



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 35.127 - RS (2013/0004245-4)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER  
RECORRENTE : CHRISTIANO DALMOLIN  
ADVOGADO : MAURICIO TASCA - RS077556  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. DESCAMINHO (CP, ART. 334). LEI 7.492/86 (LEI DO COLARINHO BRANCO), ART. 22, § ÚNICO. NULIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 2º DA LEI 9.296/1996. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE DECRETAÇÃO DA MEDIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

I - *"É inviolável o sigilo [...] das comunicações telefônicas, salvo [...] por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"* (CF, ART. 5º, XII).

II - A interceptação telefônica é medida extrema, que somente se justifica nas situações previstas na legislação de regência (Lei nº 9.296/1996).

III - Não se justifica a alegação de que não foram realizadas investigações prévias às interceptações telefônicas. No caso dos autos, o v. acórdão recorrido destaca que foram realizadas diligências preliminares pela Polícia Federal que resultaram no primeiro pedido de quebra de sigilo telefônico. Essa primeira quebra levou as autoridades a formular um segundo pedido de interceptação, que incluía novos terminais telefônicos.

IV - Não há falar em nulidade da decisão que deferiu a interceptação telefônica por insuficiência de fundamentação, **pois o magistrado deferiu a medida com fulcro no preenchimento dos requisitos do art. 2º da Lei n. 9.296/96**, vale dizer, por entender que havia indícios razoáveis da autoria delitiva; e os fatos investigados constituíam infrações penais puníveis com pena de reclusão.

V - *"É ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos alternativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável"* (RHC n. 79.999/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 3/3/2017).

**Recurso ordinário não provido.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de agosto de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 35.127 - RS (2013/0004245-4)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto por CHRISTIANO DALMOLIN, em face de v. acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Depreende-se dos autos que o ora recorrente, suspeito de envolvimento nos delitos de descaminho, receptação e evasão de divisas (pois, supostamente, integraria "*uma organização criminosa internacional especializada na comercialização de metais preciosos, com atuação no Brasil, na Argentina e no Uruguai*" - fl. 4.785), teve seu **sigilo telefônico interceptado** em virtude de r. decisão proferida pelo ilustre Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Porto Alegre.

Irresignada, a defesa interpôs **habeas corpus** na origem alegando a nulidade da decisão que deferiu as interceptações telefônicas. Ao examinar o **habeas corpus** impetrado em face desse ato, o eg. TRF da 4ª Região denegou a ordem em acórdão que possui a seguinte ementa (fl. 4.710):

*"HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. DILIGÊNCIA INAUGURAL DA INVESTIGAÇÃO. LEI Nº 9.296/96. REQUISITOS. NULIDADE DA DECISÃO. NÃO OCORRÊNCIA.*

*- Verificado o atendimento dos requisitos contidos na Lei nº 9.296/96, descabe falar na nulidade da decisão que determinou a quebra do sigilo das comunicações telefônicas do investigado.*

*- Não procede a alegação de que a interceptação telefônica foi utilizada para iniciar a investigação quando a autoridade policial realizou diligências que precederam tal medida.*

*- Carece de fundamentação a decisão na qual o juiz não expõe as suas razões de decidir. Diversa é a situação em que o julgador, de forma sucinta, apresenta os respectivos fundamentos, circunstância que não afronta o preceito contido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.*

*- A efetiva existência de meios de investigação diversos da interceptação telefônica, e eficazes, constitui matéria que exige aprofundado revolvimento de matéria fático-probatória, própria da instrução criminal, não se mostrando adequado tal proceder nos estreitos limites do habeas corpus.*

*- 'O artigo 2º da Lei n. 9.296/96 deve ser visto com os*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*temperos do razoável, pois há casos em que outros meios de prova poderão existir, mas resta saber se serão meios suficientes de prova, podem não ser e ao constatar-se isso, será tarde demais' (TRF-3ª Região, HC nº 2011.03.00016142-8, 5ª Turma, Juíza Federal Louise Filgueiras - convocada, D.E. 26-08-2011)."*

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, ante a inexistência de qualquer obscuridade, conforme se constata do v. acórdão de fls. 4.731-4.736, cuja ementa segue transcrita:

*"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. NULIDADE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. - Não se evidenciando que o acórdão recorrido incorreu em obscuridade, descabe o acolhimento dos embargos de declaração".*

No presente recurso ordinário, o recorrente alega a nulidade da r. decisão que autorizou a interceptação de suas comunicações telefônicas, pois, segundo argumenta, teria desrespeitado a Lei 9.296/96, uma vez que **(i)** a interceptação não seria o único meio de prova disponível (art. 2º, II); **(ii)** não estaria devidamente fundamentada e **(iii)** não restou demonstrada a real necessidade da medida (fl. 4.751).

Sustenta que as interceptações telefônicas seriam nulas pois não foram realizadas investigações prévias para o seu deferimento (fl. 4.748).

Salienta, ainda, que outro ponto levantando na impetração foi a carência de fundamentação na decisão que decretou a quebra do sigilo telefônico do recorrente, e que "O tribunal, todavia, denegou a ordem também com relação a esse ponto, afirmando que "A necessidade de motivação das decisões judiciais, preceito assegurado na atual constituição federal, reside na necessidade de possibilitar a parte promover sua defesa..." (...). Diversa é a situação na qual o julgador, de forma sucinta, sem extensa fundamentação, expõe suas razões de decidir. Nessa hipótese, descabe falar em afronta ao mencionado preceito constitucional'" (fl. 4.749).

Pontua que "Não ocorrendo a motivação necessária, a qual não deve ser entendida como mera formalidade,<sup>1</sup> a decisão deve ser anulada por carência na sua fundamentação. No caso concreto, ao contrário do afirmado pela autoridade coatora, a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*decisão 3842276, que determinou a quebra do sigilo telefônico do ora recorrente, não respeitou os requisitos legais" (fl. 4.752).*

*Afirma, também, que "o magistrado que decidiu pela interceptação telefônica do recorrente, ao motivar sua decisão com base (a) nas informações prestadas pela autoridade uruguaia e (b) na profissão de diretor de empresa do lá representado, atribuiu, em momento embrionário, afirmação de possível prática delituosa sem a indicação de reais indícios de prática de crime" (fl. 4.756).*

*Por fim, aponta a invalidade do ato questionado em face da violação da "parte inicial do parágrafo 19 do artigo 18 da Convenção de Palermo, na medida em que tal dispositivo refere que o Estado Parte requerente não poderá utilizar as informações fornecidas pelo requerido, para fins de investigação, sem o consentimento prévio do Estado Parte requerido" (fl. 4.757).*

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 4.782-4.789, opinou pelo desprovimento do recurso, em parecer assim ementado:

**"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA INTERNACIONAL. CRIMES DE DESCAMINHO, RECEPÇÃO E EVASÃO DE DIVISAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPRESCINDIBILIDADE. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 2º DA LEI 9.296/96. PRETENSÃO A AMPLA E APROFUNDADA INCURSÃO NO ACERVO PROBATÓRIO. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA MANDAMENTAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO COMPROVADA DE PLANO. PARECER PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO".**

Às fls. 4.876-4.883 o recurso ordinário em **habeas corpus** foi julgado pela Quinta Turma, tendo seu provimento negado por unanimidade.

Do referido julgamento, o recorrente opôs embargos de declaração, que foram acolhidos para anular o julgamento do recurso citado, a fim de possibilitar ao defensor a realização da pretendida sustentação oral.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 35.127 - RS (2013/0004245-4)

### EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. DESCAMINHO (CP, ART. 334). LEI 7.492/86 (LEI DO COLARINHO BRANCO), ART. 22, § ÚNICO. NULIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 2º DA LEI 9.296/1996. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE DECRETAÇÃO DA MEDIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

I - *"É inviolável o sigilo [...] das comunicações telefônicas, salvo [...] por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"* (CF, ART. 5º, XII).

II - A interceptação telefônica é medida extrema, que somente se justifica nas situações previstas na legislação de regência (Lei nº 9.296/1996).

III - Não se justifica a alegação de que não foram realizadas investigações prévias às interceptações telefônicas. No caso dos autos, o v. acórdão recorrido destaca que foram realizadas diligências preliminares pela Polícia Federal que resultaram no primeiro pedido de quebra de sigilo telefônico. Essa primeira quebra levou as autoridades a formular um segundo pedido de interceptação, que incluía novos terminais telefônicos.

IV - Não há falar em nulidade da decisão que deferiu a interceptação telefônica por insuficiência de fundamentação, **pois o magistrado deferiu a medida com fulcro no preenchimento dos requisitos do art. 2º da Lei n. 9.296/96**, vale dizer, por entender que havia indícios razoáveis da autoria delitiva; e os fatos investigados constituíam infrações penais puníveis com pena de reclusão.

V - *"É ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos alternativos às autoridades para a*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável"*(RHC n. 79.999/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 3/3/2017).

**Recurso ordinário não provido.**

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Busca-se, no presente recurso ordinário, o reconhecimento da *"nulidade da interceptação telefônica decretada contra o recorrente"* (fl. 4.759 do recurso ordinário).

Inicialmente, o recorrente alega que *"um dos pontos que se buscava a anulação da interceptação [...] era no de que não foram realizadas investigações prévias. Ao contrário, foram realizadas interceptações para investigar [...]"* (fl. 4.748). Aduz que o nome do recorrente *"adveio de informação repassada por autoridade estrangeira que monitorava telefones de indivíduos uruguaios que residiam em Montevideú"* (fl. 4.749).

A alegação **não merece prosperar.**

Com efeito, no caso dos autos, segundo se pode depreender do v. acórdão atacado, à fl. 4.705, **a Polícia Federal Brasileira foi informada, mediante Ofício encaminhado pelo Ministério do Interior do Uruguai, de que investigações realizadas naquele país deram conta da existência de uma organização criminosa internacional, especializada no comércio de metais preciosos e semipreciosos. A quadrilha teria atuação no Brasil, no Uruguai e na Argentina** (fl. 4.705)

**Diante disso**, conforme acórdão recorrido, à fl. 4.705, a Polícia Federal realizou diligências preliminares e requereu a **quebra de sigilo de dois terminais telefônicos existentes aqui no Brasil**. Essa primeira medida de interceptação telefônica revelou a existência de mais pessoas envolvidas com os fatos apurados, o que levou a autoridade policial a requerer uma segunda quebra de sigilo relativa a outros terminais



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

telefônicos (fl. 4.705 do acórdão questionado).

Daí porque não se pode falar em falta de investigações preliminares que deram ensejo ao pedido de quebra de sigilo.

**Superada essa questão**, resta analisar as alegações relativas à **nulidade da r. decisão** que autorizou a referida interceptação.

**Segundo o recorrente**, o r. decisório teria desrespeitado a Lei nº 9.296/96, uma vez que a interceptação **não seria o único meio de prova disponível** (art. 2º, II); **não estaria devidamente fundamentada e não restou demonstrada a real necessidade da medida** (fl. 4.751 da petição do recurso ordinário em **habeas corpus**).

No que concerne à **nulidade do ato por falta de fundamentação**, cumpre trazer à **colação o trecho da r. decisão ora vergastada, verbis**:

*"[...] as autoridades uruguaias estão investigando organização criminosa internacional dedicada ao contrabando de metais preciosos.*

*Após o início da investigação pela Polícia Federal, e o compartilhamento das primeiras informações entre as autoridades uruguaias e brasileiras, veio aos autos o Ofício n.º 874/2008, juntado nas fls. 48-73, no qual a autoridade policial uruguaia descreve pormenorizadamente as investigações empreendidas até o momento naquele país.*

*Há notícia de fatos passíveis de subsunção à legislação brasileira.*

*Em 28/7, pessoa identificada como Cristiano teria entrado em contato telefônico com membros da organização criminosa e realizado transação. O terminal utilizado na transação estava localizado em quarto de hotel ocupado por CHRISTIANO DALMOLIN (...) o qual seria Diretor para Exportação da empresa ARTEFATOS DE METAIS SEBBEN LTDA (www.sebben.com.br), especializada na fabricação de jóias em prata ou folheadas a ouro e prata, com fábricas na cidade de Guapore e Anta Gorda, usuário do telefone 54-3443.6383 (BRASIL TELECOM).*

*[...]*

**A ligação dos representados ao comércio de, metais preciosos, associada ao envolvimento na transação com os membros da organização investigada são suficientes para ligar os representados aos fatos, autorizando a quebra de sigilo requerida.**

*As autoridades informaram, ainda, contatos recentes tratando de transações da organização investigada envolvendo o território nacional.*

*Segundo informado, GARCIA, usuário do telefone 51-9965.9888, estaria interessado em comprar material para os próximos dias. Dito telefone está cadastrado em nome de ROSANA LEITAO DOS SANTOS, CIC(MF) 393.569.140-87, com endereço na Rua 82, 330, Bairro Aberta dos Morros, cidade de Porto Alegre, empresária sob a firma ROSANA JÓIAS, CNPJ 07434139/0001-92, com endereço na Rua Otávio Rocha,*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

40, sala 20, nesta cidade de Porto Alegre.

Também ROGÉRIO, usuário do terminal 54-3443.2699, estaria interessado em começar embarques para os próximos dias. Tal telefone esta cadastrado em nome de CRIAÇÕES SAFIRA LTDA, CNPJ 94079951/0001-41, localizada na Avenida Silvio Sanson, 310, Guapore, tendo como contato a pessoa de nome ROGÉRIO, usuário do telefone 54-3443.2706.

**A ligação desses representados ao comércio de jóias, associada informação da autoridade policial estrangeira, são suficientes para ligar os representados aos fatos, autorizando a quebra de sigilo requerida.**

Por fim, a autoridade uruguaia noticia que pessoa de nome MARIO, usuário do telefone 11-8395.0055, **estaria negociando 200 quilos**, não sendo informado qual o material, que seria transportado por Eduardo, de nacionalidade uruguaia, proprietário de um veículo Peugeot 504 Verde. Este telefone está registrado em nome de ERIKA RENATA DA SILVA, CIC(MF) 070.651.278-26, com endereço na Rua Prefeito Fábio Prado, 125, Vila Jardim Mariana, cidade de Sida Paulo/SP. Muito embora inexista maiores informações sobre a ligação dessas pessoas com o comércio de metais preciosos, a informação policial, fundada em interceptação telefônica autorizada naquele país, é suficiente para indicar a participação desse representado nos fatos em investigação.

ANTE O EXPOSTO, decreto a quebra do sigilo telefônico, de dados e escuta de JOÃO LUÍS SARTORI, telefone 54-3443.2593 (BRASIL TELECOM)-CHRISTIANO DALMOLIN, 54-3443.6583 (BRASIL TELECOM)' OSVALDO ÂNGELO FREGONESE TONIOLO, 54-9947.8609 (VIVO); MÁRIO, usuário do telefone cadastrado em nome de ROSANA LEITÃO DOS SANTOS; ROGÉRIO, usuário do terminal 54-3443.2699, cadastrado em nome de CRIAÇÕES SAFIRA LTDA, e 54-3443.2706.

Expeçam-se os alvarás, com as especificações requeridas pela autoridade representante.

**Os alvarás terão a validade de 15 dias (Lei 9.296/96 art. 5º), contados a partir de sua efetiva implementação. Deverá a Autoridade Policial apresentar relatório circunstanciado das diligências (Le. 9.296/96, art. 6.º).**

Autorizo o compartilhamento de dados com autoridades estrangeiras especialmente considerando que a presente investigação tem origem em formações fornecidas em cooperação policial por autoridade uruguaia através do Decreto nº 5.015, de 12/03/04" (fls. 4.649-4.651-grifei).

O exame do trecho referido revela que ato questionado bem fundamentou a necessidade da medida invasiva, uma vez que, dada a natureza do fatos criminosos investigados (dentre os quais, o delito de descaminho), destacou "a ligação dos representados ao comércio de jóias" (fl. 4.651), bem como o fato de existirem "contatos recentes tratando de transações da organização investigada envolvendo o território



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nacional" (fl. 4.651), o que revela a existência de provável relação dos investigados com os fatos apurados.

Assim, o ilustre magistrado fundamentou seu r. decisório em material probatório extraído dos autos, destacando, inclusive "a ligação dos representados ao comércio de jóias" (fl. 4.651). No caso, diante dos elementos de informação, o Julgador reputou pertinente a quebra do sigilo uma vez que constatou o liame entre os acusados e os fatos investigados.

Por oportuno, colhe-se a lição de **Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes**, sobre o disposto no **artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996** :

*"Mas poderão surgir dúvidas, na praxis, quando a interceptação tiver sido autorizada por considerá-la o magistrado, no juízo de admissibilidade, o único meio possível de colheita da prova, demonstrando-se após que outros existiam. Parece-nos que, nesse caso, a interceptação não poderá ser considerada ilícita (rectius, ilegítima), por configurar a exigência do inc. II do art. 2º requisito necessário à autorização, mas não condição de validade da prova. Se, naquele momento, à cognição sumária do juiz, a quebra do sigilo pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido legal e não perderá essa característica se se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios." (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 174.)*

Nesse sentido:

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NAS DECISÕES QUE DEFERIRAM AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. PREJUDICIALIDADE DA TESE DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.**

[...]

**4. As decisões que deferiram as interceptações telefônicas, embora sucintas, foram fundamentadas dentro do contexto probatório contido nos autos, preservando a coerência que se espera de toda decisão judicial.** Após investigações preliminares, o Juízo singular, atento à experiência comum (presumptiones hominis) de como geralmente atuam organizações criminosas voltadas ao tráfico de drogas e também aos



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razoáveis indícios de autoria delitiva trazidos pela autoridade policial, consignou a imprescindibilidade da medida para a apuração do crime, assim satisfazendo as exigências contidas no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

5. A posterior condenação do Paciente à pena corporal de 14 anos de reclusão e o não acolhimento da nulidade ora apontada tornam prejudicada a tese de ausência de justa causa para o processamento da ação penal.

6. Ordem de habeas corpus não conhecida" (HC n. 200138/SP, **Quinta Turma**, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> **Laurita Vaz**, DJe de 23/8/2013).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. COMPLEXIDADE. PRORROGAÇÕES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n.109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n.121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado.

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Não há nulidade na decisão proferida por autoridade competente, nos moldes do determinado na Lei n. 9.296/96, e que, embora sucinta, autoriza a interceptação telefônica, apontando dados essenciais legitimadores da medida, quais sejam, crimes punidos com reclusão e a suspeita de participação do paciente em uma complexa organização criminosa, com atuação inclusive no interior dos presídios (precedentes).

III - É desnecessário que cada sucessiva autorização



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judicial de interceptação telefônica apresente inéditos fundamentos motivadores da continuidade das investigações, bastando que estejam mantidos os pressupostos que autorizaram a decretação da interceptação originária (precedentes).

IV - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores.

V - In casu, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam a necessidade de garantia da ordem pública, ressaltando que "[a] necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (STF - HC n. 95.024/SP, Primeira Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Cármen Lúcia, DJe de 20/2/2009).

Habeas Corpus não conhecido" (HC n. 339.553/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 7/3/2017).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ART. 90, POR QUATRO VEZES; ART. 92, POR CINCO VEZES E ART. 96, V, POR CINCO VEZES, TODOS DA LEI Nº 8.666/93, ALÉM DOS ARTS. 288 E 317, NA FORMA DOS ARTS. 69 E 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. PRORROGAÇÃO. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE ATO INVESTIGATÓRIO PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Não se verifica falta de fundamentação na decisão que, após análise do art. 2º da Lei nº 9.296/96, referindo-se ainda à motivação esposada na representação policial, defere medida de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### ***interceptação telefônica.***

3. *Se a medida de interceptação telefônica foi precedida de colheita de declarações, investigação acerca dos bens dos suspeitos e análise de procedimentos licitatórios, não se pode afirmar consista ela em ato que inaugura a investigação criminal.*

4. *As decisões exaradas, autorizando e prorrogando as interceptações telefônicas, porque fundamentadas, sucintamente ou com referência a outras anteriormente proferidas, não apresentam vício de legalidade a ensejar sua nulidade.*

5. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 252.251/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 12/5/2016).

Não se pode olvidar que as condutas investigadas na ação penal em apreço são praticadas à clandestinidade, circunstância que bem evidencia a necessidade de se permitir a apuração dos fatos e a excepcional quebra do sigilo telefônico dos envolvidos.

O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal e, para que haja o seu afastamento, exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada, nos termos do artigo 93, inciso IX da Carta Magna.

O artigo 5º da Lei 9.296/1996, ao tratar da manifestação judicial sobre o pedido de interceptação telefônica, preceitua, **verbis**:

*"Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".*

Sobre o referido dispositivo, Guilherme de Souza Nucci expõe:

*"Se o pleito deve ser minucioso, indicando a necessidade da diligência e os meios a serem empregados, é natural que a decisão judicial também contenha elementos precisos do que será realizado, incluindo o objetivo e os números telefônicos interceptados. Se possível, o que é desejável, o nome dos envolvidos, a fim de restringir abusos estatais, consistentes na captação de conversas estranhas à meta da investigação do processo criminal." (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 765).*

Por isso, tenho que o ilustre magistrado de primeiro grau, ao deferir a medida, não divergiu da interpretação desta Corte quanto ao art. 5º, XII da Constituição Federal, no



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido de que "O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, e para que haja o seu afastamento exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada (artigo 93, inciso IX, da Carta Magna) (RHC n. 36.542/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 22/10/2014).

**Fora a questão da nulidade por falta de fundamentação**, o recorrente também alega que a interceptação **não seria o único meio de prova disponível**, o que acabaria por violar o disposto no **art. 2º, II, da Lei 9.296/1996** (que não admite a interceptação telefônica, quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis).

**Aduz** que, "a autoridade policial, ao representar pela quebra do sigilo telefônico, não demonstrou ser a interceptação a medida de **ultima ratio**, não estando, portanto, preenchido o requisito da necessidade da medida (art. 2º, II)".

Nesse ponto, **também não assiste razão ao recorrente**, pois "é ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável" (RHC n. 79.999/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 3/3/2017).

Ainda nesse sentido:

**"PROCESSO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DILIGÊNCIAS PRÉVIAS. REALIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 2º, II, DA LEI Nº 9.296/96. ÔNUS DA DEFESA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.**

1. Demonstrada, no caso concreto, a ocorrência de medidas investigatórias prévias à decretação da interceptação telefônica. Relatório do COAF, bem como quebras de sigilos bancários e fiscal corroboraram a existência de indícios de delitos noticiados por autoridades alfandegárias estrangeiras. O primeiro período de interceptação telefônica, por sua vez, reforçou as suspeitas e a extensão da interceptação ao recorrente se mostrou adequada e respaldada por elementos colhidos anteriormente.

2. A defesa alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, mas não demonstra que existiam, de fato, meios investigativos alternativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida. Precedentes.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Recurso desprovido*" (RHC n. 65.550/SP, **Sexta Turma**, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 2/3/2016).

**Finalmente**, no tocante ao pedido contido à fl. 4.756 do recurso ordinário em **habeas corpus** *"da necessária aplicação integral da Convenção de Palermo e do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais para o Mercosul"*, tenho que a questão **tampouco merece prosperar**.

Isso porque, da análise dos autos, verifica-se que o tema não foi debatido pelo eg. Tribunal **a quo**, que se limitou a dizer, no acórdão vergastado, que *"a aventada afronta aos tratados internacionais, a meu sentir não se verifica, porquanto não foi formulado pedido de assistência mútua, seja pelo Brasil, seja pelo Uruguai"* (fl. 4.709), razão pela qual fica impedida esta eg. Corte de apreciar a questão suscitada, sob pena de indevida **supressão de instância**. Diante disso, não há elementos que permitam concluir pela existência de ilegalidade que justifique a intervenção desta Corte. Ademais, chegar a conclusão contrária demandaria, impreterivelmente, no cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de **habeas corpus**.

Nesse sentido:

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEL E QUANTIDADE DE DROGAS NÃO ELEVADA. SÚMULA 440/STJ. MODO ABERTO ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.*

**1. Na via estreita do habeas corpus, não é possível a análise por esta Corte das teses não debatidas na instância ordinária, sob pena de incorrer em supressão de instância. Entretanto, sendo manifesto o constrangimento ilegal suportado pelo indivíduo, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a concessão da ordem, de ofício.**

**2. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, necessário à prevenção e à reparação da infração penal, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado por crime de tráfico de drogas, ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*qual serão consideradas com preponderância a natureza e a quantidade de substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.*

3. *Hipótese em que, embora tenha a Corte de origem apresentado fundamento idôneo na fixação do regime inicial de cumprimento de pena (quantidade da droga apreendida), mostra-se desproporcional a imposição do modo fechado, tendo em vista a pena definitiva fixada (1 ano e 8 meses), as circunstâncias judiciais terem sido favoráveis e não ser elevada a quantidade de droga apreendida (64 porções de cocaína, pesando 12,3g), devendo o paciente iniciar o cumprimento da pena reclusiva em regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do CP, e Súmula 440 do STJ.*

4. *Preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

5. *Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser estabelecida pelo Tribunal de origem Juízo da execução" (HC n. 398.513/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 22/6/2017).*

Por essas razões, **nego provimento ao recurso.**

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0004245-4

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 35.127 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200871000186913 50154148120124040000 RS-200871000186913 RS-200871000225979  
RS-200871000254890 RS-50020367120124047109 RS-50020392620124047109  
RS-50021139220124047105 RS-50042331120124047105 RS-50043068020124047105  
RS-50047284920124047107 RS-50167038920124047100 RS-50167099620124047100  
RS-50173845920124047100 RS-50174417720124047100 RS-50174556120124047100  
RS-50174868120124047100 RS-50259032320124047100 SC-50064925820124047208  
SC-50065055720124047208 TRF4-50153429420124040000  
TRF4-50154598520124040000

EM MESA

JULGADO: 03/08/2017

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### AUTUAÇÃO

|            |                                    |
|------------|------------------------------------|
| RECORRENTE | : CHRISTIANO DALMOLIN              |
| ADVOGADO   | : MAURICIO TASCA - RS077556        |
| RECORRIDO  | : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL       |
| CORRÉU     | : LAURO SEBBEN                     |
| CORRÉU     | : OSVALDO ANGELO FREGONESE TONIOLO |
| CORRÉU     | : VILSON LUIZ STELLA               |

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral - Contrabando ou descaminho

#### CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.