autoridade coatora? No caso, sendo **exclusiva** da polícia judiciária a investigação criminal (assim como a titularidade da ação penal pública é exclusiva do MP), como não se conferir, não se verificar, a incrível estória apresentada pelos suspeitos agentes públicos?

Indicar na impetração autoridade coatora incerta, ignota? Como? Ou será que a divinação está agora imposta aos profissionais da advocacia quanto à verdadeira identidade de beaguins que agem à socapa contra seus clientes, ameaçam-lhes o direito de ir e vir, e nunca revelam sua verdadeira qualificação? Tal situação, por anular o direito de defesa, se mostraria incompatível com o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

A conduta do Recorrido, pois, é absolutamente normal, rigorosamente lícita, correta e necessária: é, com efeito, **obrigação** do advogado colher a prova da verdade – onde quer que ela se encontre – e levá-la ao Estado-Juiz para que o direito material seja realizado pela entrega da prestação jurisdicional. Nada mais claro e límpido.

No entanto, agastados com as circunstâncias, alguns setores deliberaram instaurar inquérito para apurar a natureza do telefonema indagatório, de caráter

eminentemente profissional, feito pelo advogado Greenhalgh, só porque, no passado, fora ele membro do Congresso Nacional...

Absurdo! Preconceituoso! Odioso!

Nada obstante fossem, como de fato são, penalmente indiferentes os fatos versados no apuratório que se fez instaurar (ponha-se em destaque que o telefonema em causa era **o único** objeto de apuração no citado inquérito), pretendia a digna autoridade policial que o presidia **promover o indiciamento do Recorrido** como último ato a ser ali praticado – conforme despacho que lançou nos autos –, ainda que manifesta a falta de justa causa para tanto. Máxime se considerarmos a inocorrência de qualquer delito na espécie (nem a própria autoridade policial logrou especificar qual teria sido a infração penal no caso), e a circunstância o Recorrido já ter, àquela altura, sido ouvido em declarações no inquérito policial hostilizado e fornecido todas as informações necessárias.

Eis porque impetrou-se, em seu favor, esta ordem de *habeas corpus* que tem por escopo o trancamento do inquérito policial que apura fato atípico sob o ponto de vista jurídico-penal e que afeta o *status dignitatis* do Recorrido.

A medida liminar pleiteada para a proibição de seu formal indiciamento foi concedida, tendo sido o *writ*, a final, concedido em irrepreensível e exemplar *decisum*, vazado nos seguintes termos:

Decido.

A Constituição Federal, a lei e a jurisprudência asseguram o *writ*

quando alguém sofre ou está ameaçado de sofrer coação ilegal em sua liberdade de locomoção.

A instauração de inquérito policial – ou seu prosseguimento – sem justa causa constitui constrangimento ilegal ou abusivo, como tem sido proclamado na doutrina e na jurisprudência.

Entre as hipóteses de ausência de justa causa para tal coação figura a de atipicidade da conduta imputada, bem como os casos legais de exclusão de ilicitude, tais como o exercício regular de direito ou estrito cumprimento de dever legal.

É o que ocorre no presente caso, no que concerne ao paciente.

Como se vê dos autos do inquérito e as informações não desmentem, o procedimento investigatório se iniciou a partir de representação feita por Deputado Federal imputando ao Sr. Gilberto Carvalho – com base apenas no teor de gravação de diálogo

mantido entre este e o paciente e matérias jornalísticas interpretativas – ter feito “uso de sua função na Presidência da República para obter informações privilegiadas” para o paciente, este na condição de advogado (v. fls. 1/14 do Inquérito Policial No. 04.1356/08-SR/DPF/DF).

Entretanto, pelo que se vê da literalidade do diálogo reproduzido às fls. 05/08 do Inquérito – cujo teor em nenhum momento e por ninguém foi contestado –, a única parte que diz respeito à Presidência da República está nas seguintes palavras, que teriam sido proferidas pelo Sr. Gilberto Carvalho:

“Gilberto: O general me deu o retorno agora... é o seguinte, não há nenhuma pessoa designada na Presidência... na Abin... com esse nome, a placa do carro não existe é fria, tá? Eles aqui acham que a única alternativa é que tenha sido caso de falsificarem documentos...

eles não consideram possível que seja da Abin...”

Na essência, portanto, limitou-se aquela autoridade a afirmar que o nome e o carro anteriormente mencionado entre os interlocutores não pertenciam à Presidência ou à Abin. Tudo o mais que se acha na referida reprodução nada tem a ver com a Abin.

Reduzindo, pois, o diálogo à sua essência – o que torna irrelevantes ou descabidas quaisquer deduções ou presunções – nele não se vê nenhuma informação que possa ser considerada abrangida por sigilo legal; e muito menos, que diga respeito ao conteúdo de qualquer investigação procedida pela citada agência de governo.

Em outras palavras, ali não se acha informação ou documento “sobre atividades ou assuntos de inteligência produzidos, em curso ou sob custódia da ABIN”, como

previsto no caput do art. 9º da Lei nº 9.833/99.

Assim, e por conseqüência, se não se vislumbra – sequer em tese – nenhuma ilicitude na conduta do Sr. Gilberto Carvalho, impossível é caracterizar como ilícita ou de algum modo típica a mera indagação anteriormente feita pelo paciente sobre a veracidade da identidade da pessoa que se apresentara como agente do governo ao ser surpreendida seguindo um cliente do paciente.

É certo que, posteriormente, o Sr. Gilberto Carvalho afirmou (v. fls. 88 do Inquérito) haver repassado ao paciente a informação de que o Tenente da Polícia Militar que se declarara publicamente a serviço da Presidência da República estava efetivamente credenciado pelo GSI. No entanto, nada foi dito ao paciente quanto ao conteúdo ou natureza de tal serviço.

Portanto, mesmo se fosse possível classificar de potencialmente sigilosa a informação de que o

referido “araponga” assim poderia ser classificado, não haveria ainda assim conduta típica em tese imputável ao paciente, que não é servidor público nem está legalmente obrigado, com o cidadão ou advogado que é, a manter sigilo a respeito.

A propósito, é importante lembrar que nem mesmo sigilosa era a condição funcional de tal “araponga”, pois foi ele mesmo – segundo se depreende dos autos – quem se apresentou em público como tal. Portanto, não havia mais como se considerar sigilosa qualquer informação a respeito.

Diante disso, é evidente que no caso – mesmo em tese – a impossibilidade jurídica da ocorrência do delito tipificado no art. 325 do Código Penal.

Por igual razão – mas não apenas por ela –, não há que se falar de coautoria imputável ao paciente.

No campo da realidade dos autos – que não pode ser contaminado

por considerações de caráter subjetivo –, não se encontra a presença de conduta do paciente que possa ser vista como espécie de concurso delituoso; pois a mera solicitação de informação sobre a veracidade da condição de agente revelada pelo próprio “araponga” não pode ser tida como tal.

Em conclusão, por qualquer das perspectivas de abordagem do caso, quanto ao paciente, visível é a falta de justa causa para o prosseguimento do inquérito em causa e, igualmente, para o indiciamento impugnado na impetração.

Concedo, pelas razões expostas, a ordem impetrada.

Oficie-se à autoridade impetrada.

Subam à instância superior (art. 574, I, do Código de Processo Penal).

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

Proceda a Secretaria as anotações cartorárias e comunicações de estilo.

Brasília-DF, 20 de julho de 2009.

(cf. fls.)

Inconformado com essa irretocável decisão, interpôs o Ministério Público Federal este recurso *stricti juris*, que ora se contra-arrazoa.

Estes, singelamente, os fatos.

1. DA ABSOLUTA FALTA DE PERTINÊNCIA SUBJETIVA DO ÓRGÃO DO PARQUET PARA MANEJAR RECURSOS EM ORDEM DE HABEAS CORPUS.

Carece de pertinência subjetiva o órgão do *Parquet* para manejar recursos em autos de ordem de *habeas corpus* – que é ação mandamental que visa à liberdade – na qual não é parte. Oficia aqui o Ministério Público Federal, como sabido, **opinando, facultativamente** (cf. art. 1º, § 1º, do Decreto-lei nº 552/69), como *custos legis*. Portanto **parte formal não é.**

Ademais, como bem decidiu, lapidariamente, o insigne Ministro MARCO AURÉLIO, em caso que com este se identifica (STF – RE nº 206.482-3/SP):

Na espécie, pleiteia-se o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, de *habeas-corpus* em que concedida, por tribunal superior, a ordem, visando, esse pedido, a prisão do Paciente. Em primeiro lugar, surge o paradoxo. O *habeas-corpus* é remédio voltado à preservação da liberdade e não à perda desta última. Difícil é conceber, diante da inexistência, até mesmo, de parte contrária a integrar a relação processual, a veiculação de pedido, uma vez alcançada decisão favorável em sentido contrário. Por isso mesmo, a Carta Política da República, ao disciplinar os *habeas-corpus* decididos por tribunais superiores, apenas previu a recorribilidade “se denegatória a decisão” – alínea “a” do inciso II do artigo 102. No

caso, descabe cogitar da propriedade do disposto no inciso III do artigo 102 mencionado, porquanto o cabimento do extraordinário pressupõe a existência de uma causa decidida em única ou última instância e, portanto, de processo revelador de lide, e essa inexistente em se tratando de habeas-corpus. É mesmo conflitante não se admitir a recorribilidade, na via normal, ou seja, a do recurso ordinário, e concluir-se pela existência, na via excepcional, do recurso extraordinário. Nem se diga da necessidade de viabilizar-se o controle de constitucionalidade das decisões pelo Supremo Tribunal Federal. Difícil é conceber que, preservado o bem maior, após a própria vida, que é a liberdade, tenha-se decisão contrária ao texto constitucional. Assim, tenho este extraordinário como inadequado. A prolação do acórdão concessiva da ordem fez-

se, ao mundo jurídico, coberto com a tarja da irrecorribilidade.

Desta forma, entendo que não cabe recurso extraordinário na espécie.

Nem se argumente que, se impedindo o recurso do Ministério Público na ação mandamental de *habeas corpus*, estar-se-ia obstaculizando o duplo grau de jurisdição eis que, como bem sublinhado pelo insigne Ministro MARCO AURELIO, não há bem jurídico maior a se tutelar, salvo a vida, que a liberdade.

Se assim é, garantida a liberdade – objeto maior da tutela constitucional – a alguém em instância inferior por decisão proferida em *writ of habeas corpus*, paradoxal seria se falar em controle desse *decisum* (máxime pelo Ministério Público) que, de resto, já deu efetividade e eficácia ao que axiologia contida na Carta Magna erige em mais caro.

Ex positis, não merece ser conhecido este Recurso em Sentido Estrito, manejado por quem não ostenta *legitimatío* para impugnar a decisão que almeja desconstituir. É o que se deixa requerido, preambularmente.

**2. DA MANIFESTA
IMPROCEDÊNCIA DO RECURSO
(QUE DEVE SER IMPROVIDO) E
DO IRRECUSÁVEL ACERTO DA R.**

**DECISÃO CONCESSIVA DA
ORDEM, QUE DEVE PREVALECER.**

A) DA ABSOLUTA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA O PROSSEGUIMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL.

É absolutamente indisputável que, em relação ao Recorrido, o inquérito policial de que aqui se cuida investiga fato manifestamente atípico, anódino sob o ponto de vista jurídico-penal, razão pela qual espúria se ostenta a *persecutio criminis extra judicium*.

De fato, consoante se deduz do histórico acima, o Recorrido, na qualidade de advogado regularmente constituído, agiu conforme o mandamento deontológico de bem exercer seu mister e, nas circunstâncias que norteiam a hipótese vertente, de procurar obter informações e recolher subsídios a respeito de insólita e ameaçadora situação que pairava sobre seu cliente.

Mais do que direito, o dever do advogado de prestar com zelo e dedicação os constitucionais (art.133 da CF) serviços profissionais que lhe são confiados pelo ordenamento jurídico, reitere-se, encontra arrimo no artigo 7º, inciso VI, alínea “c”, parte final da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) que dispõe:

São direitos do advogado:

...

VI – ingressar livremente:

...

c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato **ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional**, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado.

Portanto, incumbe ao advogado colher prova ou informação necessária ou útil ao exercício da atividade profissional e que seja de interesse do constituinte, onde quer que se encontrem tais adminículos.

Sendo legalmente autorizada a iniciativa do advogado de colher informações úteis e relevantes sobre o direito do cliente, não há se cogitar, sequer em tese, de ilícito penal na conduta que se pretende atribuir ao Recorrido. E, reafirme-se até a exauriência, **o telefonema em questão era o único objeto do inquérito**.

Incide pois, na espécie, a causa excludente de antijuridicidade contemplada no artigo 23, inciso III, do Código Penal, que estabelece:

Art. 23: Não há crime quando o agente pratica o fato:

...

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Como já exhaustivamente enfatizado, o Recorrido se limitou a, no exercício de seu mister, buscar informação útil ao patrocínio da causa, perante o órgão pertinente (já que a ABIN é, como visto, vinculada à Presidência da República) e, portanto, direito-dever indissociavelmente imbricado com sua atividade profissional.

Nada mais, pois, que exercício regular de direito.

O próprio Chefe de Gabinete da Presidência da República veio para os autos confirmar a inexistência de qualquer ilicitude e que o Recorrido agiu no desempenho de sua atividade profissional:

...Que o Dr. GREENHALGH narrou ao declarante que um cliente seu de nome HUMBERTO BRAZ, estaria com problemas no Rio de Janeiro; Que Dr. GREENHALGH informou que advogava para

HUMBERTO BRAZ e que o mesmo, durante trajeto casa/escola dos filhos, percebeu que estava sendo seguido por um veículo modelo ASTRA; Que HUMBERTO BRAZ teria solicitado apoio à polícia do Rio de Janeiro para averiguar o fato; Que o declarante recebeu do Dr. GREENHALGH a informação de que Policiais da Delegacia de Repressão a Seqüestros do Rio de Janeiro, teriam abordado o veículo suspeito e identificado o condutor, o qual apresentou-se como sendo Tenente Marcos, da PM de Minas Gerais à serviço a Presidência da República; Que referida pessoa teria apresentado, aos Policiais, inclusive um crachá da Presidência da República; Que o Dr. GREENHALGH repassou ao declarante a placa do veículo Astra que seguia seu cliente HUMBERTO BRAZ; Que o Dr. GREENHALGH solicitou ao declarante que pesquisasse a procedência ou existência de alguma atividade

investigativa ligada a pessoa de
HUMBERTO BRAZ.

(GILBERTO CARVALHO, fls.)

Basta a singela leitura da degravação dos diálogos mantidos entre o Recorrido e o interlocutor da Secretaria da Presidência da República e o próprio depoimento prestado por este último nestes autos para se concluir que, em nenhum momento – mas em nenhum momento mesmo! – houve qualquer desvio, solicitação indevida, exigência de vantagem ou qualquer comportamento antijurídico por parte do Recorrido ou de quem quer que seja.

Ao contrário, manteve-se o Recorrido rigorosamente adstrito ao comando jurídico, diceológico e ético de bem representar os interesses que lhe foram confiados. Mais do que um direito, verdadeiro dever legal, moral e profissional para com o cliente.

O que, afinal, se esperaria do Recorrido? Que se quedasse inerte diante de tais fatos abusivos e arbitrários?

Não é essa, obviamente, a postura que o ordenamento jurídico espera de um profissional da advocacia. A pusilanimidade nunca foi o apanágio dos advogados brasileiros: diga-o o regime militar a tempo e hora conjurado...

Mesmo porque, o direito de defesa não se traduz naquilo que seja simplesmente tolerado por arbitrários de plantão, ou agentes públicos com sentimento de

autoridade hipertrofiado admitam. Antes, tem – e assim deve ser, necessariamente, sempre – de ser exercido com denodo, e na amplitude constitucional, queiram ou não os nostálgicos do autoritarismo...

Andou bem e rigorosamente segundo a soberana vontade da lei o douto Juízo *a quo* ao conceder a ordem impetrada, eis que o caso é, inequivocamente, de **atipia substancial da conduta investigada (o telefonema que é apontado na portaria inaugural do inquérito como o objeto único da apuração)**, auferível ao primeiro e perfunctório exame, eis que os fatos não traduzem qualquer ilicitude.

Com efeito, não passa de escancarado e primário sofisma, *data venia*, o argumento expendido nas razões de recorrer segundo o qual “*a simples ocorrência de uma operação de campo da Agência de Inteligência é uma informação sigilosa*” (*sic*), mesmo porque, no caso de que aqui se trata, **o deslocamento de agentes da ABIN para o exercício de funções de polícia judiciária é manifesta e patentemente inconstitucional e ilícita (CF. artigo 144 e §§)!** Onde já se viu “arapongas” exercendo função de polícia judiciária, investigando delitos? Onde estamos? Isso é tarefa exclusiva da polícia judiciária por expressa constitucional distribuição de competências!

Nessa trilha, e ainda que fosse burocraticamente **secreta** a dita “operação de campo” da ABIN – o que se admite exclusivamente para argumentar –, sendo ela irretorquivelmente ilegal, ilícita, inconstitucional, não se haveria que falar, por óbvio, em sigilo imposto por proteção da lei. Colmar de sigilo

legal operação ilegal é desatino jurídico, *non sense*... A lei não chancela ilicitudes ou irregularidades, nem as tutela, sob qualquer aspecto.

Contrariamente ao que se afirmou, uma perspectiva muito própria de uma visão arraigadamente burocrático-funcional, repita-se, nada de lícito ou regular havia na atividade de investigação criminal exercida pelo tal “araponga” a serviço da ABIN que, repita-se **NÃO É POLÍCIA JUDICIÁRIA** e, por isso mesmo, **NÃO PODE PROCEDER INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**. Se admitirmos que a ABIN pode investigar delitos em lugar da polícia judiciária, qualquer dia vamos ter de engoli-la proferindo julgamentos, em substituição ao Judiciário...

E não se venha com contorcionismos argumentativos porquanto o objeto da apuração no inquérito é preciso e determinado: o telefonema havido entre o Recorrido e GILBERTO CARVALHO. E o seu teor, que se acha nos autos transcrito, não sugere, nem mesmo longinquamente, qualquer ocorrência penalmente relevante. Como, então, se pretender afastar o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre a *persecutio criminis extra iudicium*? Não é da Constituição que nenhum ato escapará ao controle de legalidade do Judiciário? Ou será que agora o MPF rechaça tal função de controle jurisdicional do Estado-Juiz e pretende não se submeter aos éditos judiciais? É mesmo o que está faltando...

Referido telefonema é precisamente o objeto do apuratório, como reconhecido às expensas pela *delatio* inaugural, pela portaria inicial e pelo relatório da peça informativa e, assim foi durante todo o seu tramitar na Polícia Federal. Mesmo porque, não é dado à autoridade policial – ou a qualquer outra

– instaurar inquérito policial sem finalidade específica, para apurar, às cegas, “eventuais outros crimes praticados”, como se o ordenamento jurídico lhe outorgasse um verdadeiro “cheque em branco” para investigar **pessoas** (e não fatos) ao seu talante... Prospecção cega? Garimpagem aleatória? Roleta investigativa? É preciso por cobro a esse sentimento de acromegalia de que certos setores de determinadas instituições estão tomados e que agora parecem recalcitrar em se submeterem ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, como indispensável no Estado de Direito!

Relembre-se o direito posto. É do 4º do Código de Processo Penal que:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração **das infrações penais** e da sua autoria.

Como se vê, a lei, atendendo ao comando constitucional, impõe que o inquérito seja instaurado para apurar infrações penais determinadas, concretas (ainda que configuradas em tese), e não pessoas que se quer sejam autoras de “outras infrações penais” (que poderão existir ou não?), como quer o Recorrente, sob o pretexto de que “ainda não estariam encerradas as investigações”... Investigações de quais fatos? Os aludidos na portaria

inaugural do inquérito e no seu relatório final estão, sim, concluídos! Se outros houver, que se instaurem novos apuratórios, ora paciência!

Bem cabe aqui julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, segundo o qual o inquérito policial:

...é um procedimento persecutório de caráter administrativo e, como tal, por essa sua feição, não pode estar a salvo do controle de sua legalidade. Por meio dele é que são oferecidos os elementos que servem à formação da *opinio delicti*. **Se ditos elementos não compõem um fato típico, ao menos em tese, não há como manter o constrangimento que ele decorre. Sem o que o procedimento da autoridade administrativa deixaria de ser discricionário e para ser arbitrário.**

(grifamos)

Ou ainda:

As investigações policiais não podem fugir ao âmbito da acusação contida no inquérito, sob pena de se restabelecerem as abolidas devassas gerais.

(JUTACRIM/SP – 32/78)

E apuratório instaurado para apurar “eventual participação em outros crimes” não tem outra significação, que não devassa geral, muito própria de regimes e espíritos autoritários... Inquérito policial instaurado sem indícios mínimos da ocorrência de delito em tese é abuso, autoritarismo escancarado! Teríamos voltado aos tempos das Ordenações com as Inquirições de Devassa?

É passada mesmo a hora de se por cobro a essas arbitrariedades que pretendem convolar o Estado Democrático de Direito em Estado de polícia. Quem diz se o inquérito é legítimo ou não é só o Poder Judiciário, ninguém mais. Mas ninguém mesmo!

De mais a mais, como se argumentar com o não-encerramento das investigações se a Autoridade Policial que presidiu o inquérito relatou o inquérito policial, peça esta (o relatório) conclusiva das investigações?

Queiram ou não, o controle da legalidade de toda e qualquer *persecutio criminis* – **e também dos atos e atividades do Ministério Público** – por inaceitável que a alguns possa parecer, **devem, necessariamente, se submeter ao crivo jurisdicional.**

Cabe, no Estado Democrático de Direito, ao Poder Judiciário **e tão somente a ele** tal função. E, tal controle pode se operar, como é óbvio, pela via do *habeas corpus*, conforme pacífica orientação jurisprudencial.

Dessa forma, os atos persecutórios e manifestações do Ministério Público não se excluem, em absoluto, desse filtro de legalidade jurisdicional. Por isso que, se é certo que a Carta Magna confere ao Ministério Público o direito-dever de promover, privativamente, a ação penal pública, não quer isto significar que lhe está deferido o poder **ABSOLUTO** de acusar, **mesmo fora das hipóteses legais.** Não, ainda não chegamos a tal ponto...

Não pode o *Parquet* pretender ter mais do que a Constituição lhe atribui, nem querer ser mais do que aquilo que ela diz que ele é...

Se não há “pessoas diferentes diante da lei ou cidadãos acima de qualquer suspeita” (*sic*), como quer o Recorrente, menos certo não é que não existem – mas não existem, mesmo! – instituições acima da lei!

A prevalecer essa idéia, autocrática, *data venia*, e não tardará o dia em que se dirá que a própria jurisdição será prescindível ou embaraçosa à efetivação do direito estatal de punir... Exercer a ação penal pública com exclusividade sim, mas fora dos parâmetros da lei, jamais!

Por isso, dando-se de barato que fosse legítima – **e definitivamente não é** – a atuação da ABIN em investigação criminal, e ainda assim exhibe-se irretocável a r. decisão atacada neste recurso ao ter decidido que:

Entretanto, pelo que se vê da literalidade do diálogo reproduzido às fls. 05/08 do Inquérito – cujo teor em nenhum momento e por ninguém foi contestado –, a única parte que diz respeito à Presidência da República está nas seguintes palavras, que teriam sido proferidas pelo Sr. Gilberto Carvalho:

“Gilberto: O general me deu o retorno agora... é o seguinte, não há nenhuma pessoa designada na Presidência... na Abin... com esse nome, a placa do carro não existe é fria, tá? Eles aqui acham que a única alternativa é que tenha sido caso de falsificarem documentos... eles não consideram possível que seja da Abin...”

Na essência, portanto, limitou-se aquela autoridade a afirmar que o nome e o carro anteriormente mencionado entre os interlocutores não pertenciam à Presidência ou à Abin. Tudo o mais que se acha na referida reprodução nada tem a ver com a Abin.

Reduzindo, pois, o diálogo à sua essência – o que torna irrelevantes ou descabidas quaisquer deduções ou presunções – nele não se vê nenhuma informação que possa ser considerada abrangida por sigilo legal; e muito menos, que diga respeito ao conteúdo de qualquer investigação procedida pela citada agência de governo.

Em outras palavras, ali não se acha informação ou documento “sobre atividades ou assuntos de inteligência produzidos, em curso ou sob custódia da ABIN”, como previsto no caput do art. 9º da Lei nº 9.833/99.

Assim, e por conseqüência, se não se vislumbra – sequer em tese – nenhuma ilicitude na conduta do Sr. Gilberto Carvalho, impossível é caracterizar como ilícita ou de algum modo típica a mera indagação anteriormente feita pelo paciente sobre a veracidade da identidade da pessoa que se apresentara como agente do governo ao ser surpreendida seguindo um cliente do paciente.

É certo que, posteriormente, o Sr. Gilberto Carvalho afirmou (v. fls. 88 do Inquérito) haver repassado ao paciente a informação de que o Tenente da Polícia Militar que se declarara publicamente a serviço da Presidência da República estava efetivamente credenciado pelo GSI. No entanto, nada foi dito ao paciente quanto ao conteúdo ou natureza de tal serviço.

Portanto, mesmo se fosse possível classificar de potencialmente sigilosa a informação de que o referido “araponga” assim poderia ser classificado, não haveria ainda

assim conduta típica em tese imputável ao paciente, que não é servidor público nem está legalmente obrigado, com o cidadão ou advogado que é, a manter sigilo a respeito.

A propósito, é importante lembrar que nem mesmo sigilosa era a condição funcional de tal “araponga”, pois foi ele mesmo – segundo se depreende dos autos – quem se apresentou em público como tal. Portanto, não havia mais como se considerar sigilosa qualquer informação a respeito.

Diante disso, é evidente que no caso – mesmo em tese – a impossibilidade jurídica da ocorrência do delito tipificado no art. 325 do Código Penal.

Por igual razão – mas não apenas por ela –, não há que se falar de coautoria imputável ao paciente.

No campo da realidade dos autos – que não pode ser contaminado por considerações de caráter subjetivo –, não se encontra a

presença de conduta do paciente que possa ser vista como espécie de concurso delituoso; pois a mera solicitação de informação sobre a veracidade da condição de agente revelada pelo próprio “araponga” não pode ser tida como tal.

Em conclusão, por qualquer das perspectivas de abordagem do caso, quanto ao paciente, visível é a falta de justa causa para o prosseguimento do inquérito em causa e, igualmente, para o indiciamento impugnado na impetração.

De fato, nada se revelou ao Recorrido, a não ser a circunstância de que o nome e o veículo mencionados não pertenciam à Presidência da República ou à ABIN. O que há de penalmente relevante nisso? E no fato de Gilberto Carvalho ter transmitido ao Recorrido a informação de que o Tenente da Polícia Militar **que se declarou publicamente a serviço da Presidência da República** estava efetivamente credenciado pelo GSI?

Segredo do quê se o Tenente da PM já havia revelado estar a serviço “da Presidência” a terceiras pessoas?

Inteira razão assiste à insigne Prolatora da decisão recorrida no sentido de que “nada foi dito ao paciente quanto ao conteúdo ou natureza de tal serviço”.

Qual segredo, tão relevante, teria sido revelado então? Segredo de uma ilicitude? De um abuso do Estado?

Veja-se a jurisprudência acerca do tema:

Ao incriminara violação de sigilo funcional, a lei visa impedir a revelação de fato que deva permanecer em segredo, porque sua divulgação pode prejudicar ou por em perigo os fins que o Estado persegue. **Não incrimina a simples indiscrição ou a indesejável bisbilhotice, nem tutela interesses fúteis, carecedores de relevância jurídica.**

(TACRIM/SP, *apud* Boletim AASP 1300/273 – novembro 83)

Por derradeiro, incensurável a r. decisão quando assevera que “não se encontra a presença de conduta

do paciente que possa ser vista como espécie de concurso delituoso; pois a mera solicitação de informação sobre a veracidade da condição de agente revelada pelo próprio “araponga” não pode ser tida como tal”. De fato, doutrina STEFANO RICCIO que:

A norma do art. 326 do CP pune, diversamente do que se estabeleceu no art. 261 do CP, só o autor da revelação e não também a pessoa que recebeu a revelação. Não se tem, com a revelação do segredo de ofício, uma hipótese de delito plurissubjetivo, prevista expressamente para o crime de revelação de segredos do Estado. Ele estruturalmente requer a conduta única consistente na revelação do segredo da parte do funcionário público ou encarregado do serviço público; não há condutas divergentes ou convergentes, homogêneas ou heterogêneas, requeridas como elementos essenciais do tipo.

(*apud* “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, Ed. RT, 5ª Ed., pág. 3088)

Sobre o tema da ausência de justa causa para ataques ao estado de liberdade da pessoa humana, nossos Tribunais assim têm se pronunciado:

**INQUÉRITO POLICIAL –
Instauração para verificação de
possíveis infrações – Pacientes
intimados para serem
identificados e ouvidos pela
autoridade – Constrangimento
ilegal caracterizado – Concessão
de “habeas corpus” – Decisão
mantida.**

A instauração de inquérito policial para verificação de possíveis infrações penais deve ser cercada de cuidados para só serem consideradas indiciadas pessoas que tenham realmente contra si indícios de autoria de crime cuja materialidade deve estar comprovada.

(RT 562/366)

O inquérito policial é procedimento administrativo destinado a apurar infrações penais e a sua autoria. Deve ser iniciado de ofício, mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou, ainda, a requerimento do ofendido ou de quem tiver a qualidade para representá-lo.

Tomando conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá providenciar diversas diligências, previstas no art. 6º do CPP, entre as quais ouvir o indiciado e, se for o caso, ordenar a sua identificação pelo processo datiloscópico.

Exsurge, claro, pois, dos próprios dispositivos legais, que o inquérito deve ser instaurado se ocorrer uma infração penal. Não existindo crime ou contravenção, não há razão para que o inquérito seja iniciado. Se o for, o procedimento passa a constituir coação ilegal, a justificar a concessão de habeas

corpus, nos termos do art. 648, I, do CPP.

...

Concluindo, entendo que ninguém pode ser ouvido como indiciado em inquérito policial se contra sua pessoa não existe qualquer indício que o torne suspeito da prática de um crime.

Muito menos se pode indiciar alguém por um fato que a lei não considera crime.

(TRF 1ª Região – HC nº 93.01.27713-1/DF – j. 08/06/94 – Rel. Juiz Eustáquio Silveira)

É mesmo nítida, incontroversa, translúcida, a falta de justa causa para o prosseguimento do inquérito policial em causa contra o Recorrido.

Não se cuida de mera alegação, mas de dado concreto, exaustivamente comprovado, a demonstrar que o procedimento penal hostilizado é mesmo injustificável.

Não há delito a se punir, falecendo tipicidade aos fatos, de sorte que o abuso persecutório é intolerável e traduz evidente constrangimento ilegal.

A propósito, eis o ensinamento de

JOSÉ FREDERICO MARQUES:

No processo penal, justa causa e interesse processual se confundem: tendo em vista os reflexos do processo penal sobre a liberdade e o *status dignitatis* do réu, não será admissível o exercício da ação penal, sem que haja justa causa. À falta desta, inexistente interesse processual no tocante à propositura da ação penal, uma vez que faltará pedido idôneo para provocar a tutela jurisdicional do Estado-Juiz.

Sem justa causa ou interesse processual, não pode haver acusação, e tampouco, como é óbvio, o exercício da ação penal.

Em que consiste a justa causa? No conjunto de elementos e circunstâncias que tornem viável a pretensão punitiva. Somente quando há viabilidade da pretensão é que existe condição para constituir-se um processo justo. Do contrário, a coação resultante da *persecutio criminis*, ou do processo, será ilegal, *ex vi*

do que preceitua o art. 648, I, do Código de Processo Penal.

(Tratado de Direito Processual Penal, Ed. Saraiva, 1980, pág. 73)

AFRÂNIO SILVA JARDIM não
dissente desse entendimento e pontifica que:

Julgamos que a justa causa funciona como uma verdadeira condição para o exercício da ação penal condenatória, consoante adiantamos em momento anterior. Tal se depreende do sistema, resultante da conjugação dos vários dispositivos legais apontados. Na verdade, levando em linha de conta que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do réu, o legislador exige do autor o preenchimento de mais esta condição para se invocar

legitimamente a tutela jurisdicional.

(Direito Processual Penal, Ed. Forense, 1995, págs. 146/147)

Em sua clássica obra, “História e Prática do Habeas Corpus”, doutrina o mestre PONTES DE MIRANDA que:

A verdadeira doutrina em termos mais rigorosos e científicos, e, portanto, com a eficiente garantia de exatidão, é a seguinte: dá-se *habeas corpus* quando não é crime o fato que se imputa, isto é, quando objetivamente não há criminalidade.

(pág. 407)

Em recente parecer, proferido em autos de *habeas corpus* que objetivava o trancamento de *persecutio criminis* por falta de justa causa, a Procuradoria Geral de Justiça, através da sábia pena do nobre Procurador Dr. HERMANN HERSCHANDER, assim se manifestou:

É caso de concessão da ordem.

Em casos excepcionais, quando desde logo manifesta a inexistência de crime ou a errônea imputação da autoria, pode-se trancar o inquérito policial pela via do *habeas corpus*.

Deriva tal possibilidade do fato inegável de constituir o procedimento investigatório um ônus a pesar sobre os averiguados ou indiciados, o qual somente se justifica caso haja um mínimo de indícios que realmente possam eles ter praticado algum delito.

Assim não fosse, cidadãos de bem poder-se-iam ver às voltas com o constrangimento de serem intimados, procurados, interrogados em Delegacias de Polícia e quiçá indiciados sem qualquer fundamento para tanto, pelo livre capricho de uma autoridade. Permitir-se-ia a criação de uma situação kafkiana, totalmente incompatível com as

normas que regem o Estado de Direito.

(RT 775/592 – grifo nosso)

A orientação pretoriana, inclusive dos Tribunais Superiores, sobre o tema:

Admite-se o trancamento de inquérito policial, em sede de *habeas corpus*, quando demonstrada a patente atipicidade dos comportamentos investigados.

(STJ, RT 746/545, Rel. Min. FLAQUER SCARTEZZINI)

HABEAS CORPUS – Exame de provas – Cabimento para análise da legalidade do procedimento.

Desde que preconstituída ou incontroversa, como no caso, a prova dos fatos, é cabível o *writ* para se contrastar a legalidade ou não do procedimento penal

questionado, conforme jurisprudência e doutrina.

(RT 735/712)

Em não havendo fato típico a ser provado no âmbito do inquérito, as diligências determinadas em sede inquisitorial atingem o *status libertatis* de todos os pacientes. A investigação de pessoas pelo só fato de parecerem suspeitas contraria a norma do art. 6º do CPP. É inadmissível, assim, a **instauração** de inquérito para apurar fato atípico, veiculado em noticiário televisivo, sem se atribuir qualquer conduta concreta violadora da lei penal, nomeadamente por traduzir atividade meramente especulativa.

(RT 741/710)

A assertiva de que em sede de habeas corpus não se admite o

exame de prova mostra-se inconciliável com essa garantia constitucional, na sua inatacável dimensão (art. 5º, LXVII). A ilegalidade ou abuso de poder passíveis de serem colhidos pelo writ não admitem essa restrição, autêntico amesquinamento da garantia constitucional essencial a um Estado de Direito. O que não tem pertinência no âmbito mais restrito do procedimento de habeas corpus é a reabertura de um contraditório de provas, a valoração, o cotejo, o balanço da prova. Não, porém, o exame destinado à apuração da inexistência de justa causa para a submissão de alguém à instância penal, sempre constrangedora.

(RT 652/282)

O trancamento do inquérito policial, pois, era mesmo de rigor.

Last, but not least, não parece sério nem razoável o argumento de que se teria decidido “às cegas”, que a “base fática” estaria incompleta, eis que as investigações não

estariam concluídas (como não, se a Autoridade Policial, dando por findas as investigações, relatou o apuratório?), sendo imprescindível a transcrição da íntegra das conversas mantidas entre o Recorrido e GILBERTO CARVALHO, que poderia revelar circunstâncias outras. Mas como, repita-se, se autoridade policial já encerrara o inquérito e o relatara? Se, consoante Aristóteles duas assertivas contrárias não podem ser verdadeiras a um só tempo, quem estaria com a verdade e quem estaria com a falácia? O Delegado Federal relatou e afirma que o inquérito está findo, o MPF diz que não... *Ubi veritas?*

Ora, quem acredita que, tendo-se vazado o teor de todo o áudio da chamada “Operação Satiagraha”, não tenha a imprensa transcrito o que haveria de mais grave, de mais relevante, nos diálogos? Seríamos nós ingênuos a imaginar que a imprensa brasileira – **toda ela** – seja – ou tenha sido – condescendente com alguém?

Já se viu isso? Onde?

Tudo o que de relevante havia nas conversas entre o Recorrido e GILBERTO CARVALHO está retratado nos autos, indiscutivelmente.

E, de outro lado, indaga-se: tendo o ilustre Recorrente tido acesso aos áudios, como ele próprio afirma, não teria se dado ao trabalho sequer de ouvi-los? Por que não fê-lo? Não seria de seu ofício trazer para os autos o que tenha encontrado de relevante para sustentar suas pretensões? Mistério Déléfico!

Ora, tivesse algo de relevante e certamente já o teria apontado nos autos ao invés de requerer a degravação que, bem sabe, nada de relevante trará para o feito.

Eis porque deve prevalecer a r. sentença aqui atacada, por seus próprios e bem lançados fundamentos jurídicos, afastados os inconsistentes argumentos trazidos nas razões de recorrer.

De mais a mais, é mister que os nostálgicos se dêem conta de que os “sigilos” endêmicos dos processos secretos, as investigações cobertas pela bruma do ignoto, trazidos pela autocracia militar não existem mais no nosso País. Vivemos um Estado Democrático de Direito, onde tudo deve ser público e nada secreto...

B – DA ABSOLUTA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA O INDICIAMENTO DO RECORRIDO.

Rejeitado o recurso pelo primeiro fundamento destas contra-razões e, por consectário lógico, prejudicada restará a presente argüição. Caso, todavia, seja diverso o entendimento dessa Corte – o que se admite apenas *ad argumentandum tantum* – e, ainda assim, imperioso o improvimento do recurso sob outro fundamento.

É que, consoante se depreende da sinopse dos fatos acima articulada e da documentação que instrui o presente, pretende-se promover o indiciamento do Recorrido, à descoberto de justa causa, e em hipótese de atipicidade substancial do fato imputado.

Nessas condições, seu indiciamento, à vista de tudo o quanto já se argumentou, configura manifesto constrangimento ilegal, na exata medida em que não há fundamento ou causa legítima para o ato indiciatório. Tal violência gratuita revela-se mesmo injustificável e caracteriza verdadeira iniquidade.

Aqui, por não haver praticado o Recorrido qualquer fato relacionado ou definido como delituoso, não pode sofrer os inconvenientes e o vexame decorrentes de um indiciamento sem causa justificável e cerebrino.

Reafirme-se até a exaustão: o Recorrido não pode ser vinculado, em termos de responsabilidade penal, a fatos que não configuram crime em tese ou sobre os quais nunca teve domínio.

Não lhe podendo ser atribuída qualquer responsabilidade penal, que sempre será subjetiva, a digna Autoridade apontada como coatora no *writ* exorbitou, *data maxima venia*, ao determinar o indiciamento do Recorrido (o advogado telefonar e pedir informação sobre situação do patrocinado é crime?), que sempre agiu dentro da legalidade.

Sobre o indiciamento em inquérito policial, GILSON SIDNEY AMANCIO DE SOUZA, ilustre membro do Ministério Público de São Paulo e Professor de Direito Processual Penal, em artigo publicado na Revista dos Tribunais nº 683, págs. 391 *usque* 393, deixou assente que:

Não se concebe o indiciamento e suas naturais conseqüências perniciosas, em situações nas quais não se tem elementos suficientes para a propositura da persecução penal.

...

Para precaver possíveis constrangimentos ilegais, que com freqüência ocorrem na prática, como sabemos todos os que militam no MP , na Polícia e no Judiciário, é necessário restringir o indiciamento, que não raro é usado até como meio coercitivo para obtenção de pretensão de natureza extrapenal. Desviado, portanto, de sua finalidade precípua.

...

Por isso é injusto, incorreto e abusivo assacar contra alguém a suspeita oficial da autoria de um delito, sem saber se haverá contra essa pessoa uma pretensão punitiva deduzida em Juízo. Ora, se o indiciamento “é a imputação a alguém, no inquérito policial, da

prática do ilícito penal”, ele só se justifica, num sistema de garantias amplas de legalidade, quando há um conjunto suficiente de indicadores de que a pessoa será levada ao juízo criminal.

Só assim assegurar-se-á, em sua inteireza, a garantia constitucional da presunção de inocência, estabelecida no art. 5º, n. LVII, da Carta Magna.

De seu turno, ROGÉRIO LAURIA TUCCI, Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, adverte que:

De qualquer modo, deve ser cautelosa, sempre, a atuação da autoridade policial quando da recepção de notícia da prática de infração penal hábil, em tese, à iniciação da persecutio criminis.

...

Faz-se mister, realmente, na esteira de expressiva manifestação de Joaquim Canuto

Mendes de Almeida (“O princípio da verdade real, in **Revista da Faculdade de Direito** LII/129, São Paulo, 1957), preservar, no âmbito do processo penal, em sua integridade, a preocupação dos nossos legisladores de acautelar, sempre e sempre, a inocência e a própria Justiça, contra os procedimentos infundados, levianos e temerários!

(RT 571/291/294)

Definitiva, a respeito do tema, a lição de SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, publicada *in* Revista dos Tribunais nº 577, págs. 313/316, onde se lê que:

2. Conceito de indiciamento.

Já, no inquérito policial, o **indiciamento** há de ostentar-se como ato do procedimento, que resulta do encontro de um “feixe de indícios convergentes”, que apontam o suposto fator da

infração penal. Dimana, pois, do foco incriminador.

Cabe recordar, neste lanço, conhecida e antiga lição: “o corpo de delito somente prova o delito, porém não mostra o delinqüente. É preciso que alguém seja, legitimamente, indiciado para ser pronunciado réu.

Vale afirmar, o exame de corpo de delito tende a evidenciar a infração penal os indícios podem apontar o infrator.

O **indiciamento**, que se leva a efeito no inquérito policial, deve ser o resultado concreto da aludida convergência de indícios, que assinalam incriminando certa pessoa, ou determinadas pessoas, qual praticante de ato ou de atos havidos pela legislação penal como típicos, antijurídicos e culpáveis.

Mais que pressupões, o **indiciamento** necessita, em conseqüência, de suporte fático positivo da culpa penal, **lato sensu**. Contém uma **proposição**,

no sentido de guardar função declarativa de autoria provável. Suscetível, é certo, de avaliar-se, depois, como verdadeira, ou logicamente falsa. Consiste, pois, em rascunho de eventual acusação; do mesmo modo que as denúncias e queixas também se manifestam quais esboços da sentença penal.

3. Conteúdo.

O indiciar alguém, como parece claro, não há de surgir qual ato arbitrário da autoridade, mas legítimo. Não se funda, também, no uso de poder discricionário, visto que inexistente a possibilidade legal de escolher entre indiciar ou não. A questão situa-se na legalidade do ato.

O suspeito, sobre o qual se reuniu prova da autoria da infração, tem que ser indiciado. Já aquele que, contra si, possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser indiciado. Mantém ele como é: suspeito.

A mera suspeita não vai além da conjectura, fundada em entendimento desfavorável a respeito de alguém. As suspeitas, por si só, não são mais que sombras; não possuem estrutura para dar corpo à prova da autoria. Nada aproveitam para a instrução criminal, apenas importam à simples investigação policial.

Suspeita-se de pessoas, de coisas, de fatos. Suspeita-se com vistas a circunstâncias. O suspeitador olha do alto, conjectura, desconfia, possui leve opinião subjetiva a respeito do objeto. Suspeitar é, supondo, taxar de duvidosa a pessoa, a coisa ou o fato.

Diferem, segundo a razão, as figuras do suspeito e do indiciado. Com efeito, existem dois juízos, quanto à autoria, na fase procedimental da **persecutio criminis**, a saber: do **possível** e do **provável**.

Juízo possível consiste naquele que, logicamente, não é contraditório. Inexistem motivos

fortes pró ou contra. Emerge **neutral**, assim: é possível que o homem seja o homicida, mas é possível que não seja. Aflora como suspeito.

Juízo provável é o verossímil. Aproxima-se da verdade, sem, necessariamente, ser verdadeiro. Parte de razões robustas, porém ainda não decisivas. Não bastante suficientes, senão para imputar. Surge **aneutral**, assim: é provável que o homem seja o homicida, por causa dos meios de prova colhidos, mas talvez não seja. Deve, portanto, ser indiciado.

Indiciado, assim, é aquele sobre quem recaiam, no correr do inquérito policial, os indícios, ou outros meios de prova, bastantes para acusar em juízo, de haver perpetrado uma infração penal, cuja existência se acha suficientemente evidenciada.

4. Hipóteses de incabência.

A conduta do suspeito se, à autoridade policial, não se revela, objetivamente, acompanhada de

tipicidade positiva, antijuridicidade e culpabilidade, o **indiciamento** surge abusivo. É tal conjunto que o incrimina.

A ação típica aflora antijurídica. A tipicidade, entretanto, não constitui a antijuridicidade, mas tão-só a exhibe, mediante os elementos sensíveis da inflação, ou por via de indícios.

Assim, em face do agir que não se enquadra, em tese, ao modelo jurídico-penal e cuja antijuridicidade não se consegue entrever nos acontecimentos reconstruídos pela instrução, coagir por **indiciamento** emerge ilegal.

(O Indiciamento como ato de Polícia Judiciária)

Assim, pois, sem que estejam demonstrados, ao menos por indícios, tipicidade positiva, culpabilidade e antijuridicidade, o indiciamento do Recorrido se mostra, mais que ilegítimo, acachapantemente **ilegal**. Indiciamento sem materialidade da infração?

Surrealismo!

A ausência de justa causa para ataques ao estado de liberdade da pessoa humana tem merecido de nossos tribunais o seguinte tratamento:

PROCESSO PENAL.
INDICIAMENTO POR MERA
SUSPEITA. INVIABILIDADE.

O fato de ser o agente servidor da Fazenda Nacional, intimado apenas para esclarecer a mecânica adotada pela administração fazendária na internação de mercadorias importadas, **não justifica o seu indiciamento em inquérito destinado a apurar responsabilidade de outrem, sem qualquer prova, ainda que indiciária, de sua participação.**

(grifamos)

(TRF 2ª Região – HC nº 91.02.15369-6/ES – j. 14/10/91)

O inquérito policial é procedimento administrativo destinado a apurar infrações penais e a sua autoria. Deve ser

iniciado de ofício, mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou, ainda, a requerimento do ofendido ou de quem tiver a qualidade para representá-lo.

Tomando conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá providenciar diversas diligências, previstas no art. 6º do CPP, entre as quais ouvir o indiciado e, se for o caso, ordenar a sua identificação pelo processo datiloscópico.

Exsurge, claro, pois, dos próprios dispositivos legais, que o inquérito deve ser instaurado se ocorrer uma infração penal. Não existindo crime ou contravenção, não há razão para que o inquérito seja iniciado. Se o for, o procedimento passa a constituir coação ilegal, a justificar a concessão de habeas corpus, nos termos do art. 648, I, do CPP.

...

Resta saber se o “indiciamento”, em si, pode ser considerado um

constrangimento ou coação ao direito de ir e vir, único a ser garantido pelo habeas corpus.

A princípio, o fato de alguém ser ouvido como indiciado não constitui constrangimento ilegal. Esse é o entendimento pacífico da jurisprudência pátria. No entanto, se infração penal alguma é atribuída àquele ao qual se denomina de indiciado, ou se inexistente qualquer indício de que o mesmo seja o autor do delito, não significaria coação o se indiciamento?

São notórias as repercussões negativas na vida de alguém que se encontra “indiciado” em um inquérito policial, particularmente sob o ponto de vista moral...

A qualificação de indiciado, portanto, constitui um constrangimento, uma coação, porque, na realidade, coloca na pessoa a suspeita de ser autor de um delito. Não muda o seu “estado de inocente”, contudo

dá-lhe certa qualidade jurídica que, certamente, o desabona perante a sociedade. Aliás, como assinala o professor Sérgio Pitombo, citado pelo ora recorrente, o indiciamento “implica certa qualificação jurídica, ou, melhor, categoria determinante de conseqüências próprias, no âmbito do procedimento inquisitivo, prevalentemente restritiva de direitos. O indiciado afiançado, p. e., não se ausenta, nem muda de residência, sem aviso e permissão, tendo-lhe, pois, restrita a liberdade de ir e vir (arts. 322 e 328 do CPP). Pode, ainda, sofrer apreensão e seqüestro de bens, providências cautelares, coarctantes dos direitos de posse e propriedade (arts. 6.º, II, 127 e 240 do CPP). No plano fático, padece limitações econômicas, como o cerceamento do crédito.”

Concluindo, entendo que ninguém pode ser ouvido como

indiciado em inquérito policial se contra sua pessoa não existe qualquer indício que o torne suspeito da prática de um crime.

Muito menos se pode indiciar alguém por um fato que a lei não considera crime.

(TRF 1ª Região – HC nº 93.01.27713-1/DF – j. 08/06/94 – Rel. Juiz EUSTÁQUIO SILVEIRA)

Desde que o indiciamento efetuado no âmbito do inquérito policial representa o resultado concreto da convergência de indícios que apontem determinada pessoa ou determinadas pessoas como praticantes de ato ou atos tidos como típicos, antijurídicos e culpáveis, forçoso concluir que **a instauração de inquérito para verificação de possíveis infrações deve ser cercada de cuidados, para só serem consideradas indiciadas pessoas que tenham realmente contra si indícios de**

autoria de crime cuja materialidade deve estar comprovada.

(RT 649/267, grifamos)

Os atos de investigação e indiciamento em inquérito policial, se abusivamente provocados para o fim de incomodar e injustiçar alguém, podem, sem dúvida, caracterizar constrangimento ilegal, extravasando o âmbito de discricionariedade admitida para incursar no da arbitrariedade vedada. E, bem por isso, podem encontrar justo reparo no Habeas Corpus, como remédio apropriado à cessação de qualquer irregular comprometimento ao *status libertatis* do cidadão.

(RT 601/342, grifamos)

A falta de indiciamento não acarreta prejuízo ao

prosseguimento das
investigações, podendo tal
providência ser tomada por
ocasião da instauração da
instância penal, se isso acontecer.
Por isso, **inexistindo, desde logo,**
indícios apontando o autor do
delito, é de bom alvitre que,
através do remédio heróico,
suste-se o indiciamento do
paciente, até que, por ocasião do
oferecimento da denúncia, se for
o caso, aquele ato seja
formalizado.

(RT 731/612, grifamos)

Frente a todo o acima exposto e não obstante a decisão recorrida a apuração em procedimento autônomo, por quem tem competência, de outros e quaisquer fatos que se queira (cumprido o imperativo legal que manda apontá-los e determiná-los para sua investigação), mostra-se intocável a decisão recorrida, que deverá perdurar pelos seus próprios e impecáveis fundamentos jurídicos.

Que seja, pois, improvido o recurso interposto pelo Ministério Público Federal é o que fica requerido.

Nestes termos,

P.Deferimento.

SP/Brasília, 12 de agosto, 2009.

José Roberto Batochio, advogado.

OAB/SP nº 20.685

OAB/DF nº 1396/A