

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de agravo interno interposto pelo Ministério Público em face de decisão que, proferida pelo ministro Ricardo Lewandowski, concedeu “a ordem de habeas corpus, de ofício, apenas para determinar a anulação do édito condenatório em relação” ao ora agravado.

Alega, para tanto, a inviabilidade da concessão da ordem de *habeas corpus*, em razão da supressão de instância e da necessidade de reexame de aspecto fático-probatório. Sustenta, ademais, que a nulidade reconhecida pela decisão agravada “não é suficiente, portanto, para influir no resultado do processo”, em razão de que “o delito de corrupção eleitoral, descrito no art. 299 do Código Eleitoral, constitui crime formal, dispensando, nesse passo, a comprovação da ocorrência de algum resultado”.

Adoto, no mais, o relatório elaborado pelo ministro Relator.

Esse o contexto, passo ao voto.

Preliminarmente, ao contrário do que alega o recorrente, não vejo óbice para a concessão da ordem de *habeas corpus* na via recursal, pois há a possibilidade excepcional de concessão do *writ*, de ofício, quando evidenciada situação de flagrante ilegalidade ou de teratologia, nos termos do art. 654, §2º, do CPP.

No mérito, vale destacar, desde logo, a decisão agravada, no ponto em que reconhece as nulidades decorrentes do “rompimento da cadeia de custódia e a ausência do exame pericial em material extraído de equipamento eletrônico”. Confira-se:

Pelo que se colhe dos autos, o agravante foi condenado como incurso nas penas dos arts. 288 do Código Penal e 299 do Código Eleitoral por ter supostamente oferecido a inclusão de beneficiários no programa municipal “Cheque Cidadão” com a exigência de voto como contrapartida.

A reprimenda final foi consolidada – em relação ao recorrente – pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE/RJ) em 3 anos

e 8 meses de reclusão e 12 dias-multa, com a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, incluindo a proibição do exercício de qualquer cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, pelo referido período.

Pois bem. Registre-se, de saída, que, da detida análise das razões de decidir adotadas pelas instâncias de origem, conclui-se facilmente o rompimento da cadeia de custódia e a ausência do exame pericial em material extraído de equipamento eletrônico, o qual ancorou substancialmente a prolação do édito condenatório, em manifesta violação do disposto nos arts. 158 e 158-A, do Código de Processo Penal. Veja-se:

[...]

Como se nota, à míngua da realização de perícia no computador da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Humano e Social de Campos dos Goytacazes/RJ, de onde foram extraídos os dados impugnados, constata-se facilmente que não é possível assegurar, com segurança e de forma indene de dúvida, a autenticidade dos elementos informativos coligidos por meio de um pen drive.

Evidentemente também não é possível garantir a idoneidade da fonte dos dados ou a cadeia de custódia, uma vez que, conforme explicitado pelas instituições judiciais de origem, não houve a preservação do ambiente original para perícia, impedindo a realização de contraprova, o que malfez as citadas regras sobre a cadeia de custódia bem como os princípios do contraditório (art. 5º, LV, CF), do devido processo legal (art. 5º LVI, CF) e, por consequência, da inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LIV).

Verifica-se, portanto, que a higidez técnica de parcela dos elementos probatórios obtidos pela acusação, utilizados para ancorar o decreto condenatório, encontra-se comprometida.

[...]

Diante de tal panorama, constata-se que parte do material que fundamenta a condenação do recorrente está tismado de irregularidade. Por tal motivo a sanção processual cabível é a decretação de nulidade do édito condenatório ante o reconhecimento da ilicitude e, na hipótese da impossibilidade de perícia da fonte primária (computador), a ser enfrentada pelo juízo de origem, o desentranhamento da prova documental coligida a partir da busca e apreensão, nos termos do art. 157 do CPP.

Por fim, por não vislumbrar as demais irregularidades apontadas referentes à produção da prova emprestada, caberá ao magistrado de piso verificar a necessidade, ou não, de reabertura da fase instrutória.

Com efeito, no que se refere a ausência de perícia, destaco a regra prevista no art. 158 do Código de Processo Penal que impõe a realização de

exame de corpo de delito quando o delito deixar vestígios, sendo que sua falta é causa de nulidade, nos termos do art. 564, III, b, do Código de Processo Penal.

Observo, no caso, a ausência de apreensão e realização de exame pericial no computador de onde foram extraídos os documentos eletrônicos, por meio de *pen drives*, em decorrência de cumprimento a mandado de busca e apreensão.

Nesse contexto, como identificado no voto do eminente Relator, “constata-se facilmente que não é possível assegurar, com segurança e de forma indene de dúvida, a autenticidade dos elementos informativos coligidos por meio de um *pen drive*.”.

Como se sabe, as acusações penais não se presumem provadas, na medida em que o ônus da prova concernente aos elementos constitutivos do pedido (autoria e materialidade do fato delituoso) incumbe, exclusivamente, a quem acusa.

Esse entendimento tem sido observado em diversas ações de *habeas corpus*, de ambas as Turmas do Supremo (HC 107.801, Redator do acórdão o ministro Luiz Fux; HC 173.892 AgR-ED, ministro Gilmar Mendes; e RHC 138.715, ministro Ricardo Lewandowski).

No caso, ainda que reconhecidamente não periciado, o material extraído do citado *pen drive* foi utilizado para lastrear a sentença condenatória do agravado, valendo transcrever os seguintes fragmentos da decisão do Juízo de primeiro grau (eDoc 377) e do acórdão do Tribunal Regional Eleitoral do Estado Rio de Janeiro (eDoc. 378), respectivamente (grifei):

A detalhada lista reproduzida a fl. 30 é assaz esclarecedora da autoria e da materialidade da corrupção eleitoral, na proporção havida, em configuração sistêmica, envolvendo um enorme número de candidatos, alguns já vereadores, cabos eleitorais e assessores, e, ainda, valendo-se do aparelhamento da máquina estatal, sob a influente liderança do Sr. Anthony Garotinho e seus aliados.

2. Alegação de nulidade da prova documental consistente na lista contendo a indicação dos candidatos participantes do esquema de corrupção eleitoral. **O valor probatório dos documentos apreendidos**

na diligência de busca e apreensão já foi reconhecido por este Tribunal em diversas oportunidades, tanto em processos criminais como em processos de natureza cível-eleitoral, nas quais restou assentada a desnecessidade de realização de perícia para averiguar a sua autenticidade. Alegação de necessidade de exame de corpo de delito já rechaçada por esta Corte. Preliminar que se rejeita

Posto isso, entendo que o órgão acusador não reuniu provas aptas a formarem, para além de qualquer dúvida razoável, o juízo de certeza necessário à condenação, notadamente porque “não há como ter comprovava a materialidade da infração penal considerada apenas a lista apreendida, supostamente arquivada no mencionado *pen drive*”, nos termos do voto do ministro Relator.

Nesse sentido, o exame do conteúdo probatório produzido nestes autos inaugura, quando muito, situação de dúvida razoável quanto à materialidade do delito imputado ao ora agravado, o que, por certo, não seria suficiente para a formação do juízo condenatório, nos termos da jurisprudência deste Colegiado. Ilustram essa óptica a AP 421, ministro Roberto Barroso; a AP 612, ministro Ricardo Lewandowski; a AP 619, ministro Teori Zavascki; a AP 678, ministro Dias Toffoli; e a AP 676, ministra Rosa Weber, de cuja ementa transcrevo:

2. A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o *standard* anglo saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), o qual foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Por outro lado, vale destacar a importância da observação da cadeia de custódia, com o objetivo de manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado, de modo a assegurar seu rastreamento em todas as etapas de reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte, nos termos dos arts. 158-A a 158-E do Código de Processo Penal.

O dever de observância desse conjunto legal de procedimentos para a válida coleta de dados na fase investigatória, com objetivo de resguardar a

legitimidade e autenticidade dos elementos extraídos, possibilitando a ampla defesa do acusado, também foi ressaltado pelo eminente Relator ao destacar que “O Tribunal de origem, ao assentar a desnecessidade da realização de perícia para averiguar a fidedignidade dos dados extraídos do computador da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Humano e Social, tornou letra morta a imperatividade da manutenção da cadeia de custódia das provas, a revelar, por consequência, a imprestabilidade de qualquer informação que por acaso contivessem.” .

Desse modo, também vislumbro a ocorrência de ilegalidade evidente apta a justificar a concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício.

Em face do exposto, peço vênia aos entendimentos em contrário, para acompanhar o eminente Relator e **negar provimento** ao agravo.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 07/07/2014