

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 180.985 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
AGTE.(S) : LUIZ INACIO LULA DA SILVA
ADV.(A/S) : CRISTIANO ZANIN MARTINS
AGDO.(A/S) : RELATOR DO HC Nº 552.733 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: 1. Trata-se de Agravo Regimental (e.Doc. 20) interposto em 17.2.2020 por Luiz Inácio Lula da Silva contra decisão monocrática que negou seguimento ao presente *habeas corpus* impetrado em seu favor, com fulcro na Súmula 691/STF.

Em suas razões recursais, rememora a defesa técnica que (a) o recorrente responde à Ação Penal 5063130-17.2016.4.04.7000/PR, na qual se encontram coligidas provas ilícitas; (b) para atestar a ilicitude desse acervo probatório, o assistente técnico da defesa elaborou perícia complementar em material cujo acesso foi autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão unipessoal lavrada pelo Ministro Edson Fachin, na Reclamação 33.543; (c) na sequência, arguiu o denominado Incidente de Ilicitude de Prova (Processo nº 5057394-3.2019.4.04.7000/PR), indeferido liminarmente pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, em razão da preclusão da matéria; e da falta de interesse jurídico, porquanto as questões deveriam ser tratadas na própria ação penal; (d) a autoridade coatora indeferiu pedido liminar de suspensão da marcha processual da Ação Penal 5063130-17.2016.4.04.7000/PR até o julgamento de mérito da impetração ingressada perante o Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta, nesse contexto, a presença de flagrante ilegalidade passível de superar o óbice da Súmula 691/STF, porquanto o incidente processual foi indeferido sumariamente, nada obstante ter sido atestada na avaliação pericial complementar “a ilicitude de material fornecido (supostas cópias dos sistemas ‘MyWebDay’ e ‘Drousys’) pela empresa Odebrecht e pessoas a ela relacionadas, bem como do material supostamente fornecido pelas Autoridades Suíças ao Ministério Público Federal que foram utilizados para instruir a Ação Penal supracitada”.

Contrapõe-se à preclusão da matéria, pois os fundamentos

HC 180985 AGR / RS

invocados para suscitar o incidente processual decorreram de perícia técnica complementar realizada em novos elementos, obtidos com autorização do Supremo Tribunal Federal, justamente para prevenir irregularidades processuais, tendo em vista as “limitações indevidas” impostas à época do primeiro estudo técnico pericial.

Ressalta, quanto ao ponto, que apenas na segunda perícia o “Assistente Técnico da Defesa teve a oportunidade de apontar elementos mais profundos sobre a quebra da cadeia de custódia da prova e a inobservância das regras de cooperação internacional entre Brasil e a Suíça”, aptos a suscitar o incidente processual, cujo processamento confere eficácia à própria decisão da Suprema Corte que permitiu acesso ao aludido material.

Pormenoriza a defesa constituída os elementos passíveis a demonstrar a alegada ilicitude da prova, para, então, ressaltar a necessidade de análise desse acervo pelo Estado-Juiz, sob pena de afronta aos postulados constitucionais e legais que inadmitem a possibilidade do uso de provas maculadas por tal vício (art. 5º, LVI, da Constituição Federal e art. 157 do Código de Processo Penal).

Defende, ademais, o manifesto interesse jurídico na propositura do incidente processual para o fim de se obter o reconhecimento da alegada ilicitude do acervo probatório delimitado e, por consequência, o seu imediato desentranhamento do feito penal, conforme sistemática expressa no referido art. 157 do Código de Processo Penal.

Articula que a persecução criminal instaurada em face do recorrente está na iminência de prolação de sentença de mérito, “sem que lhe tenha sido dada a oportunidade de comprovar a ilicitude da prova que embasa a alegação de autoria da acusação”.

Aponta, ao final, a ocorrência de afronta à garantia da fundamentação das decisões judiciais pelos pronunciamentos antecedentes.

Requer, desse modo, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão da insurgência a julgamento pelo órgão colegiado, para que seja determinada:

“(a) concessão de medida liminar para o fim de suspender

HC 180985 AGR / RS

a marcha processual da apelação criminal nº 5063130-17.2016.4.04.7000/PR até o julgamento de mérito do presente *Habeas Corpus*; e (b) no mérito, confirmada a liminar, seja concedida a ordem de *Habeas Corpus* para o fim de declarar a nulidade da decisão que indeferiu o do Incidente de Ilicitude de Prova nº 5057394-13.2019.4.04.7000/PR, determinando-se o regular processamento do incidente e a apreciação do pedido ali formulado antes do encerramento da fase de instrução; ou, ainda, a declaração da nulidade de todos os atos processuais ocorridos após a apresentação do incidente de ilicitude da prova antes referido”.

Foram prestadas informações pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR (e.Doc. 25), em face das quais sobreveio manifestação do agravante (e.Docs. 26 a 29).

Em suas contrarrazões, a Procuradoria-Geral da República “*manifesta-se pelo não provimento do recurso, com a manutenção da decisão agravada em todos os seus termos*” (e.Doc. 32).

Em nova manifestação, o agravante apresenta documentos (e.Docs. 36 a 43).

Na sequência (e.Doc. 45), o recorrente formula pedido superveniente de “*aditamento do presente habeas corpus e do agravo regimental*”, tendo em visa o julgamento monocrático do HC 552.733 no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Articula, para tanto, que (a) está superada a celeuma quanto ao óbice da Súmula 691/STF; (b) a decisão incorreu em ofensa ao princípio da colegialidade previsto no Regimento Interno do STJ; e (c) a ilicitude da prova pode ser declarada, dentre outros, por meio do incidente processual, o que necessariamente deve ocorrer antes da prolação de sentença, “*de forma que o decisum não seja contaminado pelos fatos apreciados em seu bojo sobre provas inadmissíveis*”.

Postula, ao final, a “*reapreciação do pedido liminar pelo e. Ministro com a consequente concessão para determinar a suspensão do curso da Ação Penal nº 5063130-17.2016.4.04.7000/PR*”; ou a imediata submissão do recurso ao

HC 180985 AGR / RS

juízo pelo colegiado, a fim de “*declarar a nulidade da decisão que indeferiu o do Incidente de Ilicitude de Prova nº 5057394-13.2019.4.04.7000/PR, determinando-se o regular processamento do incidente e a apreciação do pedido ali formulado antes do encerramento da fase de instrução; ou, ainda, a declaração da nulidade de todos os atos processuais ocorridos após a apresentação do incidente de ilicitude da prova antes referido*”.

Em despacho de 21.9.2020, converteu-se o feito em autos físicos para viabilizar a juntada da mídia digital apresentada pelo agravante (e.Docs. 27 e 50).

Instada, a Procuradoria-Geral da República, frisando a inaptidão do *habeas corpus* para fins de dilação probatória, pugna pelo desentranhamento da documentação complementar pelo agravante.

Além disso, reitera a compreensão exposta em contrarrazões, ao tempo em que noticia o julgamento do HC 552.733 pelo Colegiado da Quinta do Superior Tribunal de Justiça (fls. 980-984).

É o relatório. Decido.

2. Preambularmente cumpre assentar que, conforme noticiado pela Procuradoria-Geral da República às fls. 983-984, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento ocorrido em 1.9.2020, negou provimento ao agravo regimental interposto pelos impetrantes contra o ato aqui apontado como coator.

Tal circunstância, nos termos de entendimento que vem sendo adotado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, não prejudica a análise desta impetração. A propósito:

“Agravo regimental no habeas corpus. 2. Habeas corpus impetrado contra decisão que indefere liminar no STJ. 3. Julgamento de mérito naquela Corte não prejudica a análise do pedido. 4. Precedentes. 5. Agravo regimental provido para conhecer do *writ*” (HC 145.163 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29.6.2018).

Ademais, a defesa constituída, em manifestação pretérita (fls. 943-

HC 180985 AGR / RS

948), aditou a peça inicial e o presente agravo regimental diante do então julgamento unipessoal de mérito do HC 552.733 pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na oportunidade, consignou (e.Doc. 45):

“Por outro lado, diante das novas teses aventadas pelo relator dos autos em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça, pelo rigor processual seria necessária nova impetração de *habeas corpus* tendo em vista que o presente procedimento, em tese, teria perdido o objeto, já que a nova decisão substituiu a decisão liminar, tornando-a definitiva.

No entanto, pela economia processual, e por todo o trabalho jurisdicional já empreendido no presente procedimento, não é nada razoável que esta Defesa assim proceda – tendo em vista que o objeto na realidade, não se alterou mas tão somente foram adicionadas novas teses para justificar a coação ilegal ao paciente atribuída pela 13ª vara Federal de Curitiba e mantida pelo Tribunal Regional da 4ª Região — sendo mais viável e coerente, dada a contemporaneidade processual já amplamente discutida não só nos tribunais, mas até mesmo nas faculdades de direito, o ADITAMENTO do presente *habeas corpus* e do agravo regimental através da presente petição, o que ora se passa a fazer”.

Considerado esse panorama de cognição mais verticalizada sobre o objeto da controvérsia, depreende-se dos autos que o Juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR indeferiu o processamento do Incidente de Falsidade Criminal 5057397-13.2019.4.04.7000, incidental à Ação Penal 5063130-17.2016.4.04.7000, sob os fundamentos da preclusão da matéria e da ausência de interesse jurídico. Eis os fundamentos do *decisum* (fls. 114-117):

"Trata-se de incidente de ilicitude de prova, ajuizado pela Defesa do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

HC 180985 AGR / RS

A discussão cinge-se ao reconhecimento da nulidade da prova extraída dos sistemas de contabilidade da Odebrecht, utilizada na ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000.

Em síntese, alegou que haveria quebra da cadeia de custódia da prova, tendo havido vícios nos procedimentos de cooperação internacional para a transmissão da prova. Baseia as suas conclusões, especialmente, no parecer apresentado em 21/10/2019 pelo assistente técnico da Defesa nos autos da ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000 (*evento 2002*).

Decido.

A discussão acerca da quebra da cadeia de custódia dos sistemas de contabilidade da Odebrecht não é novidade.

Veja-se, nesse sentido, que no primeiro parecer apresentado pelo assistente técnico da Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva, na ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000, em 02/04/2018 (*evento 1626*), já havia o questionamento acerca da quebra de cadeia de custódia da prova:

[...]

Na época em que elaborado tal parecer, não houve distribuição de incidente de falsidade ou de ilicitude.

Destarte, a questão está preclusa.

Não ignora este Julgador a decisão proferida em 10/09/2019 pelo Eminentíssimo Ministro Edson Fachin, na Rcl 33.543-AgR, facultando a elaboração de novos pareceres técnicos pelas Defesas cadastradas na ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000.

Ocorre que o novo parecer, elaborado em 21/10/2019, repete a conclusão relativa à quebra de cadeia de custódia dos sistemas da Odebrecht, já conhecida há mais de ano e meio pelos defensores do ex-Presidente.

A confirmar que não há novidade no alegado pela Defesa, transcreve-se trecho do novo parecer técnico (ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000, *evento 2002*, anexo2, fl. 5):

'O presente trabalho tem por objetivo ratificar e complementar o Parecer Técnico Pericial Divergente em relação as considerações contidas no Laudo de Perícia

HC 180985 AGR / RS

Criminal Federal nº 0335/2018 - SETEC/SR/PF/PR, datado de 02 de Abril de 2018. O trabalho foi realizado após decisão proferida pelo Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, na Reclamação nº 33.543/PR'.

Não há demonstração de que o novo acesso ao objeto de perícia permitiu a obtenção de informações antes não disponíveis a respeito da cadeia de custódia da prova.

A falsidade deve ser alegada na primeira oportunidade possível, quando disponíveis à Defesa as informações necessárias a instruí-lo.

Assim, o incidente, se é que cabia, deveria ter sido ajuizado quando da obtenção da informação de possíveis vícios na transmissão dos sistemas da Odebrecht, o que teria ocorrido, no máximo, até 02/04/2018, data da juntada do primeiro parecer técnico da Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva aos autos da ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000.

A Defesa do ex-Presidente, por outro lado, permaneceu inerte por longo período, mesmo lhe sendo acessível o substrato necessário a fundamentar o alegado no presente incidente.

A confecção de um de novo parecer, em 10/09/2019, explorando tese já conhecida há tempos pela Defesa, não reabre a possibilidade de discussão da chamada ilicitude na via do incidente.

Não há, ademais, direito de guardar o questionamento para o momento defensivamente mais oportuno.

(...)

O processo é uma marcha para frente e não para trás, não cabendo o retorno a fases já superadas.

Destarte, pela intempestividade, o presente incidente deve ser indeferido

Além da preclusão, não vislumbro interesse jurídico a respaldar a instauração do presente incidente.

A quebra de cadeia de custódia dos sistemas de contabilidade da Odebrecht é, como visto, questão a ser examinada na ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000.

HC 180985 AGR / RS

A sua autenticidade e integridade, com as suas nuances próprias, vg. a possibilidade de alimentação do banco de dados, serão analisadas na sentença da mencionada ação penal, como já consignado na decisão de 02/05/2018, por meio da qual foi rejeitado o incidente de falsidade 5037409-29.2017.4.04.7000 (evento 147 daquele processo):

[...]

Não há, portanto, necessidade de travar nestes autos discussão que será objeto da sentença da aludida ação penal.

Ainda, as alegações de violação ao procedimento de cooperação jurídica internacional entre Brasil e Suíça (fls. 12-18 da petição de evento 1, inic1) são impróprias ao incidente, pois não tem relevância à constatação da eventual falsidade material dos sistemas da Odebrecht.

Igualmente impróprias são as alegações que se fundam em mensagens supostamente obtidas por hackeamento de autoridades (fls. 43-48 da petição de evento 1, inic1).

Por decisão de 17/09/2019, na ação penal 5063130-17.2016.4.04.7000 (evento 1955), indeferi pedido de compartilhamento de provas, com a finalidade de obtenção de tais mensagens, formulado pela Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva.

O decidido teve por base a decisão proferida em 03/09/2019 pelo Desembargador Federal João Pedro Gebran, na Apelação 5021365-32.2017.4.04.7000.

Supervenientemente, a questão foi apreciada pela Oitava Turma do E. TRF4, por agravo regimental, que foi rejeitado à unanimidade, j. 25/09/2019. Transcreve-se a ementa:

[...]

Com efeito, o mesmo aplica-se aqui para se concluir pela imprestabilidade dos fundamentos decorrentes de tais mensagens.

Ante o exposto, pela preclusão e pela falta de interesse, indefiro o presente incidente”.

Concernente à preclusão da matéria, tem-se que a renovação do

HC 180985 AGR / RS

exame pericial mediante análise de elementos até então desconhecidos pela defesa constituída, ainda que em voga tese defensiva já explorada nos autos, pode propiciar a instauração de incidente apto ao reconhecimento da ilicitude da indigitada prova, eis que, no sentir da defesa, a nova avaliação culminou na colheita de *“robustos elementos sobre a quebra da cadeia de custódia da prova e, ainda, sobre a inobservância do procedimento de cooperação internacional estabelecido entre o Brasil e a Suíça – cada um suficiente, por si só, para levar ao reconhecimento da ilicitude da prova”* (e.Doc. 1).

Desse modo, impõe-se assegurar o direito defensivo em fazer o efetivo uso desses elementos de prova, porque inéditos, uma vez obtidos apenas por autorização do Supremo Tribunal Federal, por intermédio do meio processual cabível e que melhor lhe aprouver, sem o entrave da equivocada preclusão.

Na linha de raciocínio cunhada pela defesa, haveria pouca eficácia facultar à defesa a realização de perícia mediante análise de acervo probatório mais abrangente, sem, contudo, admitir sua utilização em incidente processual sob o fundamento da preclusão.

De outro turno, tendo em conta a premissa de que a *“Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do ‘male captum, bene retentum’”* (HC 82788, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ 2.6.2006), ressalto o interesse jurídico da parte em assegurar a legitimidade do acervo probatório produzido no curso da persecução penal.

Sobressai, ao lado desse aspecto, que o fato de o magistrado compreender, de modo legítimo, que a apontada ilicitude da prova seria

HC 180985 AGR / RS

avaliada no momento da prolação da sentença tampouco inviabiliza a defesa arguir incidente com similar propósito, mediante o rito do incidente de falsidade disciplinado nos arts. 145 a 148 do Código de Processo Penal.

Nesse sentir, adverte a defesa que *“nunca se falou que a ilicitude da prova deve ser declarada exclusivamente por incidente processual, mas sim que é possível a discussão da matéria por tal meio processual”* (e.Doc. 45), sobretudo porque a ação penal, malgrado seu avançado estágio, ainda estava em curso, circunstâncias a igualmente corroborar o apontado interesse da parte.

Cumprе ressaltar que a compreensão ora externada não tangencia aspectos de mérito especificados pela defesa na peça de ingresso (fls. 12-21), ao qualificar o acervo que subsidiou o incidente processual como *“robustos elementos sobre tal ilicitude, seja pela quebra da cadeia de custódia da prova, seja pela inobservância das regras de cooperação internacional entre o Brasil e a Suíça”*. Na presente reavaliação da controvérsia, atesta-se tão somente a procedência da pretensão da parte agravante no que concerne à necessidade de processamento do incidente de falsidade.

3. Ante o exposto, com fundamento no art. 317, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, **concedo a ordem de habeas corpus para** *“declarar a nulidade da decisão que indeferiu o [processamento] do Incidente de Ilicitude de Prova nº 5057394-13.2019.4.04.7000/PR, determinando-se o regular processamento do incidente e a apreciação do pedido ali formulado antes do encerramento da fase de instrução”*.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 24 de fevereiro de 2021.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente