

HABEAS CORPUS 164.493 PARANÁ

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
PACTE.(S) : LUIZ INACIO LULA DA SILVA
IMPTE.(S) : CRISTIANO ZANIN MARTINS (32190/DF,
153599/RJ, 172730/SP) E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REITERAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): 1. Rememoro que, em 4 de dezembro pretérito, assim concluí o voto que proferi:

“À luz dessas considerações, nos termos da fundamentação exposta, a análise das provas pré-constituídas nestes autos, nos limites impostos pela via eleita, não permite, de modo algum, a pronta constatação de qualquer constrangimento ilegal passível de ser remediado mediante atuação de ofício deste Supremo Tribunal Federal.

Cumprе consignar, derradeiramente, que ninguém está acima da lei, especialmente da Constituição: nem administradores, nem parlamentares, nem mesmo juizes. Todos, e de modo especial aqueles a quem o Estado Democrático de Direito e sua Constituição atribuiu o papel aplicá-las, lhes devem estrita observância, e dar o exemplo de respeito e obediência à ordem normativa.

Procedimentos heterodoxos para atingir finalidade, ainda que legítima, não devem ser beneplacitados, exigindo, contudo, mais que indícios ou narrativas para que configurem causas aptas a viciar a prestação jurisdicional por incompetência subjetiva do magistrado, já que o ordenamento jurídico prevê meios próprios de impugnação à preservação do devido processo legal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.”

Como se vê, votei pelo não conhecimento da impetração, tendo sido

HC 164493 / PR

acompanhado, na oportunidade, pela eminente Min. Cármen Lúcia, que ora exerce as elevadas atribuições atinentes à Presidência deste órgão colegiado fracionário.

Verifico que a devolução da vista recoloca o tema.

No ensejo, reitero o voto.

2. Conforme assentei no voto que anteriormente proferi, os fatos que, na visão da defesa, indicariam parcialidade judicial, consistiriam:

“(i) no deferimento da condução coercitiva do paciente e de familiares seus, ocorrida em 4.3.2016, sem que tenha havido prévia intimação para oitiva pela autoridade policial; (ii) na autorização para a interceptação de ramais telefônicos pertencentes ao paciente, familiares e advogados antes de adotadas outras medidas investigativas; (iii) na divulgação, no dia 16.3.2016, do conteúdo de áudios captados em decorrência das interceptações telefônicas autorizadas; (iv) no momento histórico em que tais provimentos jurisdicionais foram exarados, pontuando os impetrantes que *‘[A]s principais figuras públicas hostilizadas pelos apoiadores do impedimento eram a ex-Presidente Dilma e o Paciente’*; (v) na condenação do paciente, reputada injusta pela defesa técnica, em sentença proferida no dia 12.7.2017; (vi) na atuação impeditiva ao cumprimento da ordem de soltura do paciente exarada pelo Desembargador Federal Rogério Favreto, no dia 8.7.2018, em decisão liminar proferida nos autos do HC 5025614-40.2018.4.04.0000; e (vii) na aceitação do convite feito pelo Presidente da República eleito no pleito de 2018 para ocupar o cargo de Ministro da Justiça, a indicar que toda essa atuação pretérita estaria voltada a tal desiderato.”

Explicitarei em minha declaração de voto que os quatro primeiros argumentos encontram-se acobertados pela preclusão, na medida em que foram rechaçados pela Corte Regional em sede de exceção de suspeição.

Quanto aos argumentos remanescentes, salientei em voto que proferi

na assentada anterior que essas alegações não foram previamente examinadas pelas instâncias antecedentes.

Impende assinalar algumas observações acerca das efetivamente graves alegações de monitoramento de advogados do ora paciente.

De fato, não se discute a relevância da atuação da defesa técnica e da indispensabilidade de irrestrita obediência e observância da imunidade profissional que instrumentaliza a realização de seu essencial múnus.

Nada obstante, vamos ao caso concreto.

Na Rcl. 23.457, julgada pelo saudoso Min. Teori Zavascki, embora a insurgência ficasse limitada à usurpação da competência desta Corte, o Juiz de primeiro grau noticiou ao eminente Relator que *“houve autorização para interceptação do terminal 11 3060-3310, sendo **constatado posteriormente** que ele estaria em nome do escritório de advocacia Teixeira Martins e Advogados”*.

Acrescentou ainda, inclusive com demonstração documental, que *“o MPF esclareceu que requereu a interceptação do terminal 11 3060-3310 diante das informações constantes no processo de que seria ele titularizado pela empresa LILS Palestras do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva”*, sendo que *“constava a indicação de tal número de telefone no cadastro CNPJ da empresa LILS”*.

Enfatizou que a autorização judicial *“tinha como pressuposto que o terminal era titularizado pela empresa do ex-Presidente e não pelo escritório de advocacia, tanto que na decisão judicial de autorização foi ele relacionado à LILS Palestras”*.

Salientou ainda que *“não há nos relatórios de interceptação da Polícia Federal, com a seleção dos áudios relevantes, diálogos interceptados a partir do referido terminal”*, bem como que, após juntada de informação da companhia telefônica indicando a titularidade do terminal, *“os autos vieram conclusos ao Juízo apenas em 15/03/2016, já para interrupção das interceptações, ordenada imediatamente em seguida, já em 16/03/2016”*.

Além disso, as instâncias antecedentes determinaram a destruição da eventuais informações colhidas.

Diante desse cenário, e novamente frisando os limites cognitivos do

habeas corpus, verifico da interceptação do terminal em comento inexistir suporte para fins de reconhecimento de suspeição, de deliberado monitoramento de advogado ou ainda da alegada inimizade capital. Ademais, não se noticia que esse episódio teria resultado em produção probatória e, assim que detectada a irregularidade, a interceptação teria sido prontamente interrompida.

Aparentemente, o terminal encontrava-se erroneamente indicado em registro de órgãos públicos, contexto a atrair a incidência do art. 565, CPP (“Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”.)

A alegação, como se disse, concerne à grave circunstância que propicia questionamento quanto à regularidade da interceptação. Sem, contudo, o alcance almejado neste HC.

3. Compreendo adequado salientar a distinção entre a espacialidade da neutralidade e da imparcialidade.

Leciona a doutrina que *“carece de sentido a pretensão de se alcançar um juízo neutro, isento de todo o tipo de influências, como se possível fosse falar desde lugar nenhum”*, na medida em que *“ser e interpretar surgem, assim, como dois fenômenos indissociáveis”* (MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51/53).

O que se deseja e se exige, a meu ver, é que eventuais visões subjetivas de mundo do julgador não contaminem atos jurisdicionais concretamente considerados. É nesse sentido que se enfoca a imparcialidade como *“ato de colocar entre parênteses todas as considerações subjetivas do julgador”* (MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 68).

Em síntese, o que cabe perquirir em tais casos não é o conteúdo de posições e compreensões subjetivas do julgador, ou ainda eventuais desvios de natureza ética, mas de se aferir se, em determinados atos, sua

atuação jurisdicional, que deve funcionar como verdadeira ferramenta de heterocomposição, guia-se por critérios de objetividade e racionalidade, desvelando-se que o funcionamento judicante seja desenvolvido sob balizas de uma concreta atuação subjetivamente comprometida e submetida à ordem jurídica.

4. Não desconheço que há nos autos, carreada pela defesa técnica, petição na qual faz referência a *link* em sítio eletrônico, nele contidos diálogos que constituiriam fato notório e, nas palavras da defesa, demonstrariam “*completo rompimento da imparcialidade objetiva e subjetiva*”.

Também por isso não vejo razões para alterar o voto. E os motivos são sucintos e suficientes.

Primeiro, não se tem notícia de que o material tenha sido submetido a escrutínio pelas autoridades judiciárias antecedentes, descabendo à Suprema Corte conhecer originariamente da matéria, sob pena de indevida supressão de instância, na medida em que o Supremo Tribunal Federal não funciona como órgão de revisão direta de atos jurisdicionais imputados a Juízes de primeiro grau.

Segundo, não se trata de fato notório em sentido técnico processual, apto a independe de qualquer prova, inclusive quanto à licitude do material. A propósito, esta Suprema Corte já se inclinou pelo reduzido valor probatório de reportagens de conteúdo jornalístico, ainda que manejadas em favor do acusado. Nesse sentido: HC 89398, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2007.

Terceiro, ainda que se admitisse a possibilidade, em tese, de uso em favor do acusado de prova ilicitamente obtida, essa providência inserir-se-ia no campo da validade. Nada obstante, a confiabilidade desses elementos, a meu ver, dependeria de prévio exame e reconhecimento, em sede jurisdicional própria, de sua autenticidade e integridade, aspectos que refogem à espacialidade deste *habeas corpus*.

Desse modo, as informações noticiadas pela defesa não permitem, ao menos por ora, nesta sede, o reconhecimento do alegado constrangimento ilegal.

5. Indiscutivelmente, em sede de *habeas corpus*, garantia que se volta à tutela do direito de locomoção, estamos no epicentro da ordem constitucional.

Ao Estado-Juiz, a Constituição confia a missão de sua guarda e preservação, sobretudo sob a perspectiva de controle de ações que desvirtuem seus comandos.

Nessa perspectiva, esta Suprema Corte, desempenhou, desempenha e deve desempenhar relevante papel na redução de incertezas do sistema jurídico, almejando angariar a fortalecer a confiança que a Constituição almejou às instituições.

No campo judicial, a redução da indeterminação da compreensão da ordem normativa passa, de modo inescapável, à observância do dever de coerência, autorreferência, manutenção da segurança jurídica e pela prestação de contas do intérprete sob o enfoque da construção, aplicação e eventual superação de precedentes. Nessa ambiência, situações similares demandam respostas jurisdicionais que correspondam à exata medida dessa similaridade.

Assim, a Constituição da República, bem suas como suas leis posteriores ou recepcionadas, estabelecem parâmetro para se propiciar a estabilidade e previsibilidade do ordenamento jurídico, conferindo substrato apto a garantir, na medidas das possibilidades, o caráter universalizável das respostas jurisdicionais.

Isso não significa defender a existência de uma solução jurisdicional única, que poderia ser despótica ou arbitrária, mas sua vinculação à unidade do sistema normativo.

6. Tenho posição firme no sentido de que o processo penal não configura, e não pode configurar, instrumento avesso ao respeito e proteção de direitos fundamentais. Ao contrário.

Não se sustenta, a meu ver, a compreensão no sentido de que, inclusive no âmbito penal, a concretização de direitos fundamentais seja alcançada tão somente por intermédio de posturas passivas do Estado. Vale dizer, o Direito Penal, além de atuar como obstáculo ao arbítrio

estatal, verdadeiro meio de defesa e vedação do excesso, também desempenha o relevante papel de implementação dos interesses constitucionalmente resguardados.

Em outras palavras, o Direito Penal é meio não apenas de **respeito** a direitos fundamentais do acusado, mas, sobretudo, de **proteção** e **promoção** de interesses titularizados por terceiros e considerados relevantes pelo corpo social.

Ainda quanto à vocação do Direito Penal para tutelar direitos fundamentais, apenas a título ilustrativo, cito que a Constituição da República contempla explícitos mandados de criminalização de condutas afetas a racismo (art. 5º, XLII), tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo (art. 5º, XLIII), retenção dolosa de salário (art. 7º, X), lesões ao meio ambiente (art. 225, §3º) e exploração sexual de crianças e adolescentes (art. 227, §4º), impondo a tipificação penal ou, em determinados casos, delimitando balizas mínimas de intensidade da resposta penal.

Mais recentemente, aponta-se que a necessidade de tutela de direitos fundamentais não se exaure na simples tipificação de condutas reprováveis, alcançando também a responsabilidade estatal de adimplemento de **obrigações processuais positivas** voltadas à elucidação de fatos e eventual aplicação das consequências penais de um possível juízo de culpabilidade.

Nessa exata direção, precisas são as observações, traçadas no contexto da colaboração premiada mas aplicáveis ao processo penal em geral, de Daniel Sarmiento:

“Portanto, não se trata de trocar um processo penal centrado nas ‘garantias’ por outro cujo foco seja a ‘eficiência’ no combate ao crime. Cuida-se, isso sim, de perseguir simultaneamente, de forma proporcional, esses dois objetivos, pois ambos possuem sólido lastro constitucional. Vale dizer, trata-se de, sem compromisso das garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal, cujo respeito é incontornável no Estado de Direito, buscar-se a

eficiência na investigação e persecução penal – especialmente crimes do colarinho branco, tradicionalmente impunes no Brasil -, **em prol da proteção de bens jurídicos constitucionalmente valiosos.**

(...)

Pode-se dizer, portanto, que **os direitos fundamentais figuram nos dois polos da equação constitucional que subjaz à colaboração premiada: o instituto não pode ser delineado e aplicado de forma a violar direitos fundamentais de colaboradores ou de delatados, mas tampouco pode ser debilitado a ponto de desproteger os direitos fundamentais da população, que são vulnerados pelo crime organizado e pela corrupção.**” (Colaboração premiada. Competência do Relator para homologação e limites à sua revisão judicial posterior. Proteção à confiança, princípio acusatório e proporcionalidade. *In* Direitos, Democracia e República: escritos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 449/48, *grifei*)

Há, portanto, apenas uma aparente dicotomia entre a persecução penal e os direitos fundamentais. Trata-se, por assim dizer, de falso dilema.

O que pretendo enfatizar, portanto, é que não considero adequada a realização de verdadeira opção plebiscitária entre a eficiência da persecução penal e a garantia de direitos fundamentais. Na minha óptica, em verdade, tais interesses, embora até possam ser aparentemente contrapostos e alvo de certa tensão, devem ser conciliados e perseguidos de forma simultânea.

O desafio que se instaura é o alcance de um ponto de equilíbrio, que, a um só tempo, dissipe perversa seletividade penal, observe os ditames republicanos, salvaguarde as garantias processuais dos acusados e promova a adequada proteção de bens jurídicos relevantes sob o prisma penal.

7. Feita essa contextualização, rememoro o que está em causa nesta impetração.

HC 164493 / PR

Conforme enfatizei em meu voto, o que se debate nestes autos, nos limites da hipótese de cabimento prevista no art. 5º, LXVIII, CRFB e observada a competência conferida a esta Corte pelo art. 102, também da CRFB, consiste precisamente no exame de eventual caracterização de constrangimento ilegal imputável ao Superior Tribunal de Justiça **em razão de julgamento ocorrido em 21.11.2017** (AgRg nos EDcl no HC 398.570/PR) e que, na visão da defesa, traduziria lesão ou ameaça ao direito de locomoção do paciente.

Para tanto, sustenta-se, por força de alegada **inimizade capital** em relação ao ora paciente (art. 254, I, CPP), a configuração de suspeição da autoridade judiciária que subscreveu a sentença condenatória, posteriormente confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Não está em debate neste momento, portanto, o acerto ou desacerto dos atos jurisdicionais praticados em primeiro grau, ou, até mesmo, eventuais contrariedades normativas desses atos, aspectos que, sendo o caso, são passíveis de controle pelas vias recursais próprias.

A propósito, como bem retratado pelo eminente Min. Gilmar Mendes no HC 95.518/PR, julgado por esta Turma em 28.5.2013, *“não é possível confundir excessos com parcialidade”*, de modo que não há coincidência necessária entre os campos da incorreção jurisdicional e da vulneração à imparcialidade judicial.

Em suma, atuação judicial rigorosa, ainda que, obviamente, passível de controle pelas vias recursais, não é sinônimo de atuação parcial ou destituída de impessoalidade.

O que se examina nesta sede, sobretudo, é a cogitada ilegitimidade subjetiva da atuação da autoridade judiciária então oficiante na ação penal de origem, cabendo salientar que eventual equivocidade de decisões judiciais não acarreta automática infirmação da imparcialidade do julgador.

8. Diante do contexto exposto, por não constatar demonstração de constrangimento ilegal imputável à autoridade coatora, não vejo como conceder a ordem pleiteada.

HC 164493 / PR

Adiciono que eventuais irregularidades que eventualmente comprometam o devido processo legal devem efetivamente ser objeto de atenção e controle a ser exercitado pela Suprema Corte. Nada obstante, tal proceder, sendo o caso, deve ser implementado com irrestrito lastro na ordem normativa e com observância dos lindes dos instrumentos de impugnação previstos no sistema processual.

Acrescento, por fim, que a imposição ou manutenção de respostas penais em casos em que demonstrado o juízo de culpabilidade e respeitadas as regras do devido processo legal, constitui tarefa que integra o cotidiano e os deveres funcionais dos Juízes, inclusive desta Suprema Corte.

Esse procedimento desvela tão somente o cumprimento de dever de ofício judicial.

Portanto, nos limites da controvérsia posta, **mantenho o voto anteriormente proferido.**