



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.581 - RS (2009/0117976-9)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DANIEL GERBER E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ALFREDO FRAGA DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES. PRAZO SUPERIOR A 15 DIAS. POSSIBILIDADE. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE MOTIVAR AS DECISÕES JUDICIAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. DESENTRANHAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS.

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

2. Dispõe o art. 5º da Lei n. 9.296/1996, ao tratar da manifestação judicial sobre o pedido de interceptação telefônica, que *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.*

3. A despeito de contrariar a literalidade desse dispositivo legal, a limitação do prazo para a realização de interceptações telefônicas não constitui óbice ao deferimento da medida excepcional por período superior a 15 dias, desde que haja circunstanciada justificação. Precedentes.

4. A prorrogação da quebra de sigilo, não obstante a jurisprudência admitir tantas quantas necessárias, pode ocorrer, mas nunca automaticamente, depende sempre de decisão judicial fundamentada, com específica indicação da indispensabilidade da continuidade das diligências.

5. No caso, o magistrado, ao autorizar interceptações do fluxo de comunicações em sistema de telemática originadas e recebidas de determinados números de telefone pelo prazo de 30 e 45 dias, não apresentou motivação concreta, caracterizando abusividade a justificar a declaração de ilicitude de tais provas. E, quando permitiu fossem automaticamente prorrogados os monitoramentos, acabou por ofender a lei e à Constituição, gerando nulidade a contaminar as provas daí decorrentes.

6. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Sustentou oralmente o Dr. Daniel Gerber pelo paciente, Alfredo Fraga dos Santos.

Brasília, 10 de setembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.581 - RS (2009/0117976-9) (f)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: O advogado Daniel Gerber, em 18/6/2009, deu entrada aqui neste pedido de *habeas corpus*, em nome de **Alfredo Fraga dos Santos**, denunciado, juntamente com vinte e sete outras pessoas, pela prática dos delitos previstos nos arts. 1º, *caput*, VII, c/c o § 1º, I, da Lei n. 9.613/1998 (quatro vezes); 288, parágrafo único, 171, *caput*; 171 *caput*, c/c o art. 14, II (duas vezes), na forma dos arts. 29, *caput*, 69, *caput*, e 71, *caput*, todos do Código Penal.

Os impetrantes apontam coação ilegal decorrente da denegação do HC n. 70018042200 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e consequente confirmação das decisões do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Taquara/RS, que teria, por inúmeras vezes, deferido interceptações telefônicas solicitadas pelo Ministério Público, estipulando o prazo de 45 dias, renováveis automaticamente por igual período. Esta é a ementa do acórdão (fl. 172):

HABEAS CORPUS. ESCUTA TELEFÔNICA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. EXCESSO DE PRAZO. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 4º E 5º DA LEI Nº 9.296/1996.

Considerando a aparente colisão de direitos fundamentais, à luz do princípio da proporcionalidade, não se constata a presença, no caso, de constrangimento ilegal à liberdade do paciente.

No presente *writ*, os impetrantes alegam que a convalidação das interceptações telefônicas realizadas contraria o preceituado nos arts. 4º e 5º da Lei n. 9.296/1996.

Pretendem que todas as escutas telefônicas originadas ou derivadas de renovação automática sejam declaradas nulas e excluídas dos autos.

Esperam, ainda, que todo o processo seja anulado, porquanto a denúncia se teria fundado nessas provas, consideradas pelo impetrante como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilícitas.

Processado o feito sem pedido liminar, o Ministério Público Federal manifestou-se após prestadas as informações de fls. 157/161 e de fls 167/179. Eis o resumo do parecer escrito pelo Subprocurador-Geral da República Alcides Martins (fl. 195):

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIMES DE LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS OU VALORES. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. FUNDAMENTAÇÃO REMISSIVA. DEFERIMENTO DE INTERCEPTAÇÕES E SUAS RESPECTIVAS PRORROGAÇÕES PELO PRAZO DE 45 DIAS. INDISPENSABILIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRECEDENTE DO PRETÓRIO EXCELSO. SUPOSTA ILEGALIDADE DAS PRORROGAÇÕES AUTOMÁTICAS. NÃO HÁ LIMITE PARA AS PRORROGAÇÕES DESDE QUE ELAS SEJAM NECESSÁRIAS AO ESCLARECIMENTO DO CRIME. JURISPRUDÊNCIA DESSA EGRÉGIA CORTE. COMPLEXIDADE DO CASO CONCRETO. EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Pedido de sustentação oral feito às fls. 190/191 e de urgência no julgamento do *mandamus* às fls. 210/217.

Até 1º/7/2013, não havia notícia de prolação de sentença no Processo n. 070/2.06.0001007-7, em trâmite na Vara Judicial da comarca de Taquara/RS.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.581 - RS (2009/0117976-9) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Consta dos autos que, no dia 17/5/2006, o Ministério Público do Rio Grande do Sul – com base em expediente investigatório denominado Operação Paranhana, instaurado para apurar *a atuação de organização criminosa radicada no município de Taquara, voltada à prática de golpes contra empresários daquela e de outras unidades da Federação, auxiliada por agentes públicos, inclusive policiais civis, bem como associada a grupo de estelionatários que estaria obtendo grandes somas de dinheiro, proporcionando a aquisição de imóveis e de veículos de luxo* (fl. 168) – denunciou vinte oito pessoas (dezoito do Rio Grande do Sul, quatro de Santa Catarina, um de São Paulo e cinco de Goiás), entre os quais o ora paciente, acusado de estelionato, de formação de quadrilha, e de lavagem de dinheiro.

A aludida operação abrangeu a realização de interceptações telefônicas, e foi contra tais que se insurgiu o impetrante na origem, com a alegação – aqui repisada – de ilegalidade no deferimento de interceptações telefônicas com prazo de 45 dias, renovável por igual período, ao passo que a legislação que regula a matéria estabelece como limite máximo o de 15 dias, renovável caso provada a necessidade.

A Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, adotando como razões de decidir o parecer do Ministério Público local, concluiu que, em atenção à gravidade e à complexidade dos crimes em discussão e levando em consideração o significativo número de agentes, não existia outra medida menos gravosa, menos interventiva no direito à intimidade do paciente do que a levada a efeito pelas autoridades, com o intuito de serem descobertos os crimes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para aquele Colegiado, a restrição ao direito fundamental do paciente de não ter violada a sua intimidade e de não ter contra si prova produzida de forma ilícita, embora realizada em desacordo com regra processual – relativa ao prazo deferido para a interceptação telefônica –, não configura ilicitude absoluta a ponto de fulminar, completamente, toda uma investigação que acabou por descobrir uma cadeia de crimes milionária em todo o país (fl. 178v.). Em suma, a ilicitude aventada na impetração [...] não é capaz de nulificar toda a prova até então produzida (fl. 179).

Eis, no que ora interessa, o acórdão (fls. 174v./179 – grifo nosso):

[...]

Com efeito, o que se observa é que os impetrantes, desprezando a situação fática de extrema gravidade, **trazem argumentação voltada para aspectos meramente técnicos**, em detrimento da busca a uma justiça cega e atuante.

Sob o fundamento consistente no fato de a autoridade judicial ter autorizado a escuta telefônica pelo período inicial de 45 dias, o que estaria por desrespeitar, em princípio, disposição contida na Lei n.º 9.296/96, que prevê que a autorização somente pode ser deferida pelo prazo de quinze (15) dias, renovável por igual tempo (artigo 5.º), os impetrantes, tecendo argumentos dignos de arrazoado recursal, acabam por desprezar todas as fraudes apuradas e imputadas ao paciente.

Porém, **mesmo sendo verdadeira a afirmação trazida pelos impetrantes acerca do descumprimento do prazo legalmente previsto, por parte da autoridade coatora, para o deferimento da medida, dita circunstância não tem o condão de tornar ilícitas, de modo absoluto, as interceptações telefônicas realizadas, muito menos as provas que delas derivaram.**

Sim, a Constituição Federal, no inciso LVI do artigo 5.º, prevê, no rol dos denominados “direitos e garantias fundamentais”, a inadmissibilidade, no processo, de obtenção de provas por meios ilícitos.

A discussão sobre as chamadas “provas ilícitas” cada vez mais vem adquirindo importância em face do aperfeiçoamento, principalmente tecnológico, na obtenção de elementos probatórios em detrimento dos direitos de personalidade.

Não obstante, se existe o direito constitucional de se provar o que se alega em juízo, com assento no inciso XXXV do artigo 5.º, enquanto, por outro lado, há o direito constitucional de não ter contra si prova ilícita produzida, a solução para este aparente antagonismo entre dois direitos fundamentais reside na consideração do princípio da proporcionalidade.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, citando lição de Karl Larenz a respeito do princípio da proporcionalidade, destacam:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Logo, quando há aparente colisão entre dois direitos (ou garantias) fundamentais, para o desate, jamais pode reinar o absolutismo. O que deve ser levado em conta, como dito linhas antes, é o princípio da proporcionalidade, que propicia ao operador do direito a feitura de uma relevante **ponderação**.

Sobre a solução do problema da colisão entre direitos fundamentais, Robert Alexy já alertava:

[...]

E mais adiante, o renomado doutrinador alemão, ao apontar a teoria dos princípios como solução para este problema, destacou:

[...]

No caso ora posto à apreciação, não estão em discussão somente os direitos de se provar o que se alega em juízo e o de não ter contra si prova ilícita produzida.

De um lado, é verdade, está o paciente, agora réu em ação penal desencadeada para a apuração de crimes de estelionato, de formação de quadrilha, de roubo e de lavagem de dinheiro, condutas que importaram em prejuízo a um número incontável de vítimas.

O paciente, assim como todos aqueles que se encontram no território nacional, possui direitos que o salvaguardam de eventuais abusos que porventura venham a ser cometidos pelos entes estatais; na hipótese, fala-se também no direito à intimidade.

Porém, do outro lado está a sociedade, vítima de ações criminosas de alta complexidade, exigindo, das autoridades responsáveis pela segurança pública, providências para a punição dos verdadeiros culpados.

Ora, a garantia constitucional do direito à segurança (artigo 5.º, *caput*), direito fundamental, serve de fundamento para a previsão de tutela dos diversos bens jurídicos elencados no Código Penal.

Aliás, a própria constituição, no inciso XLI do artigo 5.º, prevê que *“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”*.

Então, se a lei penal, dentre os vários bens jurídicos que tutela, confere proteção ao patrimônio – bem jurídico diretamente violado nas ações descritas na denúncia –, parece correto concluir que esta proteção nada mais é do que uma faceta do direito fundamental à segurança, compreendido, numa acepção ampla, como supedâneo à garantia da dignidade da pessoa humana – princípio reitor dos direitos e garantias fundamentais.

A propósito, Ingo Wolfgang Sarlet, sobre a dignidade da pessoa humana, preconiza:

[...]

E o mesmo doutrinador, também magistrado deste Estado, em outra brilhante obra, a respeito dos chamados “direitos à proteção”, destaca:

[...]

Dentro dessa ótica, ações contrárias ao direito sempre importarão em violações aos mais mezinhos princípios insculpidos na Carta Magna; atentados contra os bens tutelados pela norma penal deverão importar, de forma inarredável, em resposta estatal, a qual, obviamente, deverá guardar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

respeito aos denominados “direitos fundamentais”, sejam de quem for.

Pois bem: aplicando-se ao caso dos autos as lições sobre a proporcionalidade, algumas considerações merecem ser feitas.

De início, **não se pode olvidar que as interceptações telefônicas realizadas, devidamente autorizadas pela autoridade judiciária, contribuíram, sim, para a descoberta dos crimes, de proporções até agora desconhecidas.** Pode-se afirmar, então, que a medida fustigada pelos impetrantes possui o atributo da idoneidade.

Mas não basta apenas a idoneidade da medida para que esteja legitimada a intervenção na esfera de um direito (fundamental) individual.

A medida também deve ser necessária, o que significa dizer que ela deve ser indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental.

Sobre este aspecto, pertinentes as considerações de Suzana de Toledo Barros:

[...]

Então, considerando a gravidade e a complexidade dos crimes em discussão, bem como o significativo número de agentes, pergunta-se: existia outra medida menos gravosa, menos interventiva do que a levada a efeito pelas autoridades, no direito à intimidade do paciente com o intuito de serem descobertos os crimes?

A resposta é uma só: absolutamente não.

Afinal, nada mais justo, racional, razoável e proporcional do que combater a macrocriminalidade que faz uso da tecnologia com o uso da tecnologia.

No entanto, e por razões óbvias, este combate à macrocriminalidade não pode implicar em poderes absolutos a quem quer que seja.

Assim, é, que a proporcionalidade em sentido estrito, momento em que deve ser feita a ponderação dos bens jurídicos em discussão, adquire importância e complementa a idéia dúplice da adequação e da necessidade da medida.

Em outras palavras, no caso dos autos, o que se vê é que a restrição ao direito fundamental do paciente de não ter violada a sua intimidade e de não ter contra si prova produzida de forma ilícita, embora realizada em desacordo com regra processual – relativa ao prazo deferido para a interceptação telefônica –, não configura ilicitude absoluta a ponto de fulminar, completamente, toda uma investigação que acabou por descobrir uma cadeia de crimes milionária em todo o país.

A propósito, diante da proporcionalidade aqui debatida, o conceito de ilicitude não deve restar cingido apenas à violação de regras de direito material e processual, como propõem os impetrantes por meio de uma leitura fria da Constituição. A definição do que é ilícito, principalmente a luz dos demais direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna, deve ser compreendida também levando em conta outras definições como a ética, a moral e os bons costumes, conceitos que, vistos sob uma acepção ampla, refletem o verdadeiro significado da palavra “justiça”.

A restrição do conceito de ilicitude à violação de direito material e processual, caso levada a efeito, certamente implicará em inegável



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

injustiça, pois o direito da sociedade à segurança – direito fundamental de maior espectro diante do direito fundamental à intimidade de um pequeno grupo de pessoas, acusadas de crimes de proporções nacionais – constitui-se em motivo bastante para autorizar violação justamente a um direito fundamental diverso, desde que observados, é claro, outros direitos fundamentais correlatos, tais como o da ampla defesa e o do contraditório, ambos, de acordo com o que consta nos autos, até o momento estritamente obedecidos.

Ademais, como bem lembra Fernando Capez:

[...]

Assim, é, que a balança da justiça, ao ser lembrado o princípio da proporcionalidade, jamais irá pender para apenas um dos lados, embora, ao que parece, tentativa tenha sido feita pelos impetrantes.

Em suma, a ilicitude aventada na impetração, como dito no início, não é capaz de nulificar toda a prova até então produzida.

E, concluindo, diga-se que a pretendida declaração de nulidade deve ser debatida nos autos do processo principal, até porque há a necessidade de comprovação do prejuízo pela parte que a postula, o que é inviável em sede de *habeas corpus*.

[...]

Aqui, o Ministério Público Federal opinou no sentido de que, *na verdade, o que o MM. Juiz de Direito fez foi, de antemão, justificar a indispensabilidade das interceptações telefônicas, motivo pelo qual decretou a diligência pelo prazo de 45 dias, o que estaria autorizado, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RHC n. 88.371/SP*, julgado em 14/11/2006 (fl. 197). O Subprocurador-Geral da República mencionou também que as *prorrogações foram deferidas por causa da complexidade do caso concreto. Ademais, todas estão devidamente fundamentadas* (fl. 197).

De acordo com as peças que formam o apenso, de 1º/7/2005 a 18/5/2006, foram proferidas vinte e uma decisões deferindo ação controlada, interceptação do fluxo de comunicações em sistema de telemática de diversos números de telefone e outras tantas prorrogações, sempre com o propósito, em síntese, de desvendar a dinâmica da dita organização criminosa, de fazer a perfeita identificação de seus integrantes e de conhecer o *iter criminis* para a prática de vários golpes envolvendo muitas vítimas e grande monta.

No que tange a **Alfredo Fraga dos Santos**, folheei os pedidos feitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo Ministério Público local e não encontrei nenhuma referência ao nome dele, tampouco menção a número de telefone porventura a ele pertencente.

Achei, sim, algumas decisões – como apontado pelo impetrante – autorizando, em atenção a pedido expresso, a quebra do sigilo telefônico pelo prazo de, no primeiro momento, 30 dias e depois de 45 dias, com, em algumas, prorrogação automática por igual tempo. Segundo consta, o período de 15 dias *afigura-se assaz exíguo e, destarte, absolutamente insuficiente para um monitoramento abrangente e eficiente das atividades diurnas da espúria organização.*

E mais: deparei-me com a decisão de 13/7/2005 (a segunda na cadeia de vinte e uma) deferindo ação controlada e interceptação do fluxo de comunicações de três linhas telefônicas, bem como – e aí está a peculiaridade – prorrogando por mais 30 dias as interceptações autorizadas em 1º/7/2005.

Vejam, não estou cuidando de autorização judicial de quebra de sigilo pelo período de 15 dias, tampouco da possibilidade de haver tantas prorrogações quantas necessárias quando se trata de investigação complexa, afinal, de acordo com a nossa jurisprudência, não há nenhuma restrição ao número de renovações possíveis, exigindo-se apenas que haja decisão fundamentada para tanto (por exemplo, APn n. 536/BA, Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJe 4/4/2013).

A questão em debate envolve as autorizações/prorrogações pelo dobro ou pelo triplo do tempo previsto na lei de regência, com prorrogações com duração de 30 e 45 dias, até de forma automática. Cumpre transcrever as decisões que chamaram mais a minha atenção, aquelas proferidas em 13/7/2005 e em 26/10/2005, respectivamente (fl. 243 do apenso):

Vistos.

Em face dos argumentos apresentados pelo Ministério Público da 7ª Promotoria Especializada Criminal de Porto Alegre, e com base nas Leis n. 9.296/96 e 9.034/84, com modificações introduzidas pela Lei n. 10.217/01, DEFIRO a ação controlada nos termos em que postulado, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de telemática originadas e recebidas dos telefones ns. (51) 92694647, (51) 91155009 e (61) 92013401, bem como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRORROGO por mais trinta (30) dias, as interceptações deferidas em 01.07.05, referente aos telefones ns. (51) 92818555, (51) 91311118, (51) 96618006, (51) 81496955, (51) 92071908, (51) 92785057, (51) 92377515, (51) 98055581, 92383861, (51) 81516203, (51) 84042473 e (51) 91650766.

Expeçam-se os ofícios nos termos em que requerido.

Vistos.

Em face dos argumentos apresentados pelo Ministério Público da 7ª Promotoria Especializada Criminal de Porto Alegre, e com base na Lei n. 9.296/96, **DEFIRO, pelo prazo de quarenta e cinco (45) dias**, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de telemática originadas e recebidas pelos telefones ns. (51) 84042473, (51) 92818555, (51) 91155009, (51) 92694647, (51) 91650766 e (51) 92928804, bem como **prorrogo o prazo automaticamente por mais quarenta e cinco (45) dias**.

Expeçam-se os ofícios nos termos em que requerido.

E os argumentos aos quais o magistrado fez alusão na segunda decisão transcrita foram estes (fl. 242 do apenso):

[...]

Por derradeiro, requer-se, a exemplo do que ocorre em decisões da Justiça Federal, em representações aviadas pela Polícia da União, seja concedido prazo de 45 dias para a efetiva vigência da interceptação das comunicações telefônicas, por meio de prorrogações automáticas do prazo estabelecido em lei, tendo em vista que o período de 15 (quinze) dias afigura-se assaz exíguo e, destarte, absolutamente insuficiente para um monitoramento abrangente e eficiente das atividades diuturnas da espúria organização.

[...]

Na verdade, existem decisões díspares no processo, mas todas, a meu ver, viciadas. Algumas simplesmente se limitam a prorrogar o prazo por 30 dias, sem fazer referência à prorrogação automática por mais 30 (fls. 207, 215 e 228 do anexo); outras prorrogam por 45 dias, com prorrogação automática por mais 45 dias, em um total de 90 dias (fls. 243, 258, 263, 268, 291, 305 do anexo e 689 do processo original); outras se limitam a prorrogar por 45 dias (247, 310 e 323 do anexo); e, finalmente, outras, cuidando de linhas telefônicas diferentes, prorrogam a interceptação de algumas delas por 45 dias, com prorrogação automática de mais 45 dias, e para outras limitam-se a prorrogar por mais 45 dias (fls. 286, 299, 318, 330 e 1.610 do original).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para o Subprocurador-Geral da República Alcides Martins, a diligência autorizada por prazo além dos 15 dias estaria respaldada por decisão do Supremo, tomada pela Segunda Turma no RHC n. 88.371/SP, em julgamento realizado em 2006.

Sucedo, no entanto, que a situação ora apresentada é diferente da analisada naquele precedente e neste outro da própria Sexta Turma, o HC n. 106.007/MS (DJe 6/9/2010), da relatoria do Ministro Og Fernandes, acórdão mantido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC n. 106.129/MS (DJe 26/3/2012). Em ambos, havia fundamentação apta.

Posso até admitir que, diante das especificidades do caso, ocorra a autorização de quebra (ou prorrogação), desde o começo, por prazo superior a 15 dias, mas tal somente pode ocorrer se houver detalhada, minuciosa justificativa. Como disse a Ministra Rosa Weber, *a interceptação telefônica é meio de investigação invasivo que deve ser utilizado com cautela. Entretanto, pode ser necessária e justificada, circunstancialmente, a utilização prolongada de métodos de investigação invasivos, especialmente se a atividade criminal for igualmente duradoura, casos de crimes habituais, permanentes ou continuados [...], cuja prática se prolonga no tempo e no espaço, muitas vezes desenvolvidos de forma empresarial ou profissional* (HC n. 99.619/RJ).

Na espécie, não encontrei motivação idônea a autorizar a excepcionalidade. O simples fato de que tal excepcionalidade foi reconhecida em outros processos – mesmo que no âmbito da Justiça Federal – não justifica, por si só, a excepcionalidade no caso concreto. A prorrogação por prazo maior que aquele fixado em lei depende de situações próprias do processo em exame, situações estas que devem constar expressamente da decisão judicial que a autoriza. Tal contexto não encontramos no caso em apreço em momento algum, seja nas decisões que autorizaram a quebra ou prorrogação por 30 dias, seja naquelas que autorizaram a quebra por 45 dias, com ou sem prorrogação automática.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aliás, chamam a atenção aquelas decisões que para umas linhas prorrogam a interceptação por mais 45 dias, com prorrogação automática, e para outras simplesmente prorrogam por 45 dias, sem que haja, em nenhum momento, explicação para o tratamento diferenciado.

E não demonstrada a real indispensabilidade de a diligência durar 30, 45 ou 90 dias, o prazo previsto para a realização de interceptação telefônica deveria, sim, ter respeitado os 15 dias estabelecidos no art. 5º da Lei n. 9.296/1996, prorrogável por igual período, quantas vezes fossem indispensáveis, até que se ultimassem as investigações, desde que, obviamente, a renovação ocorresse por meio de decisão do juiz.

Ora, o magistrado **também** não pode autorizar **antecipadamente** sejam prolongadas as diligências, sem nem sequer tomar conhecimento do que foi apurado no tempo em que ocorreram as interceptações.

Em meu entender, a prorrogação das medidas anteriormente autorizadas não dispensa nova decisão judicial, tendo em vista que as *interceptações telefônicas podem ser prorrogadas **desde que devidamente fundamentadas** pelo juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações* (RHC n. 88.371, Ministro Gilmar Mendes, DJ 2/2/2007). Sem tal intervenção, inviável verificar-se a indispensabilidade da continuação do monitoramento para se alcançar eventual prova esclarecedora. Em outras palavras, as prorrogações da quebra de sigilo exigem justificada motivação, com específica indicação, da necessária continuidade da prova.

Nessas circunstâncias, não há falar em fundamentação *per relationem*, mas, na verdade, em inobservância dos comandos do art. 5º da Lei n. 9.296/1996 e do art. 93, IX, da Constituição Federal, afinal o sigilo das comunicações telefônicas é garantia constitucionalmente estabelecida no inciso XII do art. 5º e para que haja o seu afastamento exige-se **sempre** ordem judicial, que, também por determinação constitucional, precisa ser concretamente fundamentada, o que, na espécie, não aconteceu relativamente às prorrogações automáticas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permitidas.

Na obra *A Busca da Verdade no Processo Penal*, Marco Antonio de Barros registra que a interceptação de diálogos telefônicos se tornou instrumento de grande utilidade para a Polícia Judiciária na apuração de crimes, especificamente quanto ao esclarecimento das infrações penais relacionadas com o envolvimento de grupos criminosos. Isso passou a ser atividade rotineira nas práticas de investigação inteligente, assim denominadas pela própria Polícia. Entretanto, se de um lado esse método de investigação criminal se mostrou eficaz na colheita de provas, de outro se verificou a própria banalização do sistema. Tanto que o CNJ [...] aprovou um conjunto de regras e medidas destinadas à máxima preservação das cautelas que envolvem as decisões judiciais determinadoras de escutas telefônicas e de quebras de sigilo de sistemas de informática e de mensagens eletrônicas, conforme Resolução 59, de 9 de setembro de 2008 (3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, págs. 169/170).

A propósito, relembro as palavras do Ministro Marco Aurélio Bellizze, quando, excepcionalmente, veio, compor *quorum* na Sexta Turma para completar julgamento de emblemático caso. Para o eminente colega, *no processo penal democrático a forma é garantia, é fator de legitimação da decisão*, daí que a "Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita." (HC nº 79512-9/RJ, STF, Min. Sepúlveda Pertence) – HC n. 191.378/DF.

Ora, sem motivação, a decisão judicial perde até o caráter jurisdicional. E, conforme palavras do Ministro Celso de Mello, *a exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui, hoje, postulado constitucional inafastável, que traduz poderoso fator de limitação ao exercício do próprio poder estatal, além de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

configurar instrumento essencial de respeito e proteção das liberdades públicas. Com a constitucionalização desse dever jurídico imposto aos magistrados – e que antes era de extração meramente legal – dispensou-se aos jurisdicionados uma tutela processual significativamente mais intensa, não obstante idênticos os efeitos decorrentes de seu descumprimento: a nulidade insuperável e insanável da própria decisão. E mais: A importância jurídico-política do dever estatal de motivar as decisões judiciais constitui inquestionável garantia inerente à própria noção do Estado Democrático de Direito. Fator condicionante da própria validade dos atos decisórios, a exigência de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais reflete uma expressiva prerrogativa individual contra abusos eventualmente cometidos pelos órgãos do Poder Judiciário (HC n. 69.013/PI, DJ 1º/7/1992).

Socorrendo-me, ainda, dos ensinamentos dos mestres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, *o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes [...]. É por isso que a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável* (As Nulidades no Processo Penal. São Paulo: RT, 12ª ed., págs. 123/125).

Concluo que, na espécie, foram desrespeitados os preceitos segundo os quais as interceptações das comunicações, incluindo aí suas prorrogações, devem decorrer de decisão fundamentada e nos prazos fixados em lei, e – conforme pacífica jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, que não admite, no processo penal, a utilização de provas obtidas por meios ilícitos para embasar a persecução penal ou eventual condenação – reconhecida a ilicitude da prova, a única solução possível é a sua total desconSIDERAÇÃO pelo Juízo e o desentranhamento do processo do resultado dessas interceptações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consideradas ilegais. O que não representa, obviamente, a nulidade das provas anteriores e das seguintes que não derivaram, em particular, das quebras que efetivamente duraram prazo superior a 15 dias e das prorrogações automáticas.

Confirmam-se, no que ora interessa, por exemplo, os seguintes julgados daqui: HC n. 93.856/ES, Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, DJe 19/10/2009; HC n. 22.371/RJ, Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 31/3/2003; HC n. 117.437/AP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 20/10/2011; e HC n. 126.231/RS, Ministro Gilson Dipp, DJe 22/11/2010. E do STF: HC n. 96.056/PE, Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/5/2012; HC n. 82.862/SP, Ministro Cezar Peluso, DJ 13/6/2008.

Assim, destacando que a nulidade pontual de determinadas provas não tem o condão de invalidar o processo ou mesmo o restante do conjunto probatório que se mantém preservado, voto no sentido de **declarar** a ilicitude das provas produzidas pelas interceptações telefônicas autorizadas/prorrogadas por prazo acima de 15 dias e das prorrogações automáticas, deferidas nos dias 13/7/2005, 17/8/2005, 15/9/2005, 26/10/2005, 24/11/2005, 7/12/2005, 15/12/2005, 28/12/2005, 11/1/2006, 20/1/2006, 25/1/2006, 30/1/2006, 31/1/2006, 8/3/2006, 22/3/2006, 19/4/2006, 31/5/2006 e 18/5/2006. Caberá ao Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Taquara/RS o exame das implicações da nulidade das interceptações nas demais provas dos autos, eventualmente viciadas por derivação.

Nesses termos, **concedo** a ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.581 - RS (2009/0117976-9) (f)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Sr. Presidente, li atentamente o voto do eminente Ministro Relator e realmente impressionou-me a atipicidade deste processo. S. Exa. esclarece que há decisões que se limitam a prorrogar o prazo da interceptação, por 30 (trinta) dias, sem referência à prorrogação automática, por mais 30 (trinta) dias. Outras prorrogam por 45 (quarenta e cinco) dias, com prorrogação automática, por mais 45 (quarenta e cinco) dias, em um total de 90 (noventa) dias. Outras limitam-se a prorrogar, por 45 (quarenta e cinco) dias. E, finalmente, outras cuidam de linhas telefônicas diferentes, prorrogam a interceptação de algumas linhas, por 45 (quarenta e cinco) dias, com prorrogação automática, por mais 45 (quarenta e cinco) dias. E, para outras, limitam-se a prorrogar, por mais 45 (quarenta e cinco) dias. Sabe-se que o art. 5º da Lei n. 9.296/96 dispõe que a quebra de sigilo telefônico há de ser devidamente fundamentada e deve ser autorizada pelo prazo de 15 (quinze) dias, prorrogáveis por mais 15 (quinze) dias. O que se discute neste processo é apenas a possibilidade de o Juiz, reiteradamente, determinar a quebra de sigilo telefônico por prazo superior a 15 (quinze) dias e determinar, ao mesmo tempo, a prorrogação automática, em alguns casos, por 45 (quarenta e cinco) dias. Quarenta e cinco mais 45 (quarenta e cinco) dias.

Confesso que tive alguma dúvida ao ler a decisão que se coloca a fl 9 do voto de S. Exa., já que ela faz remissão aos fundamentos apresentados pelo Ministério Público, que pede que a quebra seja feita pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, porquanto o período de 15 (quinze) dias seria assaz exíguo, e, assim, insuficiente para o monitoramento abrangente e eficiente das atividades diurnas da organização.

Porém, indago do eminente Ministro Relator: V. Exa. transcreveu aqui a remissão que a decisão faz aos fundamentos do pedido do Ministério Público. Nos outros casos, há fundamentação no pedido que o Ministério Público formula?

O eminente Ministro Relator destacou que há, inclusive, precedentes desta Turma, de relatoria do Sr. Ministro Og Fernandes, em julgado confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de se permitir a quebra, por período superior a 15 (quinze) dias, e com prorrogação também por prazo superior a 15 (quinze) dias, desde que tal se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

faça de maneira fundamentada, tal como ocorreu, naquela hipótese. Esclarece o eminente Relator que o Ministério Público, ao qual se reportam as decisões de quebra de sigilo e de prorrogações automáticas desta quebra, não apresenta fundamento idôneo, a justificar a quebra, por período além do fixado na lei, e a prorrogação, também automática, por período além do fixado na lei.

Vejo que o próprio acórdão, que ora é impugnado, é transcrito a fl. 4 do voto do eminente Ministro Relator, e o próprio acórdão admite que é verdadeira a afirmação dos impetrantes acerca do descumprimento do prazo do art. 5º da Lei n. 9.296/96, que dispõe que a quebra é por 15 (quinze) dias, prorrogável por mais 15 (quinze) dias. E, sabe-se, prorrogável por quantas vezes se fizer necessárias.

O acórdão admite apenas que a inobservância do prazo não é capaz de nulificar toda a prova. Em consequência, parte dela poderia ser nulificada. Como esclarece o eminente Ministro Relator, as decisões de quebra, por período superior a 15 (quinze) dias, e sua prorrogação automática, não se viram adequadamente fundamentadas, para justificar a fixação de prazo diverso daquele previsto no art. 5º da Lei n. 9.296/96.

Assim, entendo que, efetivamente, essas quebras e prorrogações, com prazos bem atípicos, e sem fundamentação, são, efetivamente, ilícitas, e ilícitas são as provas delas decorrentes. Tenho apenas uma observação, Sr. Ministro Sebastião, no que se refere à conclusão de V. Exa. Embora V. Exa., no corpo do voto, diga que essa prova ilícita deve ser desentranhada, mas que tal não representa a nulidade das provas anteriores e das seguintes que dela não derivaram, em particular, das quebras que efetivamente duraram um prazo superior a 15 (quinze) dias e das prorrogações automáticas. Mas, no final do voto, V. Exa. conclui no sentido de declarar nulas todas as provas decorrentes das quebras de sigilo autorizadas e prorrogadas por prazo acima de 15 (quinze) dias e das prorrogações automáticas, deferidas nos dias tais, tais e tais. Penso que, nessa hipótese, como aqui tem sido julgado, tem-se determinado que o Juízo de Primeiro Grau examine quais seriam as provas derivadas das ilícitas, e ele o faria à luz do art. 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, porque, nos estreitos limites do **habeas corpus**, é impossível dizer que todas elas estão alcançadas por essa ilicitude. Pode ser que alguma seja decorrente dessa prova ilícita, mas se ela pudesse ser obtida por uma prova independente, constante dos autos. É o que diz o art. 157, § 2º, do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Processo Penal. Caberia ao Juiz de Primeiro Grau examinar quais seriam as provas alcançadas pela ilicitude ora reconhecida, à luz do art. 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal.

É como voto, Sr. Presidente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 139.581 - RS (2009/0117976-9) (f)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ: Sr. Presidente, da mesma maneira que no voto que proferi no julgamento anterior registrei que poucas vezes havia visto uma decisão tão bem fundamentada, faço-o agora no sentido oposto. Jamais vi algo parecido ao que se noticiou nestes autos. Custa-me a crer que em um caso de tamanha envergadura, tamanha repercussão social, com diversos acusados e elevado custo estatal e social, o magistrado ponha sob risco de perda a persecução penal proferindo uma decisão tão pobre de fundamentação.

Como bem salientou o eminente advogado, esse tipo de decisão não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, com o Processo Penal regido por princípios como o da excepcionalidade e o da provisoriedade das medidas cautelares.

E, mais do que tudo, um processo penal em que os meios justificam os fins, como bem observa Ferrajoli, o qual, por sua vez, também, bem salienta que o dever de motivação dos atos jurisdicionais, como garantia secundária, é a garantia que fecha o sistema contra ataques internos e externos. Ou seja, a motivação dos atos decisórios é a certeza de que não houve arbítrio, é a certeza de que o juiz analisou as provas dos autos, que decidiu de acordo com as regras do direito, de acordo com o devido processo legal, não apenas na sua ótica procedimental, mas, acima de tudo, na sua ótica substancial.

De fato, as consequências que, aparentemente, irão decorrer da decisão que se encaminha com o julgamento deste *habeas corpus* podem ser nefastas à apuração de crimes de extrema relevância. Mas, a atipicidade da decisão hostilizada não pode permanecer sem reparo, e o custo que se há de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pagar, infelizmente é o custo eventual da impunidade.

Meu voto é inteiramente de acordo com o prolatado pelo Sr. Ministro Relator, parabenizando-o pela clareza e pelo magistral posicionamento externado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0117976-9

HC 139.581 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 70018042200 7020600010077

EM MESA

JULGADO: 10/09/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DANIEL GERBER E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: ALFREDO FRAGA DOS SANTOS
CORRÉU	: ANTÔNIO CARLOS GOMES MACHADO
CORRÉU	: CÉSAR AUGUSTO MICHELS
CORRÉU	: CÉZAR AUGUSTO MICHELS
CORRÉU	: CLÓVIS LUÍS PEREIRA
CORRÉU	: DARLAN FERREIRA BORGES
CORRÉU	: ELIANA BORGES GARÇÃO
CORRÉU	: FLÁVIO GOMES PEREIRA
CORRÉU	: FREDY FERNANDO SCHENCK
CORRÉU	: GUILHERME DE OLIVEIRA SOUZA
CORRÉU	: ISAÍAS ZEFERINO
CORRÉU	: IVENS PIRES ALVES
CORRÉU	: JAIR DE OLIVEIRA ANTUNES
CORRÉU	: JEFFERSON SCHULLER CASTRO
CORRÉU	: JOCEMAR GOMES PEREIRA
CORRÉU	: JORGE LUÍZ TEIXEIRA JÚNIOR
CORRÉU	: JOSÉ ANTÔNIO BUENO SILVEIRA
CORRÉU	: LAMARTINE FIGUEIRÓ
CORRÉU	: LUCIANO DEUTSCHMANN
CORRÉU	: LUÍS LAZARETTI DE OLIVEIRA
CORRÉU	: LUIZ LAZARETTI DE OLIVEIRA
CORRÉU	: MÁRCIO ANDRÉ BOHN DE OLIVEIRA
CORRÉU	: MARGARETE DA SILVA PREDABON
CORRÉU	: MARTINS ROBILAR DA SILVA
CORRÉU	: MILTON VALDECIR PINHEIRO BUENO
CORRÉU	: PAULO ROBERTO FARIAS
CORRÉU	: ROMMEL TROGLIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORRÉU : TASSO SANTOS DAS CHAGAS
CORRÉU : UGO ROQUE WEITZMANN
CORRÉU : VALDIR BORTHOLO
CORRÉU : MARGARET DA SILVA PREDABON

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). DANIEL GERBER, pela parte PACIENTE: ALFREDO FRAGA DOS SANTOS

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.