

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 230.895 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. NUNES MARQUES
PACTE.(S) : MARIO GUIMARAES NETO
IMPTE.(S) : ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

1. A defesa de Mario Guimaraes Neto impetrou *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que está assim ementado:

AÇÃO PENAL PROPOSTA CONTRA MAGISTRADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO QUE VISAM AO REEXAME DO ATO JUDICIAL EMBARGADO. INADMISSIBILIDADE. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA CONTRA MAGISTRADO. CORRUPÇÃO PASSIVA, EVASÃO DE DIVISAS, LAVAGEM DE CAPITAIS. AFASTAMENTO CAUTELAR. LEGITIMIDADE. LOMAN, ART. 29. ALEGAÇÕES DE INOCÊNCIA E DE AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO. INADMISSIBILIDADE, NESTA FASE PROCEDIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. DENÚNCIA RECEBIDA.

1. Embargos de declaração opostos pelo denunciado ao acórdão no qual esta Corte Especial referendou o afastamento de desembargador das funções judicantes, bem como fixou outras medidas cautelares. Ausência de vícios no acórdão embargado. Embargos que visam ao reexame do decidido. Inadmissibilidade.

2. Denúncia que atende ao disposto no art. 41 do CPP, descrevendo os fatos atribuídos ao acusado e apresentando elementos probatórios mínimos, suficientes para essa fase processual, a propósito da materialidade do fato delituoso e da autoria do crime. A alegação de ausência de justa causa e falta de elemento subjetivo demanda o exame de provas,

HC 230895 MC / DF

providência inadmissível na fase de recebimento da denúncia. Não se acham presentes, de plano, quaisquer das hipóteses que acarretam a rejeição dela (CPP, art. 395).

3. A mera afirmação de que o denunciado ocupa o cargo de desembargador é insuficiente para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal.

4. Comete o delito tipificado no art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei n. 7.492/1986, aquele que efetua operações de câmbio não autorizadas e promove, sem autorização legal, a evasão de divisas do País, independentemente do valor, dado não carecer o referido tipo penal de complementação por ato regulamentar. Configura a referida conduta típica a remessa de quantias, ao exterior, por meio de operações dólar-cabo, com a entrega de valores em moeda estrangeira fora do território nacional, mediante a compensação com importância paga em moeda nacional no Brasil. Precedentes.

5. Recebimento da denúncia quanto aos crimes de corrupção passiva, em concurso de pessoas (CP, art. 317, caput, § 1º, conjugado com os arts. 29 e 30 do CP); de evasão de divisas, em concurso de pessoas e em continuidade delitiva (Lei 7.492, de 1986, art. 22, parágrafo único, primeira parte, conjugado com os arts. 29 e 71 do CP) e de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, em concurso de pessoas (Lei 9.613, de 1998, art. 1º, § 4º, conjugado com o art. 29 do CP).

(AP 970 AgRg, ministra Maria Isabel Gallotti)

Sustenta, em síntese, que o paciente, desembargador possui foro por prerrogativa de função perante o Superior Tribunal de Justiça, em função do exercício do cargo de desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Aponta que a investigação instaurada em face de Gláucia Guimarães, esposa do paciente, e a decretação, contra ela, de “medidas

HC 230895 MC / DF

cautelares de busca e apreensão, de quebra de sigilo bancário, de sigilo telemático, de sigilo fiscal e de sigilo telefônico”, pelo Juízo Federal de primeira instância, revela a intenção do órgão acusatório de “promover devassa na intimidade do ora Paciente, detentor de foro por prerrogativa de função” perante o Superior Tribunal de Justiça, uma vez que, desde o início das investigações, já era de conhecimento do órgão acusatório o envolvimento do paciente no crime investigado.

Postula, desse modo, o reconhecimento de usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça pela 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e da ilicitude das provas obtidas com a medida cautelar n. 0500667-90.2019.4.02.5101 e de todas as provas dela derivadas, inclusive aquelas requeridas pela Procuradoria-Geral da República, após a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal emitiu parecer pela negativa de seguimento ao *habeas corpus*.

É o relatório.

2. A investigação em desfavor de Gláucia Iorio de Araújo Guimarães, esposa do paciente, iniciou-se na primeira instância, precisamente no Juízo da 7ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro, tendo sido autorizado o afastamento do sigilo bancário e fiscal da investigada em 2/5/2019 (eDoc 4, fls. 78-84).

Em 1º/10/2019, houve a declinação de competência ao Superior Tribunal de Justiça, em virtude do possível envolvimento do paciente (eDoc 7, fls. 12-13).

O Superior Tribunal de Justiça, ao prestar informações nestes autos, relatou o seguinte (eDoc 18):

HC 230895 MC / DF

O Ministério Público Federal (MPF) ajuizou a presente ação penal contra Mário Guimarães Neto, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (T J/RJ), atualmente afastado de suas funções, e também contra GLÁUCIA IORIO DE ARAÚJO GUIMARÃES, CARLOS EDUARDO CAMINHA GARIBE (colaborador da Justiça), JACOB BARATA FILHO, JOÃO AUGUSTO MORAIS MONTEIRO, JOSÉ CARLOS REIS LAVOURAS e MIGUEL ISKIN.

Esta Corte procedeu ao desmembramento do processo com a determinação de remessa dos autos à primeira instância no que concerne aos denunciados não detentores de foro por prerrogativa de função nesta Corte (art. 105, 1, "a", CF). Manteve-se nesta Corte apenas o processo contra o Desembargador Mario Guimarães Neto (fls. 2219-2222).

[...]

Analisando o caso, verifico que o acusado nem mesmo suscitou a suposta usurpação de competência pela 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. A questão não foi trazida ainda ao STJ. Tampouco se alegou a ilicitude das provas colhidas.

O que consta dos autos é que o acusado teve a denúncia contra si recebida pela unanimidade dos Ministros que integram a Corte Especial do STJ. Cabe, em regra, ao próprio Superior Tribunal de Justiça estabelecer se está presente a sua competência (Kompetenzkompetenz). Agora, de forma repentina, imediatamente após retornar carta de ordem que viabilizou a oitiva das testemunhas, o acusado inova em sua defesa. Há, contudo, aparente supressão de instância - e possível nulidade de algibeira, já que, mesmo se houvesse nulidade, o acusado teria aguardado até o fim da instrução - ou a iminência de seu fim - para, sem provocar o STJ, impetrar habeas corpus perante o STF.

A usurpação de competência e a suposta ilicitude das

HC 230895 MC / DF

provas colhidas não foram suscitadas perante esta Corte até o presente momento. Como o acusado jamais levantou o problema, não houve aprofundamento da discussão. Sem emitir qualquer prejulgamento já que a matéria ainda poderá ser trazida ao STJ), o que posso afirmar é que, primo *ictu oculi*, não identifiquei nenhuma nulidade. Durante a tramitação perante a 7ª Vara Criminal, o acusado não foi investigado. Quando surgiu indicação de possível crime praticado pelo acusado, os autos foram remetidos ao STJ

O Superior Tribunal de Justiça não apreciou o mérito da controvérsia, notadamente no que toca à usurpação da competência daquela Suprema Corte e da nulidade das provas obtidas em decorrência da alegada usurpação.

Esta Suprema Corte consolidou sua jurisprudência no sentido de não se conhecer de *habeas corpus*, quando as razões apresentadas pela parte impetrante não houverem sido apreciadas pelo Tribunal apontado como coator, por caracterizar-se inadmissível supressão de instância (HC 192.077 AgR, ministra Cármen Lúcia; HC 157.575 AgR, ministro Dias Toffoli; HC 164.611 AgR, ministro Edson Fachin; HC 190.387, ministro Gilmar Mendes; HC 189.201 AgR, ministro Luiz Fux; HC 190.319 AgR, ministro Ricardo Lewandowski; HC 188.702 AgR, ministro Roberto Barroso).

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça ressaltou a ausência de arguição em momento oportuno de usurpação da competência daquela Suprema Corte e da nulidade das provas obtidas em decorrência da alegada usurpação.

O Supremo firmou entendimento no sentido de que as nulidades devem ser arguidas em momento oportuno, sob pena de preclusão (HC 88.868, ministro Ayres Britto; HC 133.931 AgR, ministro Teori Zavascki;

HC 230895 MC / DF

RHC 185.549 AgR, ministro Roberto Barroso; e HC 174.888 ED, ministro Ricardo Lewandowski, cuja ementa transcrevo:

IV - À defesa incumbe alegar a suposta nulidade na primeira oportunidade de falar nos autos ou, conforme expressamente determinado no art. 571, I, do Código de Processo Penal, nos prazos a que se referem o art. 406 do mesmo Códex, sob pena de preclusão.

Todavia, mesmo quando inadmissível o *habeas corpus*, esta Excelsa Corte entende ser possível a concessão da ordem de ofício, desde que caracterizada situação de flagrante ilegalidade (HC 118.560, ministro Ricardo Lewandowski; HC 165.376, ministra Cármen Lúcia).

As medidas cautelares decretadas em desfavor de Gláucia Iorio de Araújo Guimarães foram requeridas pelo órgão acusatório (eDoc 4, fls. 3-16) com suporte, inclusive, em “Relatório de Pesquisa da base de dados da Receita Federal (DOC. 03)”, mencionado no eDoc 4, fl. 12 e constante, em sua integralidade no eDoc 4, fls. 125-152.

Consta do Relatório da Receita Federal (eDoc 4, fls. 131; 134, 135 e 141-143) a informação de que o paciente é cônjuge da investigada Gláucia Iorio de Araújo Guimarães.

Tais informações tornam expressiva a alegação da parte impetrante de que, “desde o início destas investigações, já era de conhecimento dos Procuradores Eduardo Ribeiro Gomes El-Hage e Marisa Varotto Ferrari denúncia de envolvimento do Paciente e de sua esposa”.

Conclui-se, desse modo, pela análise dos documentos acostados nesta impetração, que as provas produzidas em desfavor do paciente, por meio de quebra do sigilo fiscal e bancário e outras medidas cautelares de

HC 230895 MC / DF

sua esposa, foram proferidas por juízo incompetente, tendo em vista a ciência inequívoca do suposto cometimento, por parte do órgão acusatório, da participação do paciente, detentor de prerrogativa de foro perante o Superior Tribunal de Justiça.

É certo que esta Corte possui entendimento a revelar a possibilidade de convalidação de atos instrutórios e decisórios praticados ou supervisionados por autoridade incompetente, desde que garantidos o contraditório e a ampla defesa. Ilustram essa orientação a AP 695 AgR, ministra Rosa Weber; o HC 77.544, ministro Marco Aurélio; o HC 114.225, ministro Luiz Fux; o HC 130.810 AgR, ministro Roberto Barroso; e o RE 730.579 AgR, ministro Ricardo Lewandowski; além dos julgados dos quais extraio os seguintes excertos:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*.
PROCESSUAL PENAL. INCOMPETÊNCIA.
APLICABILIDADE DO ART. 567 DO CPP. RATIFICAÇÃO
DOS ATOS INSTRUTÓRIOS E DE RELATIVO CARÁTER
DECISÓRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO
ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* AO QUAL SE NEGA
PROVIMENTO.

O julgado objeto da presente impetração está em harmonia com o entendimento deste Supremo Tribunal no sentido da não contaminação e possibilidade de ratificação dos atos instrutórios pela incompetência do juízo. Entendimento que se estende a atos de relativo caráter decisório, cujo aproveitamento não afronte o contraditório e a ampla defesa. Precedentes.

(RHC 129.809, ministra Cármen Lúcia)

[...]

6. Agravo regimental a que se dá parcial provimento para conceder em parte a ordem de fundo e declarar a

HC 230895 MC / DF

incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a Ação Penal n. 0100860-84.2018.4.02.0000. Determinada a remessa dos autos para o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, inclusive para manifestação sobre a convalidação dos atos decisórios praticados pelo juízo incompetente.

(RHC 188.233 AgR, ministro Gilmar Mendes)

1. É possível a convalidação de atos instrutórios praticados ou supervisionados por autoridade incompetente, desde que garantidos o contraditório e a ampla defesa.

(HC 214.641 AgR, de minha Relatoria)

Em regra, a possibilidade de convalidação de atos praticados por Juízo incompetente justifica-se em função da teoria do juízo aparente, porquanto “é passível a ocorrência da serendipidade, pela qual, de forma fortuita, são descobertos delitos que não eram objetos da investigação originária” (HC 137.438 AgR, ministro Luiz Fux).

Entretanto, pautado apenas na análise dos documentos presentes nestes autos, é possível concluir que não se pode aplicar a teoria da aparência neste caso, eis que os elementos constantes dos autos já evidenciavam, no momento da decretação, a incompetência da autoridade judiciária que acolheu as medidas cautelares requeridas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Assim, por serem eivadas de nulidade, não é possível a convalidação dos atos praticados pelo juízo incompetente, na medida em que demonstrado que, à época da prática dos atos processuais, o órgão acusatório já era ciente da incompetência do Juízo da 7ª Vara Criminal Federal do Estado do Rio de Janeiro para a supervisão da investigação em detrimento do paciente e para a análise das medidas cautelares requeridas e deferidas, o que afasta a aplicação da teoria do juízo aparente com intuito de convalidação dos atos.

HC 230895 MC / DF

Desse modo, em respeito ao princípio do juiz natural e do próprio entendimento jurisprudencial acima mencionado.

Por fim, a análise de quais provas produzidas pelo Juízo da 7ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro, em decorrência das medidas cautelares deferidas em desfavor de Gláucia Iorio de Araújo Guimarães, efetivamente ingressaram na esfera privada do paciente, exige o necessário revolvimento fático-probatório, inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, que não admite dilação probatória.

Impõe-se, dessa forma, a análise, pelo Superior Tribunal de Justiça, a declaração de ilicitude, sem possibilidade de convalidação, das provas efetivamente produzidas em desfavor do paciente pelo Juízo da 7ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro, antes da declinação de competência àquela Corte Superior.

3. Em face do exposto, nego seguimento ao *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício, para reconhecer a incompetência do Juízo da 7ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro para investigar o paciente, ainda que indiretamente, e determinar ao Superior Tribunal de Justiça (APn 970) que declare a ilicitude, sem possibilidade de convalidação, das provas efetivamente produzidas em desfavor do paciente pelo Juízo incompetente, em decorrência das medidas cautelares deferidas em desfavor de Gláucia Iorio de Araújo Guimarães, esposa do paciente, antes da declinação de competência àquela Corte Superior.

4. Intime-se. Publique-se. Comunique-se.

HC 230895 MC / DF

Brasília, 15 de abril de 2024.

Ministro NUNES MARQUES

Relator

Documento assinado digitalmente