



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 160.662 - RJ (2010/0015360-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : LUIS CARLOS BEDIN
EMBARGADO : REBECA DAYLAC
ADVOGADO : FERNANDO AUGUSTO FERNANDES E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*.. AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Ausente contradição, obscuridade, omissão ou ambiguidade, são rejeitados os embargos declaratórios, que não servem à rediscussão do julgado.

2. A mera desconformidade do embargante com a rejeição da tese que entende cabível não caracteriza omissão, devendo ser atacada pelo meio processual idôneo, e não pela via estreita dos embargos de declaração.

3. Os embargos de declaração, ainda que opostos com o objetivo de prequestionamento, têm suas hipóteses de cabimento restritas ao art. 619 do CPP.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de setembro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 160.662 - RJ (2010/0015360-8)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO : LUIS CARLOS BEDIN
EMBARGADO : REBECA DAYLAC
ADVOGADO : FERNANDO AUGUSTO FERNANDES E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator) :

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL opõe embargos de declaração, em face de acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA.

INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Superior Tribunal de Justiça Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal que não merece conhecimento, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Hipótese em que os pacientes foram alvo de Operação deflagrada pela Polícia Federal, denominada "Negócio da China", dirigida ao Grupo CASA & VÍDEO, que resultou na denúncia de 14 envolvidos, como incursos nos crimes dos arts. 288 e 334 do Código Penal e art. 1º, V e VII, da Lei 9.613/98, em que se apura a ocorrência de negociações fictícias, com o objetivo de dissimular a natureza de valores provenientes da prática do delito de descaminho, mediante a ilusão parcial do tributo devido na importação de produtos, pela sociedade empresária.

VI. Se as pretensões deduzidas neste writ, com relação a um dos pacientes, não foram formuladas perante o Tribunal de origem, no acórdão ora impugnado, inviável seu conhecimento pelo STJ, sob pena de indevida supressão de instância.

Precedentes.

VII. A intimidade e a privacidade das pessoas não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições, quando presentes os requisitos exigidos pela Constituição (art. 5º, XII) e pela Lei 9.296/96: a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, a impossibilidade de produção da prova por outros meios disponíveis e constituir o fato investigado infração penal punida com pena de reclusão, nos termos do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, havendo sempre que se constatar a proporcionalidade entre o direito à intimidade e o interesse público.

VIII. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido no sentido de "ser legal, ex vi do art.

1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, se for realizada em feito criminal e mediante autorização judicial, não havendo qualquer afronta ao art. 5º, XII, da CF" (STJ, RHC 25.268/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe de 11/04/2012).

IX. A decisão que determinou a quebra de sigilo telefônico dos envolvidos na prática criminosa – cujos fundamentos foram incorporados à decisão de quebra de sigilo telemático – encontra-se devidamente fundamentada, à luz do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, revelando a necessidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da medida cautelar, ante as provas até então coligidas, em face de indícios razoáveis de autoria ou de participação dos acusados em infração penal (art. 2º, I, da Lei 9.296/96), para a apuração dos delitos de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, crime contra a ordem tributária e formação de quadrilha, punidos com reclusão (art. 2º, III, da Lei 9.296/96), demonstrando que a prova cabal do envolvimento dos investigados na alegada trama criminosa, para complementar as provas até então recolhidas, não poderia ser obtida por outros meios que não a interceptação telefônica, especialmente a prova do liame subjetivo entre os Superior Tribunal de Justiça investigados, para identificação, com precisão, da atividade desenvolvida pelos alvos principais, o modus operandi utilizado e as pessoas a eles associadas, em intrincado e simulado grupo de empresas nacionais e estrangeiras, destinado a ocultar seu verdadeiro controlador, cujas negociações revestiam-se de clandestinidade, valendo lembrar que, em casos análogos, é conhecida a dificuldade enfrentada pela Polícia Federal para desempenhar suas investigações, uma vez que se trata de suposto grupo organizado, com atuação internacional e dotado de poder econômico (art. 2º, II, da Lei 9.296/96).

X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios.

XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.

XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório – constitucionalmente garantidos –, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.

XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF.

XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados.

XV. Habeas corpus não conhecido, quanto à paciente REBECA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DAYLAC, por não integrar o writ originário.

XVI. Habeas corpus não conhecido, por substitutivo de Recurso Ordinário.

XVII. Ordem concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9.

Sustenta o embargante a existência de contradição e obscuridade no acórdão embargado, sustentando em síntese que: a) o desaparecimento da prova, que não chegou ser incorporada ao acervo probatório, não possui a aptidão de contaminar o material telemático nele contido, o qual representaria uma unidade de dados, e, portanto, não configuraria ofensa aos princípios da unidade e comunhão da prova; b) a ausência de lesão ao dever de garantia à paridade de armas, por inexistência de salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, na medida em que o conteúdo perdido não serviu aos interesses de nenhuma das partes; c) a impossibilidade do reconhecimento de nulidade na seleção de áudios que fundamentam a pretensão acusatória, na medida em que apenas parte do conteúdo captado interessaria à comprovação da conduta delitiva pelo órgão acusador.

Requer o acolhimento dos presentes embargos de declaração, com efeitos infringentes, para sanar as contradições e obscuridades apontadas, reconhecendo-se apenas as nulidades das provas obtidas por meio da interceptação telemática.

Pleiteia, ainda, "o debate explícito sobre eventual violação ao art. 5º, XII, da Constituição Federal" (fl. 1511).

É o relatório.

Apresento o feito em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 160.662 - RJ (2010/0015360-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator) : O acórdão embargado, nos pontos em que o embargante aponta a ocorrência de contradição e obscuridade, foi assim prolatado:

Contudo, não obstante a litude da quebra dos sigilos telefônico e telemático, tenho que o mesmo não se pode afirmar, relativamente à preservação do material obtido a partir das interceptações realizadas.

Consta dos autos que, em 16/01/2009, o paciente LUIS CARLOS BEDIN requereu a devolução do prazo, para a apresentação da defesa preliminar, ao argumento de que o DVD, franqueado à defesa do requerente, continha apenas o material em áudio, sem, contudo, o conteúdo dos e-mails interceptados, mencionados nos relatórios e na representação policial (fl. 324e).

Em 26/03/2009, o Juízo de 1º Grau proferiu o seguinte despacho:

"Ante a informação da autoridade policial de fls. 1204 que os emails interceptados, vinculados a empresa EMBRATEL não foram aproveitados ou de qualquer forma citados nos relatórios produzidos pela autoridade policial e pelo MPF, no oferecimento da denúncia, não possuindo qualquer relevância para a apuração dos fatos investigados nos presentes autos, entendo desnecessária a dilação requerida.

Como os arquivos referentes aos demais emails interceptados já foram encaminhados a este Juízo, intimem-se as defesas para que tenham acesso ao conteúdos desses emails, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. Findo este prazo, ficam cientes as defesas que começará a correr o prazo de 10 (dez) dias para apresentação de resposta à acusação, nos termos do art. 396 do CPP" (fl. 365e).

*A defesa da corré REBECA DAYLAC obteve o deferimento de liminar, nos autos do HC 122.992/RJ, para assegurar o acesso aos autos do Inquérito, por decisão proferida pelo Ministro Paulo Gallotti (fls. 320/321e). Ajuizada a Rcl 3.467/RJ, visando o cumprimento à decisão proferida no HC 122.992/RJ, foi deferida liminar, para suspender o prazo para a apresentação da resposta à acusação, nos termos do art. 396-A do CPP, por decisão proferida pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura (fls. 405/406e). Sobreveio acórdão, que julgou prejudicado o HC 122.992/RJ, cassando a liminar deferida, por se entender que à paciente já fora assegurado o acesso às provas que, até então, integravam o processo, **in verbis**:*

(omissis)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A superveniência do julgamento do HC 122.922/RJ tornou sem objeto a Reclamação 3.467/RJ – ajuizada para assegurar a liminar, deferida nos autos do HC 122.992/RJ –, que foi julgada prejudicada.

Ocorre que, como afirmado pelos impetrantes, na inicial, apesar de lhes ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas, a partir da interceptação telemática, foi extraviada, ainda na Polícia Federal, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, não sendo, portanto, tais provas encartadas nos autos do Inquérito Policial e da Ação Penal, as quais são consideradas de fundamental importância ao esclarecimento dos fatos apurados, pois, segundo alegam, "dentre os emails interceptados e não disponibilizados estão todos aqueles da empresa alvo da investigação, ou seja, aqueles que encerram com @casaevideo.com.br, vinculados ao provedor Embratel, inclusive a conta do email do principal denunciado (LUIGI MILONE)" (fl. 15e).

Senão vejamos o desenrolar dos fatos, consoante a documentação acostada aos autos.

Em 24/03/2009, a autoridade policial oficiou ao Juízo, esclarecendo que o material objeto das interceptações telemáticas poderia estar com a EMBRATEL, porque com a Polícia Federal não estava, **in verbis**:

"Conforme determinado no mandado de intimação em referência, a empresa EMBRATEL foi notificada para que encaminhe diretamente a esse Juízo cópia dos emails interceptados por sua rede de comunicação (doc. Anexo).

Lastimavelmente a SR/DPF/RJ, ao contrário do que ocorre com a interceptação telefônica realizada por meio do programa guardião, não dispõe de equipamentos ou programas computacionais voltado à interceptação de e-mails. Por tal motivo, referida informação é disponibilizada e armazenada diretamente pelos provedores de internet TERRA, UOL, etc.

Em resposta ao mandado de intimação, o DPF vem mantendo constante contato com a EMBRATEL para que os dados requisitados sejam entregues no menor prazo possível" (fl. 864e).

Em resposta dada à Superintendência Regional da Polícia Federal, a EMBRATEL esclareceu o seguinte:

"A EMBRATEL – Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A., com endereço para correspondência sito a Rua dos Ingleses nº 600 - 2º andar – Bela Vista – São Paulo, em atenção ao documento em epígrafe, vem pela presente ratificar os termos da mensagem eletrônica encaminhada por esta Autorizatória a V.Sa. em 11 de fevereiro de 2009 concernente ao contido no Ofício nº 0073/2009 – SI/SR/DPF/RJ para **informar que estamos impossibilitados de encaminhar o conteúdo dos**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

email's interceptados por esta Companhia em cumprimento ao contido nos Ofícios Judiciais n.ºs OFC.0013.002003-0/2008 e OFC.0013.002111-8/2008, expedidos pelo Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro – Seção Judiciária do Rio de Janeiro, uma vez que as mensagens interceptadas durante o período de duração daquela medida (de 30/10/2008 a 29/11/2008) foram encaminhadas diretamente as contas espelho criadas para aquela operação (cujos dados de acesso, IP, login e senha foram encaminhados ao Ínclito Delegado em 03/11/2008), a fim de serem visualizadas pelos policiais responsáveis pela investigação (como efetivamente o foram), não tendo sido mantidas em nosso poder cópias das mesmas, uma vez que aquele Juízo determinou apenas e tão somente, 'o desvio de qualquer tráfego de dados telemáticos para um e-mail a ser determinado por ofício pela Autoridade Policial', não tendo havido determinação ou autorização a esta empresa para que realizasse o armazenamento de tais dados ou informações” (fl. 582e).

Veja-se, então, o que esclarecem as informações prestadas pela autoridade policial ao Juízo de 1º Grau:

"Tendo em vista que a EMBRATEL não manteve em seu banco de dados cópia dos emails interceptados durante a instrução da investigação em referência (doc. 1 - ofício s/n), apesar de havermos solicitado a criação de uma conta espelho com o mesmo conteúdo dos emails interceptados (doc. - ofício 975/2008 - SIP/SR/DPF/RJ). Fato que não ocorreu em relação às operadoras UOL e TERRA.

Considerando que a Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado do Rio de Janeiro não dispõe de aparelhagem ou programas computacionais aptos a realizar a interceptação dos emails (doc. 3 - ofício nº 461/2009) e que o conteúdo monitorado foi irremediavelmente perdido, pois o computador utilizado durante a investigação precisou ser formatado.

Encaminho 04 (quatro) mídias contendo cópia de todos os emails relacionados á empresa EMBRATEL, conforme requerido por esse juízo, localizados nos computadores dos investigados que foram apreendidos durante a operação policial ostensiva" (fl. 1.045e).

Assim, esclareceu a autoridade policial que “o conteúdo monitorado”, na interceptação telemática obtida através do provedor EMBRATEL, “foi irremediavelmente perdido, pois o computador utilizado durante a investigação precisou ser formatado” (fl. 1.045e).

Extraí-se, ainda, dos autos, que, ao encaminhar os emails utilizados na instrução do Inquérito Policial, a autoridade policial ressaltou o seguinte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"O mandado de intimação em referência requer cópia de todos os emails interceptados durante a investigação relacionada ao IPL nº 791/2006 – DELEFAZ/SR/DPF/RJ, medida cautelar 2008.51.01.811753-0. Nesse passo, todos os emails das operadoras UOL e TERRA, únicos utilizados na instrução do inquérito, foram devidamente encaminhados a esse Juízo.

Os emails vinculados à empresa EMBRATEL não foram aproveitados ou de qualquer forma citados no decorrer da instrução daquele procedimento persecutório, haja vista a total dissociação entre o conteúdo dos mesmos e os fatos à época investigados, o que pode ser observado nos relatórios e representações encaminhados à 2ª VF Criminal.

Noutra senda, **a operadora EMBRATEL tem encontrado problemas técnicos para fornecer cópia dos emails interceptados por meio de sua rede de comunicação, já que esses não foram devidamente armazenados.** Tal fato, todavia, não prejudica a instrução processual pelos motivos já assinalados" (fl. 584e).

Não há dúvida de que o Juízo de 1º Grau garantiu acesso, às partes, a todos os documentos e provas existentes e juntados aos autos do Inquérito e da Ação Penal.

Entretanto, ante os ofícios de fls. 864e, 582e e 1.045e, também não resta dúvida de que o material objeto da interceptação telemática obtida através do provedor EMBRATEL existiu e perdeu-se **irremediavelmente** – nas palavras da autoridade policial (fl. 1045e) –, no âmbito da Polícia Federal, e não foi juntado ao Inquérito Policial e à Ação Penal.

Tal fato não é negado nas informações prestadas no presente **writ**, pelo Juízo de 1º Grau, que esclarece que "o Juízo vinha oficiando à Autoridade Policial para que fossem juntados aos autos os e-mails interceptados vinculados à empresa EMBRATEL. Sendo que, à fl. 2822, consta informação do Delegado de Polícia Federal, onde encaminhou quatro mídias contendo cópia de todos os e-mails relacionados à empresa EMBRATEL, localizados nos computadores dos investigados, apreendidos durante a operação policial" (fl. 905e).

Entretanto, estas 4 (quatro) mídias, agora entregues pela autoridade policial, após o desaparecimento do material interceptado, não garante a **integralidade** e a segurança da prova colhida, na interceptação telemática. Isso porque a autoridade policial, nas aludidas mídias, recuperou os e-mails dos computadores dos investigados, apreendidos durante a Operação policial (fls. 1.045e e 905e).

Entretanto, como consta do documento de fl. 1.070e, para a recuperação da totalidade de tal prova, seria necessário "tivessem sido apreendidos 'todos' os computadores dos investigados (incluindo desktops, notebooks e netbooks, no Brasil e no exterior), algo muito improvável, ainda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assim restariam telefones, tablets e similares, os quais poderiam ter sido origem ou destino de mensagens enviadas/recebidas pelo endereço eletrônico alvo” (fl. 1.070e).

Nos termos da Súmula Vinculante 14, “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Na hipótese, como se viu, o material obtido por meio da interceptação telemática, vinculado ao provedor EMBRATEL, foi extraviado, ainda na Polícia Federal, impossibilitando, tanto à defesa, quanto à acusação, o acesso ao seu conteúdo. Assim, com base nos elementos existentes nos autos, a acusação ofereceu denúncia contra os pacientes, juntamente com outros 12 agentes, supostamente envolvidos nos fatos delituosos (fls. (fls. 285/317e).

Sustentam os impetrantes, assim, que o desaparecimento de parte da prova, resultante da quebra de sigilo telemático, torna-a imprestável, considerando-se a impossibilidade de a defesa, após a denúncia, confrontá-la, mediante o acesso integral do material, em violação ao princípio da comunhão da prova, inviabilizando, assim, o exercício do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

O princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, assegura a observância de ritos e formas previstos para os atos processuais, impondo, assim, limites à atividade instrutória, somente reputando válida a prova produzida em conformidade com as normas previamente estabelecidas. Sob essa perspectiva, “o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo” (Ada Pelegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho. As nulidades no processo penal. 10 ed., São Paulo: rt, 2007, p. 155).

Também é certo que a prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível, por tal razão, a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.

Sobre a questão, são irreparáveis as considerações da ilustre Professora Ada Pelegrini Grinover, em parecer juntado aos autos:

“Se é assim, é evidente que a parte tem o direito de conhecer e de pronunciar-se sobre os resultados dos procedimentos de obtenção e produção da prova, em sua integralidade, até porque um dos princípios fundamentais da disciplina probatória é exatamente o da sua unidade. Significa ele, em síntese, que o material probatório forma uma unidade que, como tal, deve ser examinado pelo juiz em conjunto, para confrontar os diversos elementos, verificar sua concordância ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

discordância e chegar, assim, à conclusão final.

A esse princípio liga-se ainda o da comunhão da prova que, por sua vez, indica que a prova não pertence à parte que a produz, pois uma vez trazida validamente ao processo passa a formar aquele conjunto unitário que deve servir à demonstração dos fatos controvertidos, pouco interessando se beneficia ou prejudica àquele que a introduziu nos autos" (fl. 536e).

Sobre o princípio da comunhão da prova, leciona Gustavo Badaró:

"O ônus da prova, em seu aspecto subjetivo, vem sofrendo atenuações. Um primeiro fator de redução da sua importância é a regra da comunhão da prova, também denominada de regra da aquisição da prova. No momento do julgamento, o juiz deve valorar todo o material probatório existente nos autos, independente de qual das partes produziu a prova. Assim, se um fato está provado, pouco importa se foi o autor ou o réu que levou para os autos o meio de prova que permitiu ao juiz formar o seu convencimento sobre a veracidade ou a falsidade da alegação sobre o fato que deveria ser provado. Em consequência, a demonstração dos fatos constitutivos de uma pretensão não deve ser necessariamente feita pelo autor. Por outro lado, a comprovação dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos de tal pretensão não precisa ser obra obrigatoriamente do réu. (...) Diante do princípio da aquisição processual, uma vez realizada a prova, ela será eficaz tanto em benefício como em prejuízo de qualquer das partes, independentemente de quem a produziu.(...) O juiz, no momento de julgar o processo, deverá considerar todas as provas existentes nos autos, quer elas tenham chegado ao processo por impulso da parte que se beneficiou com tal prova, quer por iniciativa da parte contrária, quer pela sua própria iniciativa ex officio. (...) Somente se a prova não for produzida pela parte sobre quem incide o ônus da prova, nem pela parte contrária, nem sequer pelo juiz, é que o processo será decidido segundo as regras da distribuição do ônus da prova" (Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: RT, 2000, pp. 185/187)

Assim, mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório – constitucionalmente garantidos –, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes.

Ainda sobre a garantia da paridade de armas das partes, leciona Luigi Ferrajoli:

"A garantia da defesa consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado. De conformidade com ele, para que uma hipótese acusatória



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seja aceita como verdadeira, não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas que também é necessário que não seja contraditada por nenhum dos dados virtualmente disponíveis. A tal fim, todas as implicações da hipótese devem ser examinadas e ensaiadas, de modo que sejam possíveis não apenas as provas, senão também as contraprovas. A busca destas deve ser tutelada e favorecida não menos do que a busca daquelas" (Direito e razão. Teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 144).

Assim, "para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e acareações" (FERRAJOLI, **op cit.**, p. 565).

Cumprir destacar, ainda, que o ofício da autoridade policial à EMBRATEL identifica os e-mails interceptados por aquele provedor, insistindo em nova tentativa de sua localização (fl. 583e). Documento do Setor de Inteligência Policial esclarece que tais e-mails são de pessoas que participam da administração da Casa e Vídeo, sendo tais endereços eletrônicos, vinculados à EMBRATEL, "de suma importância à investigação" (fl. 623e).

Assim, se a própria autoridade policial reconhece que os documentos são importantes para a investigação (fl. 623e), mas eles se perdem e acaba por não usá-los – como alega –, tal não retira da defesa o direito de a eles ter acesso e conhecê-los, pois a integralidade da prova colhida interessa, não apenas à acusação, mas também à defesa, que dela poderia utilizar-se para contrapor-se à acusação, não mais podendo fazê-lo.

Assim, diante das razões expostas, deve a prova obtida através da interceptação telemática ser considerada ilícita, em razão da perda da sua unidade, ou, nas palavras do parecerista Geraldo Prado, a "perda da cadeia de custódia da prova", caracterizando cerceamento do direito de defesa.

Sustentam, ainda, os impetrantes que, "além do sumiço dos e-mails, comprovou-se o desaparecimento de uma quantidade enorme e sintomática de áudios telefônicos interceptados" (fl. 19e), conforme certidão expedida pelo Juízo, comprovando que, "na interceptação de um único investigado, a qual durou 27 dias, sua conta telefônica indica que faltam nada menos do que 68 ligações no material repassado pela Polícia" (fl. 19e).

De fato, conforme certidão expedida pelo Diretor de Secretaria da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, "não constam arquivos contendo as ligações da linha (21) 8881-8881 no DVD em tela, referentes aos dias 10 a 12/11/2008, referenciados no extrato telefônico acostado a fls. 798"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(fl. 580e).

Com efeito, observando a ausência de parte dos áudios de interceptação da linha (21)8881-8881, no DVD entregue à defesa, em face de confronto com o extrato telefônico, REBECA DAYLAC requereu certidão sobre o assunto ao Juízo (fls. 551/552e), demonstrando a inexistência de áudios, nas interceptações, no período em que houve registro de várias ligações telefônicas originadas daquela linha, conforme extrato telefônico de fl. 556e.

Expediu-se, então, a certidão de fl. 580e, que prova que, efetivamente, não constam, nas interceptações, os áudios concernentes às ligações telefônicas efetivamente originadas da aludida linha e constantes do extrato telefônico de fl. 798 (fl. 556e destes autos), nos dias 10 a 12/11/2008 (fl. 580e).

É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação.

Dispõe o art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96:

"Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal".

De fato, o art. 9º da Lei 9.296/96, ao estabelecer a inutilização, por ordem judicial, do material captado que não interesse ao objeto investigado, mediante o acompanhamento da acusação, facultada a presença do acusado, confirma a natureza bilateral da prova, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA.

1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação – não importam em prejuízo à defesa. 2. Ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (fruit of the poisonous tree), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso Nix x Williams (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. Ilicitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corréu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 **Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida.** 4. Ordem denegada" (STF, HC 91.867, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/09/2012)

Assim, decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização de mídia, contendo o inteiro teor dos diálogos interceptados. De fato, "é assente nos Tribunais Superiores o entendimento de que não possui a defesa direito subjetivo à redução à termo de todo o conteúdo da quebra de sigilo telefônico, **sendo imprescindível, tão somente, a fim de assegurar o amplo exercício da defesa, que se permita às partes acesso à mídia dos diálogos captados, bem como à transcrição dos trechos que embasaram o oferecimento da denúncia**", excerto do voto proferido no HC 171.910/SP (STJ, Rel. Min. Maria Thereza, SEXTA TURMA, de DJe 09/12/2013).

É o que leciona José Baltazar Júnior:

"A degravação integral do registro da interceptação é, porém, desnecessária, inconveniente e até mesmo inexecutável. Desnecessária porque muito do que é gravado não diz respeito ao objeto das investigações, sendo a degravação parcial suficiente para a compreensão dos fatos. **Caso haja alegação da defesa de que o extrato dos diálogos degravados leva a uma falsa compreensão dos fatos, deverá apontar quais os pontos que demonstram a inconformidade com a versão da acusação, ou aqueles necessários para uma integral compreensão indicando-os ou transcrevendo-os. Para tanto, deverá ser facultada a oitiva do conteúdo integral da interceptação, disponibilizando-se, na Secretaria da Vara, o equipamento para que os defensores possam ter acesso integral à prova produzida ou entregando cópia das gravações**" (Crimes Federais. 5.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 558).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso em exame, pertinentes os fundamentos apresentados pela parecerista, Professora Ada Pellegrini Grinover, à luz dos elementos dos autos, a saber:

*“No caso em exame, evidenciou-se o completo descumprimento da exigência legal e das garantias constitucionais, como se verifica nos denominados 'autos circunstanciados e de **análise**' **elaborados pelos agentes policiais**. Nestes, com efeito, **é possível perceber que, na verdade, a seleção do material probatório interceptado foi realizado pelos próprios agentes policiais, como se o exame da relevância e pertinência da prova obtida pudesse ser subtraída da competência da autoridade judiciária, com o controle das partes, em contraditório.***

Assim, por exemplo, a fls. 322 dos autos da representação, anotam os agentes policiais que 'alguns diálogos importantes à investigação foram identificados durante esse período de monitoramento'; a fls. 363, ficou consignado que 'o alvo não possui nenhum diálogo importante para a operação durante o período monitorado'; ou 'apesar do alvo esporadicamente manter contacto telefônico com ATTILIO e LUIGI, o mesmo não obteve diálogos relevantes para a investigação' (fls. 364).

Do mesmo modo, no último 'auto circunstanciado de análise', encaminhado em 28 de novembro de 2008, os policiais responsáveis pela operação consignam expressamente: 'com exceção dos diálogos referentes aos dias 24 e 25 de novembro de 2008, encaminhados a Vossa Senhoria através do auto circunstanciado, datado de 26 de novembro de 2008 e assinado pelo APF CARLOS HENRIQUE COUTO BITTENCOURT, cabe ressaltar que não houve diálogo relevante ou digno de registro durante o período de monitoramento acima mencionado, visto que no dia 25 de novembro deu início a operação denominada 'NEGÓCIO DA CHINA', com a prisão dos alvos envolvidos' (fls. 619 dos autos da representação).

Isso tudo indica, claramente, que o procedimento de seleção das comunicações interceptadas foi realizado com evidente preterição das formalidades legais e, mais do que isso, com violação das garantias constitucionais do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa" (fls. 541/542e).

Conquanto seja pacífico o entendimento de que desnecessária a transcrição integral de todo o material interceptado, é imprescindível que, pelo menos em meio digital, a prova seja fornecida à parte em sua integralidade, com todos os áudios do período, sem possibilidade de qualquer seleção de áudios, pelos policiais executores da medida, impossibilidade que, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, atua como verdadeira garantia ao cidadão.

Inexistindo, nos autos, a integralidade das interceptações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

telemática e telefônica, o paciente está impossibilitado de confrontar as teses acusatórias com o resultado completo das interceptações, que pode conter material que interesse à sua defesa.

Assim, diante desses elementos, verifico a ocorrência de constrangimento ilegal, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, ante a nulidade das provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, em decorrência da ausência de preservação de parte do material probatório colhido, caracterizando cerceamento do direito de defesa.

Portanto, estando os autos da Ação Penal 2006.51.01.523722-9 conclusos para sentença, deve o Juízo de 1º Grau proceder ao exame da existência de provas ilícitas por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, as quais, caso existentes, deverão ser desentranhadas da Ação Penal.

Não obstante as razões deduzidas pelo embargante, não verifico a ocorrência de contrariedade ou obscuridade no acórdão embargado, que apreciou as questões submetidas ao seu exame de forma clara e coerente. Em verdade, o que se constata é o nítido inconformismo do embargante com os fundamentos da decisão Colegiada – contrários aos seus interesses –, rediscutindo a matéria já decidida, o que se mostra incabível em embargos de declaração.

Por fim, os embargos de declaração, ainda que opostos com o objetivo de prequestionamento, têm suas hipóteses de cabimento restritas ao art. 619 do CPP, ausentes na espécie. Incabível, portanto, na via dos aclaratórios, o debate explícito do art. 5º, XII, da CF, como pretende o embargante.

Ante o exposto, voto por rejeitar os embargos de declaração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0015360-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
HC 160.662 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200651015237229 200902010123610

EM MESA

JULGADO: 04/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FERNANDO AUGUSTO FERNANDES E OUTROS
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE	: LUIS CARLOS BEDIN
PACIENTE	: REBECA DAYLAC
CORRÉU	: LUIGI FERNANDO MILONE
CORRÉU	: ATTÍLIO MILONE
CORRÉU	: OSMAR MAGALHÃES LACERDA
CORRÉU	: SAMUEL GORBERG
CORRÉU	: MARCIO CAIO ROBERTO BUCHMAN
CORRÉU	: PAULO EDUARDO LAURENZ BUSCHBAUM
CORRÉU	: ARMANDO ANTONIO PIRES FERREIRA
CORRÉU	: DÉLIO VALDERATO JÚNIOR
CORRÉU	: JOSEMAR LUIZ TORRES DA SILVA
CORRÉU	: VANUZA JARDIM MIRANDA
CORRÉU	: MARIA FERNANDA MOURA
CORRÉU	: MARISSA GORBERG

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
EMBARGADO	: LUIS CARLOS BEDIN
EMBARGADO	: REBECA DAYLAC
ADVOGADO	: FERNANDO AUGUSTO FERNANDES E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.