

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

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : FERNANDO AUGUSTO FERNANDES E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : LUIS CARLOS BEDIN
PACIENTE : REBECA DAYLAC

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **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 precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a 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 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 incurso 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 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 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 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.

ACÓRDÃO

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

Superior Tribunal de Justiça

indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer da ordem em relação à paciente Rebeca Daylac por não integrar o **writ** originário, no mais, não conhecer do **writ** por substitutivo de Recurso Ordinário, mas expediu ordem de ofício em relação ao paciente Luis Carlos Bedin, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

Sustentaram oralmente o Dr. FERNANDO AUGUSTO FERNANDES, pela parte PACIENTE: LUIS CARLOS BEDIN e pela parte PACIENTE: REBECA DAYLAC e Subprocuradora-Geral da República Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



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

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de Recurso Ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de LUÍS CARLOS BEDIN e REBECA DAYLAC, apontando, como autoridade coatora, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que denegou a ordem impetrada, nos autos do HC 2009.02.01.012361-0.

Consta dos autos que os pacientes foram alvo de Operação deflagrada pela Polícia Federal, denominada "Negócio da China", dirigida ao Grupo CASA & VÍDEO – constituído pelas empresas MOBILITÁ COMÉRCIO IND. E REP. e LAR E LAZER COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., cujo controle seria exercido pela empresa ZIGON OVERSEAS, situada nas ILHAS VIRGENS BRITÂNICAS –, nos autos do Inquérito Policial 791/06-Delefin/SR/DPF/RJ, que resultou na denúncia de 14 envolvidos, entre eles os pacientes LUÍS CARLOS BEDIN, apontado como suposto responsável por empresa de fachada, e REBECA DAYLAC, empregada do grupo CASA & VÍDEO, como incurso nos crimes dos arts. 288 do Código Penal e 1º, V e VII, da Lei 9.613/1998, sendo a paciente também incurso no delito do art. 334 do Código Penal, todos na forma do art. 71 do Código Penal, nos autos da Ação Penal 2006.51.01.523722-9/RJ, 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 (fls. 285/317e).

Alegam os impetrantes, em síntese, em longa inicial, ilicitude da prova obtida por meio de interceptação telemática, com fundamento em parecer elaborado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, segundo o qual "a troca de mensagens pelo chamado correio eletrônico nada mais é do que uma forma moderna de correspondência epistolar, em relação à qual a inviolabilidade constitucional é absoluta (primeira parte do mesmo inciso XII, do art. 5º, da CF)" (fl. 37e).

Sustentam, ainda, a ausência de fundamentação da decisão que decretou a quebra de sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas. Alegam a ilicitude das provas obtidas por meio das medidas cautelares de interceptação telefônica e telemática, em virtude da ausência de comprovação da

indispensabilidade da medida, porquanto os únicos elementos de prova precedentes eram matérias jornalísticas e documentos societários das empresas supostamente envolvidas, encontrando-se a investigação em estágio inicial, em flagrante violação ao art. 2º, incisos I e II, da Lei 9.296/96, "antecedendo qualquer outra medida à disposição do órgão policial (p.ex. obtenção de informações cadastrais no Bacen e na Receita Federal; quebra do sigilo bancário e fiscal)" (fl. 8e). Afirmam que, "se nem mesmo hoje há indícios da prática de crime contra a ordem tributária, é evidente que também não o havia à época do deferimento da interceptação, inexistindo o lançamento definitivo de qualquer tributo, tido como condição objetiva de punibilidade", e que "o delito tributário sequer figura como crime antecedente a permitir a configuração de lavagem de dinheiro" (fl. 10e).

Aduzem, outrossim, inacessibilidade dos investigados aos elementos de prova, em violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da paridade de armas e do devido processo legal, não obstante o deferimento de liminares, no HC 122.992/RJ, da relatoria do Ministro Paulo Gallotti, para assegurar o acesso aos autos do Inquérito Policial, e na Reclamação 3.467/RJ, pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, para "suspender, por ora, o prazo para apresentação de resposta à acusação, prevista no art. 396-A, do Código de Processo Penal" (fl. 14e). Argumentam que o material fornecido continha "apenas o produto da interceptação telemática de 2 investigados, numa operação que redundou em onze denunciados, dos quais 6 tiveram seus e-mails interceptados" (fl. 14e), e que, "dentre os emails interceptados e não disponibilizados estão todos aqueles da empresa alvo da investigação, ou seja, aqueles que se encerram com @casaevideo.com.br, vinculados ao provedor Embratel, inclusive a conta de email do principal denunciado (LUIGI MILONE)" (fl. 15e). Transcrevem correspondências entre a EMBRATEL e a Polícia Federal, para demonstrar que os e-mails, interceptados por intermédio da EMBRATEL, relacionados ao Inquérito Policial, não foram armazenados pela concessionária ou pela Polícia, pelo que se perderam, não constando dos autos a integralidade da prova colhida, quanto aos e-mails (fls. 15/19e).

Alegam, ainda, o desaparecimento de parte substancial dos áudios telefônicos interceptados – 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) –, que teriam sido apagados pela Polícia, sem que a defesa, o Ministério Público ou o Poder Judiciário dele tivessem conhecimento ou sobre eles exercessem qualquer espécie de controle ou fiscalização (fl. 12e), porquanto "apenas um dos investigados, Luigi Milone, tinha em sua posse as contas telefônicas detalhadas, referentes ao período interceptado" (fl. 21e), o que permite a expedição da certidão ensejando a demonstração do desaparecimento de parte da prova. Assim, "o desaparecimento de parte da prova resultante da violação às comunicações (não importando quantas ligações ou emails sumiram) a torna imprestável em sua integralidade por falta de credibilidade e confiabilidade" (fl. 24e), impossibilitando a defesa de confrontar as teses acusatórias com o restante das interceptações, constituindo uma única versão dos fatos, insuscetível de prova em contrário. Assim, além da perda de credibilidade, decorrente da manipulação e seleção unilateral das provas, realizada por agentes policiais, sem a intervenção do Juiz e controle das partes processuais, "o material desaparecido poderia conter prova de defesa capaz de conduzir à absolvição sumária dos pacientes, justamente aquilo que se poderia sustentar em sede de resposta preliminar (art. 396-A do CPP)" (fl. 25e).

Asseveram, ainda, que a seleção das comunicações interceptadas foi realizada com evidente preterição das formalidades legais, com inobservância do procedimento previsto para o incidente de inutilização de provas, no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, para a eliminação das gravações, implicando a ilicitude de toda a prova obtida mediante a interceptação, não se tratando, portanto, de "mera infringência a regras processuais para a produção da prova (prova ilegítima), mas de omissão de procedimento que contamina o próprio meio de obtenção da prova" (fl. 33e). Assim, sustentam que a prova extraída da quebra de sigilo das comunicações constitui a única versão dos fatos, constituída pela deliberação unilateral da Polícia, insuscetível de prova em contrário, na fase do contraditório, e, portanto, sem idoneidade para permanecer nos autos.

Alegam, outrossim, "que parte enorme da prova **nunca será disponibilizada**, eis que sua não preservação já é fato incontroverso atestado pelo Delegado, pela Embratel e por certidão do Juízo" (fl. 57e); que "não se está, absolutamente, diante de uma questão qualquer que possa ser, simplesmente, deixada para a fase da sentença, pois o desaparecimento e inacessibilidade de provas desta relevância no início da ação, especialmente sendo este o momento de

se apresentar peça de defesa decisiva e cheia de questões preclusivas (a do art. 396-A do CPP), esvazia as garantias do contraditório e ampla defesa, pois é absolutamente imprescindível que o acusado e seu defensor já tenham, desde o início, a exata dimensão e compreensão da acusação e das provas colhidas na fase inquisitorial, para sobre elas se manifestar quanto ao mérito, para pugnar por absolvição sumária, para arrolar as testemunhas adequadas, para pedir as perícias necessárias, para *'argüir preliminares'*, *'alegar tudo o que interesse à sua defesa'*, *'oferecer documentos e justificações'*, *'especificar as provas pretendidas'* e *'arrolar testemunhas'* (fls. 57/58e).

Requerem, por esses motivos, o deferimento do pedido de liminar, para determinar, até o julgamento final da presente impetração, a suspensão da Ação Penal 2006.51.01.523722-9, bem como da validade da prova obtida por meio da interceptação de comunicações, a fim de não serem emprestadas a outras medidas ou ações, e, no mérito, a concessão da ordem, para a) "declarar a invalidade da prova decorrente do afastamento do sigilo das comunicações, em razão do desaparecimento parcial que afetou a unidade e comunhão da prova, bem como de sua utilização para todo e qualquer fim"; b) "determinar o desentranhamento integral do material colhido nas interceptações telemáticas e telefônicas, por constituir prova ilícita (arts. 5º, LVI, CRFB e 157, CPP), bem como de tudo aquilo que se originar, se embasar ou se referir à referida prova de comunicações, por constituir prova ilícita por derivação (art. 157, § 1º, CPP)"; c) "determinar ao Juízo do feito, ainda, que, ao dar cumprimento à ordem, proceda a todo e qualquer exame complementar, que se possa entender não cabível na via do **habeas corpus**, necessário à verificação da extensão da ilicitude sobre outros elementos dos autos, que tal qual a decisão de busca e apreensão, estejam também contaminados ou de qualquer forma influenciados pela prova ilícita"; d) "determinar, por consequência, o trancamento da ação penal" (fl. 284e).

O pedido formulado em sede de liminar foi indeferido, pelo Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE) (fls. 895/896e).

As informações foram prestadas, pelo Juízo de 1º Grau (fls. 901/906e) e pela autoridade apontada como coatora (fl. 917e).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 990/993e).

Superior Tribunal de Justiça

Formulado pedido de reconsideração da liminar (fls. 1.214/1.216e), foi por mim indeferido (fls.1.238/1.240e), oportunidade em que os impetrantes foram comunicados da data da sessão de julgamento do presente **writ**, conforme requerido, a fl. 989e.

Solicitadas informações, pelo Supremo Tribunal Federal, para instruir os autos do **Habeas corpus** 108.886/RJ, foram por mim prestadas, em 06/12/2013, informando que o presente **writ** seria levado a julgamento na sessão da 6ª Turma do STJ de 11/02/2014 (fls. 1.243/1.245e).

Às fls. 1.028/1.042e, instruídos os autos com as informações e o parecer do Ministério Público, os impetrantes apresentaram petição, prestando esclarecimentos.

Em petição de fl. 1249e, o Juízo Federal da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro comunicou "a possível perda de objeto do HC 160662-RJ, em curso no Egrégio STJ, tendo em vista a matéria nele versada haver sido conhecida em sentença, prolatada em 21-01-2014, por provocação da própria defesa, na qual foram condenados nas sanções do art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86, na forma do art. 71, caput, do Código Penal, os réus LUIGI FERNANDO MILONE, ATILIO MILONE, MARCIO CAIO ROBERTO BUCHSBAUM, REBECA DAYLAC, LUIS CARLOS BEDIN, RICHARD DE ALBANESI PROFESSIORI, LIU SHIE LIN, DAVID LIU, DACHIUEN LIU, GILBERTO VIEIRA ROGGERO e RINALDO DE SOUZA BARROSO, e absolvidos VANDERLEI GONÇALVES TONELLO, MANOEL ROBERTO ALVES LOPES, RITA MARCIA RUIZ DE OLIVEIRA LOPES e HELOIZA HELENA VIEIRA DE OLIVEIRA BARROSO", a qual foi instruída com a sentença condenatória (fls. 1.254/1.391e).

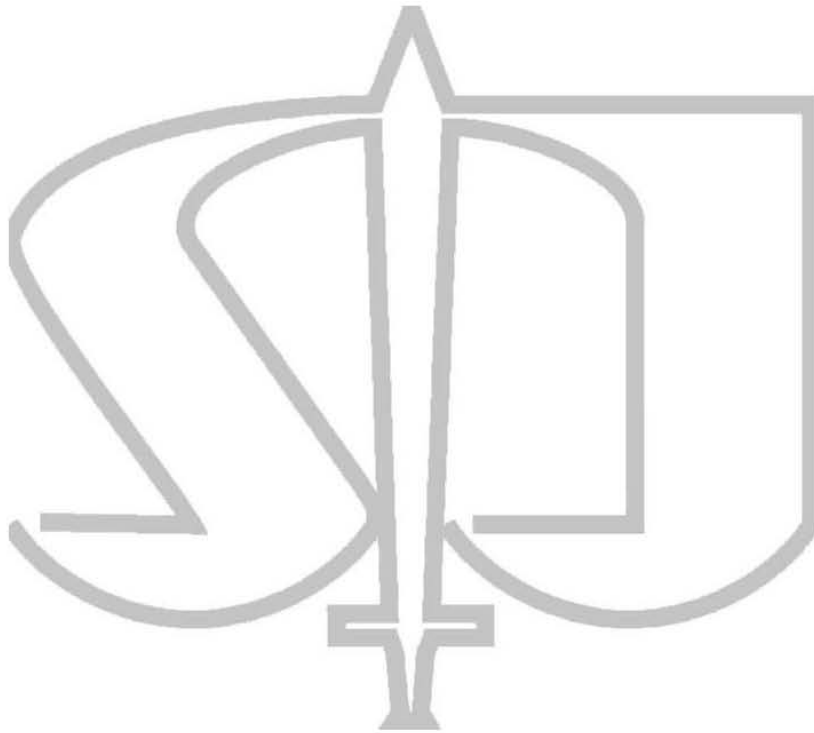
A fls. 1.392/1.397e, os impetrantes requerem "a devolução do ofício ao d. Magistrado remetente, porquanto não guarda qualquer relação com o presente habeas corpus" (fl. 1.394e), ao argumento de que a sentença, remetida pelo Juízo de 1º Grau foi proferida nos autos da Ação Penal 2009.51.01.810486-2, "que, embora advenha da mesma investigação, não poderia sob nenhum ângulo, sob nenhuma interpretação, por mais tendenciosa que fosse, gerar a perda de objeto do presente habeas corpus" (fl. 1.393e), o que restou indeferido, por despacho de 10/02/2014 (fl. 1.399e).

O julgamento do presente **writ** estava previsto para ocorrer em

Superior Tribunal de Justiça

11/02/2014 (fl. 1.401e). Em face da necessidade de realização de diligências, foi o advogado impetrante intimado de que tal ocorreria na sessão da 6ª Turma do STJ de 18/02/2014, conforme certidão de fl. 1.404e.

É o relatório.



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

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante relatado, verifica-se que o presente pedido de **Habeas corpus** foi impetrado em substituição a Recurso Ordinário, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão, proferido por Tribunal de 2.º Grau, em sede de **habeas corpus**, quando denegatória a decisão, nos termos do art. 105, II, **a**, da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012) – quando se considerou incabível o **habeas corpus**, para substituir recurso ordinário constitucional, contra denegação da ordem, pelo STJ –, firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a **habeas corpus**, substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

Como se viu do relatório, os apontados pacientes foram alvo de Operação deflagrada pela Polícia Federal, denominada "Negócio da China", dirigida ao Grupo CASA & VÍDEO, nos autos do Inquérito Policial 791/06-Delefin/SR/DPF/RJ,

que resultou na denúncia de 14 envolvidos, entre eles os pacientes LUÍS CARLOS BEDIN, apontado como suposto responsável por empresa de fachada, e REBECA DAYLAC, empregada do grupo CASA & VÍDEO, como incurso nos delitos dos arts. 288 do Código Penal e 1º, V e VII, Lei 9.613/98, sendo a paciente também incurso no crime do art. 334 do Código Penal, todos na forma do art. 71 do Código Penal, nos autos da Ação Penal 2006.51.01.523722-9, 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 (fls. 285/317e).

Impetrado o HC 137.628/RJ, em favor da ora paciente Rebecca Daylac, visando o trancamento da aludida Ação Penal, quanto aos crimes de lavagem de dinheiro (art. 1º, incisos V e VII, da Lei 9.613/1998) e descaminho (art. 334 do Código Penal), a 6ª Turma do STJ concedeu parcialmente a ordem, para determinar o seu trancamento, em relação ao último delito, com a extensão da ordem aos demais corréus. Impetrado o HC 108.715/RJ, em favor da mesma paciente, no STF – contra acórdão proferido pelo STJ, nos autos do HC 138.058/RJ, no qual fora denegada a ordem, visando o trancamento da Ação Penal, relativamente aos crimes de lavagem de dinheiro (art. 1º, incisos V e VII, da Lei 9.613/1998) e formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal) –, a 1ª Turma da Suprema Corte julgou extinta a ordem de **habeas corpus**, por inadequação da via processual, mas concedeu a ordem, de ofício, para trancar a Ação Penal, quanto ao delito de lavagem de dinheiro, com extensão da ordem aos demais corréus. Remanesce, portanto, apenas o delito de quadrilha, a ser apurado nos autos da referida Ação Penal.

Prestados esses esclarecimentos preliminares, passo ao exame do presente **writ**, a fim de verificar a eventual existência de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia no acórdão impugnado, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente LUÍS CARLOS BEDIN, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

De início, cumpre destacar, no que tange à paciente REBECA DAYLAC, que as pretensões aqui deduzidas não foram formuladas, perante o Tribunal **a quo**, no HC 2009.02.01.012361-0, ora impugnado (fls. 1e e 873/882e), impetrado apenas em favor de LUÍS CARLOS BEDIN (fls. 867e e 872e), de modo que o conhecimento da matéria, pelo STJ, no que a ela respeita, implicaria indevida supressão de

instância.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. REGIME INICIAL FECHADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

1. O tema relativo à fixação do regime prisional, no que se refere ao paciente Elias de Almeida Pereira, não foi debatido na instância precedente, de modo que avaliá-lo, nesta sede implicaria em indevida supressão de instância.

(...)

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida" (STJ, HC 232.080/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 21/05/2012).

"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA QUANTO A UM DOS PACIENTES. BENS AVALIADOS EM R\$ 245,00. INSIGNIFICÂNCIA. INOCORRÊNCIA. VÍTIMA DE POUCAS POSSES. SUBTRAÇÃO DURANTE A MADRUGADA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. EXPRESSIVA LESÃO AO PATRIMÔNIO DA VÍTIMA. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Se as pretensões deduzidas neste writ, com relação a um dos pacientes, não foram formuladas perante a Corte estadual, inviável seu conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

6. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido em parte apenas para deferir ao paciente Sirleno Aparecido da Silva a liberdade provisória, mediante assinatura de termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo" (STJ, HC 156.512/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 14/06/2010).

Não conheço, pois, do presente **Habeas corpus**, quanto à paciente REBECA DAYLAC.

A inicial da impetração versa sobre três pontos fundamentais, a saber:

a) nulidade das provas produzidas a partir da interceptação telemática, ante a inviolabilidade do sigilo das comunicações telegráficas e de dados, prevista no art. 5º,

XII, da Constituição Federal; b) ausência de comprovação da indispensabilidade da medida de quebra dos sigilos telefônico e telemático, porquanto os únicos elementos de prova precedentes seriam matérias jornalísticas e documentos societários das empresas supostamente envolvidas; c) inacessibilidade dos investigados aos elementos de prova, em razão do desaparecimento do material obtido por meio da interceptação telemática, vinculada ao provedor EMBRATEL, bem como de parte dos áudios interceptados, que teriam sido apagados pela Polícia, sem que a defesa, o Ministério Público ou o Poder Judiciário dele conhecessem ou sobre ele exercessem qualquer espécie de controle ou fiscalização, com inobservância do procedimento de incidente de inutilização de provas, previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96.

Instruídos os autos com as informações e o parecer ministerial, os impetrantes apresentaram petição, delimitando o objeto do **habeas corpus**, em que esclarecem o seguinte:

"Tudo que se relatou na inicial do writ sobre a falta de acesso a áudios e emails interceptados visou apenas a relatar os insistentes pedidos formulados pelos acusados ao Juízo e ao STJ para que lhes fosse assegurado o acesso integral ao material interceptado e demais provas, apenas porque foi dessa insistência que se descobriu que o produto da interceptação realizada através do provedor Embratel foi destruído pela polícia, às escondidas. (...) Os efeitos dessa destruição de provas constituem o centro da impetração, que está instruída com parecer da lavra da Professora Ada Pelegrini Grinover".

Embora as questões relativas à ausência de comprovação da indispensabilidade da medida de quebra dos sigilos telefônico e telemático, bem como a inviolabilidade do sigilo das comunicações telegráficas e de dados, prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal, não tenham sido submetidas à apreciação do Tribunal **a quo**, na inicial do **writ** lá impetrado, foram formuladas em requerimento complementar, em 2º Grau, instruído com parecer da Professora Ada Pelegrini Grinover, e foram objeto de apreciação, pelo acórdão impugnado (fls. 880/882e), pelo que a sua análise, no presente **writ**, não representa supressão de instância.

É o que se verifica do acórdão impugnado, que se encontra assim fundamentado:

"Como se vê da leitura da inicial, **centra-se em dois pontos os fundamentos originários da impetração: (i) a negativa de acesso ao conteúdo integral dos elementos de convicção coligidos em sede de inquérito policial e que sustentaram a inicial acusatória, notadamente alguns trechos das interceptações telefônicas autorizadas e mensagens de correio eletrônico; (ii) bem assim a inutilização de determinadas partes do conteúdo das citadas interceptações, ao arrepio do sistema acusatório e do disposto no art. 9º da Lei 9.296-96.**

No tocante ao primeiro fundamento - a negativa de acesso aos elementos de convicção até então reunidos -, importa consignar que esta Egrégia 2ª Turma Especializada, por ocasião do julgamento do HC 2008.02.01.019468-5, no qual figuraram como impetrantes os mesmos deste "writ", e paciente uma corré do feito originário, já teve a oportunidade de pronunciar-se, feito esse que tramitou sob segredo de justiça. Muito embora, como informaram os próprios impetrantes, tenha sido obtido, junto ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, liminar em habeas corpus (autos nº 122.922-RJ), originário daquel'outro, determinando o devido acesso àqueles elementos; o que fora confirmado em sede de reclamação (autos nº 3467-RJ), e cujos efeitos se estendeu em favor do ora paciente.

Nesse particular, **sinalam os impetrantes que o d. juízo a quo encontra severas dificuldades para o cumprimento da determinação emanada do tribunal superior, pelo fato de que fora atestado que a maioria do material obtido naquelas cautelares probatórias não foram preservados ou sequer inexistiam, já que descartados no curso do inquérito policial. Entretanto, as informações prestadas pela autoridade impetrada não deixam dúvidas de que, na condução do feito originário, em todas as suas etapas, não houve restrição de acesso à documentação encartada nos autos, bem assim aquela decorrente das já mencionadas cautelares probatórias. É ver o seguinte excerto da peça informativa (fls. 376-380):**

"Logo à fl. 526 do PIL nº 791/2006 (volume II) este Juízo, em 25/11/2008, **ao decretar o segredo de justiça no referido IPL, consignou o acesso aos autos aos advogados constituídos. Também, na respectiva ação penal, este Juízo, ao receber a denúncia (fls. 571-572), em 5 de dezembro de 2008, decretou o segredo de justiça nos autos face a existência de documentos sigilosos, permitindo vista apenas aos**

advogados constituídos pelos acusados. Nessa mesma decisão, no item 8, ainda constou: “Dê-se vista aos advogados constituídos nos presentes autos de todos os procedimentos cautelares vinculados aos presentes autos.

Ademais, à fl. 751 da ação penal, este Juízo, apreciando requerimento da defesa de outros acusados quanto aos elementos de investigação nos autos de monitoramento, determinou: “Providencie a Secretaria uma cópia em arquivo do DVD encaminhado pela Polícia Federal com a íntegra dos áudios interceptados, devendo as defesas providenciarem a entrega de um DVD virgem, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Após, a Secretaria deverá entregar a cada um dos advogados constituídos nos presentes autos a cópia gravada do DVD, num prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, devendo efetuar a entrega mediante Termos nos autos [...]”

Também, quanto ao acesso a íntegra dos e-mails interceptados mencionados na denúncia, este Juízo, em 05/02/2009, decidiu à fl. 916: “As defesas de REBECA DAYLAC e PAULO EDUARDO LAURENZ BUCHSBAUM requereram às fls. 912/913 e 914, respectivamente acesso ao conteúdo dos e-mails interceptados, bem como a devolução do prazo para apresentação da resposta preliminar. Defiro o requerido pelas defesas. Intime-se pessoalmente o Delegado de Polícia Federal que conduziu as investigações para que entregue, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a íntegra do conteúdo dos e-mails interceptados a fim de que as defesas tenham acesso aos mesmos. Ficam cientes que a partir do momento em que tiverem acesso a esse elemento, devidamente certificado em Secretaria, voltará a correr o prazo de 10 (dez) dias para apresentação da resposta à acusação. Publique-se.”

Às fls. 1146/1147, consta resposta da empresa TERRA NETWORKS do envio da gravação em mídia das mensagens recebidas e enviadas no período da interceptação. Por sua vez, a empresa UOL encaminhou as mídias relativas aos e-mails monitorados, consoante ofício de fls. 1174/1175.

Novamente, sobre a questão do acesso a documentos da investigação, o Juízo à fl. 1192, se pronunciou: “Fls. 1189/1191: Insiste a defesa de REBECA DAYLAC em novo prazo para resposta preliminar, aduzindo que não teve acesso a todos os documentos apreendidos pela Polícia Federal na presente investigação. De início, devo ponderar que a combativa defesa da acusada já teve acesso a todos os procedimentos relacionados ao presente feito, conforme atestam as diversas certidões de vista constantes em todos

os feitos que se originaram desta investigação. Com relação aos bens apreendidos, cumpre frisar que a relação dos mesmos consta em anexos apensados à Busca e Apreensão efetuada pela Polícia Federal, a qual a ilustre defesa já teve acesso, não tendo sido encaminhado a este Juízo nenhum bem ou documento apreendido que encontram-se com a autoridade policial ou a Receita Federal para análise. Ao contrário, do que diz a defesa da acusada **todo material que no momento pode ser colocado à disposição para elaboração da defesa da mesma foi posta à disposição da mesma**, que entretanto, insiste em requerimentos impertinentes visando tumultuar o feito, que já possui uma grande complexidade. Insisto em dizer, que é a única defesa que procura procrastinar o presente feito, requerendo mais uma vez dilação de prazo para apresentação de sua resposta preliminar, ao meu sentir, sem nenhuma razão. Não cabe a este Juízo provocar o MPF para indicar que documentos usará no presente feito, sendo desnecessário dizer que qualquer prova produzida nos presentes autos será objeto do contraditório no momento oportuno e adequado. **Todos os documentos apreendidos estão sendo analisados pela Polícia Federal e pela Receita Federal, e poderão ser analisados pela defesa da acusada no momento propício.** Ante as razões acima expostas, INDEFIRO o requerido pela defesa de REBECA DAYLAC às fls. 1189/1191. Publique-se. **Intime-se o Delegado responsável pela presente investigação para que informe, em 24 (vinte e quatro) horas o porquê da demora do envio dos e-mails interceptados pela provedora da Internet Embratel, uma vez que os outros provedores já encaminharam a resposta, devendo a referida provedora encaminhar, por via magnética, esses dados, em 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de desobediência.**

Informação do Delegado da Polícia Federal à fl. 1204, que à fl. 1206, o MM Juiz Federal Substituto, DR. MARCELO ENES FIGUEIRA, decidiu: **“Ante a informação da autoridade policial de fls. 1204 que os e-mails interceptados vinculados a empresa EMBRATEL não foram aproveitados ou de qualquer forma citados nos relatórios produzidos pela autoridade policial ou pelo MPF no oferecimento da denúncia, não possuindo qualquer relevância para a apuração dos fatos investigados nos presentes autos, entendo desnecessária a dilação de prazo requerida.** Como os arquivos referentes aos demais e-mails interceptados já foram encaminhados a este

Juízo, intimem-se as defesas para que tenham acesso ao conteúdo desses e-mails, 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 da resposta à acusação, na forma do art. 396 do CPP. Após a juntada de todas as respostas, ou findo o prazo determinado, voltem-me conclusos os autos.”

À fl. 1217, consta Termo de Entrega, datado de 06/04/2009, do DVD-R contendo os e-mails interceptados pela Polícia Federal dos provedores UOL e TERRA, nos autos nº 2008.51.01.811753-0, a Dra. Gleyse Tatiana Palma Batista, pela defesa do paciente.

Às fls. 1219/1222, o STJ comunicou exarada em 23/04/2009, no processo de reclamação ajuizado pela defesa da acusada REBECA DAYLAC, que deferiu liminar para suspender o prazo da resposta preliminar, solicitando informações, que foram prestadas às fls. 1223/1228, cuja cópia segue anexa.

Às fls. 1888/1911, a defesa do paciente apresentou resposta à acusação.

Considerando a decisão exarada pelo STJ, na reclamação nº 3467/RJ, para sobrestar o prazo da resposta à acusação, este Juízo, à fl. 2098, determinou a intimação da defesa da acusada REBECA DAYLAC para que informasse, pontualmente e de forma detalhada, qual o material probatório, objeto da denúncia, que não teve acesso.

Por conseguinte, vale acrescentar o teor da decisão proferida em 19/06/2009, às fls. 2214/2215): “Este Juízo intimou a defesa da acusada REBECA DAYLAC (fl. 2.134) para informar “... de forma pontual e detalhada qual material probatório, objeto da denúncia, não teve acesso...” conforme se verifica no despacho exarado à fl. 2.098, verbis: “Ante o teor da liminar deferida pela Exma. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, relatora na Reclamação nº 3467/RJ, (2009/0063124-2) (fls. 2073/2075), para suspender o prazo para apresentação da resposta a acusação da denunciada REBECA DAYLAC, revogo o despacho de fl. 2.096, para intimar a defesa técnica da referida acusada para informar a este Juízo, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, de forma pontual e detalhada, qual material probatório, objeto da denúncia, não teve acesso, tendo em conta que este Juízo deu acesso integral destes es autos às partes, inclusive na fase do inquérito policial, conforme se pode observar às fls. 526, 535, 571/573, 751, 812, 908, 916, 1176 , 1206 e 1210. Decorrido o prazo em tela, voltem-me conclusos. Como se vê, em cumprimento à liminar referenciada no despacho em destaque,

este Juízo revogou o despacho acima citado (fl. 2.096) e, em vez de efetuar diligências de plano, optou, em homenagear os princípios da ampla defesa e da celeridade processual e por fim, oportunizar, mais uma vez, à referida defesa a se pronunciar, de forma objetiva e por derradeiro, a indicar as provas que não teve acesso. Ocorre que, lamentavelmente, o patrono da acusada em tela não aproveitou tal oportunidade, dado que limitou-se, na quase totalidade da peça acostada às fls. 2.207/2.212, a relatar o processado (fls. 2.207/2.209) e a lançar mão de novos questionamentos totalmente estranhos ao que fora intimada e inoportunos em relação ao momento processual (fls. 2.209/2.010) - incidente de incineração de provas. Ora, é de causar estranheza a estratégia defensiva, uma vez que o Juízo, tecnicamente, sequer iniciou a instrução probatória, como se pode querer destruir provas. Por essa razão, não conheço os novos questionamentos. Não bastasse, é oportuno ressaltar que a tese da defesa está superada, ante à decisão denegatória de ordem (fls. 2.151/2.165) exarada nos autos do HC 2009.02.01.001838-3 (TRF2) ter transitado em julgado (fl. 2.166). Assim, verifica-se que, na verdade, os questionamentos da defesa foram contempladas no citado HC. E, de resto, INDEFIRO o requerimento de fl. 2.212, que consiste na remessa de cópias para o Colendo Superior Tribunal de Justiça, tendo em conta que tal providência pode ser realizada pelo próprio requerente independentemente de autorização deste juízo. **Não obstante, levando em conta que o Ofício do Delegado de Polícia Federal, Dr. Bruno Eduardo de Oliveira Lopes (fl. 1.204), não atendeu integralmente o determinado pelo Juízo, ao não encaminhar os emails vinculados à empresa Embratel, intime-se-o, pessoalmente para, no prazo de 05 (cinco) dias, encaminhar todos email da Embratel, bem como de outros provedores, porventura existentes em seu poder. Intime-se. Com a resposta do Delegado Bruno, dê-se vista ao MPF. Após, voltem-me conclusos. Publique-se.**

Observa-se que os impetrantes, no presente habeas corpus, também mencionaram eventual destruição de provas em desobediência ao devido processo legal. Nesse particular, vale repetir o que constou na decisão acima: é de causar estranheza a estratégia defensiva de algumas defesas, inclusive a do paciente em tela. **Ora, como se pode falar em destruição de provas se o Juízo, tecnicamente, sequer iniciou a instrução probatória?**

Por outro lado, como visto acima, **este Juízo tem oficiado à Autoridade Policial para que sejam juntados aos autos os**

e-mails interceptados vinculados à empresa EMBRATEL. Sendo que, em anexo, segue a última informação do Delegado de Polícia Federal, constante dos autos, a respeito da questão.”

Sem finalizar a questão acima, que será tratada em conjunto também com o segundo fundamento da impetração - a afirmada destruição de parte do material arrecadado -, **depreende-se do art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296-96, que a presença do acusado ou de seu representante legal no incidente é facultativa, e não obrigatória ou garantida pela norma; pelo que não se afigura razoável tornar regra, como querem os impetrantes, tratar eventual ausência da defesa, no mesmo, como causa de nulidade absoluta.** Abaixo, a dicção literal do dispositivo:

“Art. 9º. A gravação que não interessar a 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.” (grifos meus)

Soma-se a esse argumento a percuciente observação do d. magistrado a quo, no sentido de que não há ainda, tecnicamente, prova produzida, já que não submetida ao contraditório. Mais que isso, e mesmo que tenha havido destruição, como noticiam os impetrantes no requerimento complementar de fls. 435-453, não há qualquer prova juntada neste “writ” que autorize conclusão no sentido contrário às assertivas do juízo de primeiro grau acima transcritas, porquanto **a impertinência objetiva de eventual material arrecadado é fato que, por si só, afasta a alegação de prejuízo à defesa, que rege o sistema de nulidades no processo penal (art. 563 do Código de Processo Penal), já que sequer fazem parte do arcabouço inicial que viabiliza a persecução em juízo.**

É dizer, também, nesse aspecto, que na condição de dominus litis, incumbe exclusivamente ao membro do “parquet” que venha a participar das investigações preliminares, como também daquele que oferece a denúncia, requerer as diligências que entender necessárias ao objeto da investigação; bem assim fazer a imputação dos fatos, dando início à persecutio criminis in judicio, referenciando a sua narrativa aos elementos de convicção que entender pertinentes ou necessários à comprovação do alegado. **Não é da defesa o ônus de demonstrar o ilícito e o seu autor, ao revés; pelo que a idéia de**

que é tarefa da defesa a verificação da pertinência do material coligido no curso da instrução, para fins de oferecimento da denúncia, apresenta-se como verdadeira contradição em termos. Quanto ao afirmado sumiço de “provas”, a construção de todo o raciocínio dos impetrantes parte da premissa de que o material disponibilizado está somente no disco juntado à fl. 299 destes autos. Entretanto, a instrução do “writ” dá-nos conta de que o relatório final da autoridade policial transcreve expressamente as comunicações, telefônicas e telemáticas, interceptadas. E não é dado a este órgão jurisdicional, em sede de habeas corpus, sem qualquer fato caracterizador de uma possível ilegalidade, contrapor os excertos transcritos com todo o material objeto das interceptações, em especial a partir dos esclarecimentos de fls. 441-444. Esse proceder é da competência do juízo natural da ação penal originária, tanto assim que o tema foi objeto da resposta à acusação oferecida em favor de LUIS CARLOS BEDIN (fls. 314-337), sobre o qual não há notícias de pronunciamento da autoridade impetrada.

Também não se pode dizer que o acesso franqueado aos ditos elementos de convicção deu-se de maneira fracionada ou mesmo que houve seleção unilateral da prova, como também afirmado no requerimento complementar dos impetrantes. Não se pode perder de vista a informação do juízo a quo, de que parte do material que faz parte das investigações ainda está sendo apreciada, tanto pela Receita Federal, quanto pela Polícia Federal. Razão porque, evidencia-se que parcela dos bens apreendidos naquela oportunidade, por impossibilidade material, não pôde ser disponibilizada à qualquer das partes interessadas; fato que, todavia, não implica, automaticamente, reconhecer cerceamento de defesa ampla do paciente, na medida em que houve a transcrição, no relatório policial, das partes necessárias das interceptações e que serviram de fundamento à denúncia e que permitiram o exercício amplo do direito de defesa, como se vê do conteúdo da resposta à acusação oferecida (fls. 314-337). Cabendo salientar, ainda, como igualmente informado pela autoridade impetrada, que tão logo disponibilizadas, serão submetidas ao crivo do contraditório; raciocínio este que também deve ser aproveitado quanto ao primeiro fundamento do “writ” - a negativa do acesso ao material das cautelares probatórias.

Demais disso, eventual discrepância entre o conteúdo do material já transcrito com contexto das investigações, ou mesmo eventual adulteração, como anotam os impetrantes em suas razões, poderão ser, no momento oportuno, objeto de impugnação na via

incidental; ou mesmo discutido amplamente por ocasião da instrução criminal.

Fosse, de fato, o atuar do magistrado de primeiro grau, contrário às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, por qual motivo o alegado cerceamento de defesa do paciente, inclusive para fins de resposta à acusação (art. 396 do Código de Processo Penal), somente veio a ser arguida nesta oportunidade (o “writ” foi impetrado em 13.08.2009), quando já passado tempo razoável do oferecimento da denúncia (ocorrido em 03.12.2008) que imputa o cometimento de delitos da mesma natureza a outros 12 (doze) acusados (a exceção de Rebeca Daylac que também tem seus interesses patrocinados pelos ora impetrantes, os advogados Fernando Augusto Fernandes, Ricardo Sidi, André Hespagnol e Anderson Bezerra Lopes) e que, de maneira oposta, não impugnaram a acusação sob esse viés?

Outrossim, é digno de nota que, no caso vertente, ao oferecer a denúncia, o titular da ação penal já dispunha de elementos suficientes, repita-se mais uma vez, todos documentados nos autos principais, para a obrigatória deflagração da ação penal.

Por fim, quanto à eventual inconstitucionalidade das interceptações telemáticas, bem assim os requisitos que autorizam a quebra do sigilo, não objetivamente tratadas na inicial do “writ”, mas trazidas a esta Egrégia Corte no já mencionado requerimento complementar, instruído com parecer da consagrada Professora Ada Pellegrini Grinover, há de se considerar que a providência cautelar, prima facie, (i) não atenta contra qualquer disposição constitucional, porquanto as garantias erigidas naquele texto não têm cariz absoluto; e, (ii) a quebra autorizada pela autoridade impetrada (fls. 482-485) deu-se em decisão fundamentada, a partir da constatada imprescindibilidade da providência cautelar, no intuito de permitir o desenrolar das investigações, notadamente diante da natureza dos delitos investigados e dos indícios suficientes de autoria que recaíram sobre o paciente, homenageando-se, dessarte, o in dubio pro societate.

Sobre a validade das interceptações telemáticas em tais circunstâncias, é ilustrativo o seguinte julgado da 6ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - OPERAÇÃO DILUVIO DA POLÍCIA FEDERAL - DESCAMINHO - FALSIDADE IDEOLÓGICA - LAVAGEM DE DINHEIRO - INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA DE DADOS - INDÍCIOS DE AUTORIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PROVAR POR OUTROS MEIOS - ELEMENTOS DE PROVA OBTIDOS POR MEIO LÍCITO -

AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - OREM DENEGADA.

1. A interceptação telemática anterior a que se questiona, realizada com autorização judicial em relação a co-réu, constitui elemento idôneo a caracterizar os indícios de autoria necessários à quebra do sigilo telemático de outra pessoa suspeita, no curso da investigação policial.

2. **Inexiste ilegalidade na interceptação telemática realizada quando ela é, aliada a presença de indícios de autoria, devido a peculiaridade do modus operandi do delito, o único meio de prova a esclarecer os fatos.**

3. **É idônea a fundamentação da decisão que esclarece a existência de indícios de autoria, a possibilidade a quebra de sigilo telemático, ainda que a fundamentação seja sucinta.**

4. Ordem denegada. (HC 101.165-PR, Rel. Min. Jane Silva, DJ 22.04.2008)

No mesmo sentido, são as seguintes decisões:

I - PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO EM HABEAS CORPUS. II - QUEBRA DE SIGILO. DEVER DE OBSERVÂNCIA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. JUSTA CAUSA. CONFIGURAÇÃO. III - RECURSO IMPROVIDO.

I - (omissis)

II - (omissis)

III - A situação processual em tela está revestida por dois sigilos. Um, diz respeito ao conteúdo das mensagens pessoais e que fossem trocadas no âmbito da intimidade ou do sigilo profissional do escritório de advocacia investigado e determinadas pessoas. O outro, é aquele sigilo que está inserido na mecânica, essência e finalidade da própria atuação das autoridades da persecução penal, e que é imprescindível para o sucesso das investigações.

IV - Quanto ao segundo daqueles sigilos, denominado de sigilo interno, está afeto à área do interesse público, sendo relativo ao sigilo de determinadas diligências para o próprio integrante do pólo passivo do inquérito ou ação penal, que se conhecer a diligência adotada pelas autoridades pode torná-la inócua ou ineficaz, como acontece com a interceptação informática como a de e-mail. Deve ser mantido em face do investigado ou acusado, que faz parte do processo, e às vezes até mesmo para parte ou alguns dos próprios integrantes das Polícias.

V - No caso examinado, o paciente tinha compromisso com a só

existência da diligência sigilosa, na medida em que parte do sigilo, pelo menos naquele primeiro instante em que nenhuma mensagem ainda havia sido captada e no qual o que interessava era a eficácia da sua realização derivada do sigilo interno. Não poderia comentar a existência da medida de interceptação com ninguém, sobretudo com quem pudesse levá-la ao conhecimento dos alvos da persecução, prejudicando as investigações e facilitando os investigados.

VI - O habeas corpus não é a via adequada para análise de questões ligadas à existência de dolo na conduta, ao especial fim de agir ou outras elementares de infrações penais, porquanto são matérias dependentes de provas, sendo certo que o writ não é próprio para a análise profunda de provas.

VII - A apuração mais detalhada e controvertida a respeito da existência dos fatos e sua autoria, calcada em provas a serem produzidas e avaliadas, é matéria que só se compagina com o curso da ação penal. No caso analisado, não foram trazidas aos autos provas pré-constituídas a fundamentar o direito alegado, as quais seriam imprescindíveis ao prematuro trancamento do inquérito policial através de habeas corpus.

VIII - Recurso improvido.

(TRF da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, RSE 2005.51.07.001020-8, Rel. Des. Abel Gomes, julgado em 30.05.2007)

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. QUEBRA DE SIGILO. REQUISITOS ATENDIDOS. LEGALIDADE. PROVA LÍCITA.

Para o deferimento do pedido de quebra de sigilo telefônico/telemático é suficiente o juízo de probabilidade acerca da prática da infração penal e da necessidade para o resultado útil da investigação. **Atendidos tais requisitos para autorizar a interceptação telemática, a prova obtida por tal meio deve ser considerada lícita, já que produzida em conformidade com as normas de direito material.**

(TRF da 4ª Região, HC 2007.04.00.0038251-1-PR, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, DJ 07.01.2008)

De todo o exposto, não subsistindo as ilegalidades apontadas na inicial, inexistente motivo para pretendido reconhecimento da inviabilidade da ação penal contra o paciente e, via de consequência, o prematuro trancamento da ação penal originária, razão porque é o voto no sentido de DENEGAR A ORDEM” (fls. 873/882e).

Eis a ementa do referido julgado:

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. LICITUDE. ACESSO AO CONTEÚDO DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO JÁ ENCARTADOS NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

I - **Dado que as garantias individuais não são dotadas de cariz absoluto, não há que falar em ofensa ao texto constitucional ou ilicitude da “prova”, e conseqüentemente, invalidade do processo, em decorrência de interceptação telemática de dados do paciente, autorizada judicialmente e fundada em elementos de convicção que indiciam a sua participação nos ilícitos apurados, notadamente se a providência cautelar se mostra, diante da natureza daqueles últimos, imprescindível à continuidade das investigações.**

II - **Se a postura assumida pela autoridade coatora, na condução do feito originário, foi a de permitir o acesso, às defesas, ao material até então encartado, somado ao fato de que os principais trechos das interceptações telemáticas e telefônicas foram devidamente transcritos no relatório final da autoridade policial e na denúncia; sendo certo que parte dele ainda é objeto de exame pela Polícia Federal e pela Polícia Federal e oportunamente será submetido ao crivo do contraditório, não há que falar em constrangimento ilegal decorrente de ofensa à ampla defesa.**

III - Ordem denegada" (fl. 872e).

É sabido que 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.

Prevê o art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.296/96 que as disposições contidas no referido diploma legal são aplicáveis à interceptação de fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, dispositivo que – sustentam os impetrantes –, seria inconstitucional.

Segundo parte da doutrina, a que se filia a parecerista Ada Pellegrini

Grinover, a expressão "no último caso", contida no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal – que dispõe ser "inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, **no último caso**, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" –, admitiria a interceptação apenas das comunicações telefônicas.

No mesmo sentido, leciona Vicente Greco Filho:

"Nossa interpretação é no sentido de que "no último caso", refere-se apenas às comunicações telefônicas, pelas seguintes razões:

Se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados, a ressalva estaria redigida não como 'no último caso', mas como 'no segundo caso'. Ademais, segundo os dicionários, no último significa o derradeiro, o que encerra, e não, usualmente, o segundo.

Por outro lado, a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interpretação a exceção, de forma que a interpretação deve ser restritiva quanto a esta (*exceptiora non sunt amplianda*)" (Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296/96, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp.16/17).

Filho-me, contudo, ao entendimento de Luiz Flávio Gomes, segundo o qual "a extensão seria condizente com a **ratio legis** que inspirou a própria norma constitucional, e com a própria tecnologia das comunicações" (**apud** Elmir Duclerc. Prova e Garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 150).

Sobre o tema, leciona César Dario Mariano da Silva:

"A criminalidade organizada está a reclamar um combate eficaz através de meios modernos. **Sendo vedado à Polícia e Justiça o acesso a banco de dados e interpretação do fluxo de comunicação em sistema de telemática, como quer parte da doutrina e jurisprudência, o Brasil estará fadado a ser controlado pelo crime organizado, que hoje opera em praticamente todos os países, utilizando-se de avançados sistemas de comunicação via *modem*. Dificilmente obter-se-ão provas substanciais para o desbaratamento de organizações criminosas sem o acesso a esses sistemas de comunicação e transmissão de dados.**

Irresignado com a interpretação dada por parte da doutrina sobre o assunto, um Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, Dr. Lenio Luis Streck, redigiu um artigo sobre o tema, nos seguintes termos:

'Cabe frisar que, restando dúvida sobre se determinada lei ou determinado delito está ou não sob o pálio da permissão da interceptação, a resposta deverá ser encontrada mediante uma interpretação teleológica da Lei nº 9.296/96. Isto porque seus fins se destinam ao combate da criminalidade sofisticada. Há que se compreender, pois, que a nova lei constitui-se em um instrumento destinado a enfrentar, com eficácia, primordialmente, a 'pós-modernidade' criminal, representada por crimes tipo 'colarinho branco' etc. Se assim não se entender chegaremos à (triste) conclusão de que, mais uma vez, se pode dizer que no Brasil *la ley es como la serpiente; sólo pica al que está descalzo. Ou o que todo mundo já sabe, que há leis feitas para quem aparece na Revista Caras e leis que são feitas para quem, aparece no Jornal Notícias Populares*'...

Ademais, há crimes graves que somente poderão ser esclarecidos mediante interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de telemática e com acesso a bancos de dados informatizados. Como exemplos, podemos citar a pornografia infantil na internet (art. 241, ECA) e a lavagem de dinheiro.

Alexandre de Moraes, analisando o assunto, chegou à conclusão de que é perfeitamente possível a interceptação em outras espécies de inviolabilidade, dada relatividade da norma constitucional, haja vista que nenhuma liberdade é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

E não merece outra solução o assunto proposto, pois, caso contrário, estaria inaugurada a impunidade digital, pois teríamos até tráfico de drogas via internet, sem que a polícia e a justiça pudessem intervir, o que seria um absurdo.

Para que não se aniquile uma garantia constitucional, mas também não seja a sociedade colocada em perigo, os casos concretos que forem surgindo deverão ser analisados isoladamente, para ser verificado isoladamente, para ser verificado se a intimidade poderá ser violada em prol de interesse público revelante, haja vista que essa liberdade pública não pode ser empregada como instrumento de impunidade e acorbetamento de práticas ilícitas.

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, nada obstante os respeitáveis posicionamentos em contrário, não vislubramos inconstitucionalidade no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96, sendo que os dispositivos contidos neste diploma legal serão aplicados tanto para as interceptações telefônicas quanto para as interceptações do fluxo de comunicações em sistemas de telemática" (in Provas ilícitas, 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 62/64).

Ademais, conforme pondera Ada Pellegrini Grinover, "é possível que o STF venha a adotar uma terceira posição, segundo a qual a exceção constitucional ao sigilo abrangeria não apenas as comunicações telefônicas, mas também as de dados: não tanto porque o Supremo tem admitido por diversas vezes a quebra de dados bancários e dados de contas telefônicas (mas aqui se poderia argumentar com o fato de não haver 'comunicação de dados'), mas porque na questão de ordem da Petição 577, aos 25.03.1992, ficou expressamente assentado que o art. 5.º, XII, da Constituição somente cogita de dois casos de sigilo, divididos, cada um, em duas situações: a) sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas; b) sigilo de dados e comunicações telefônicas. Nesta última, afirmou o Min. Marco Aurélio, a inviolabilidade é relativa, sendo que sua quebra, prevista pelo art. 38 da Lei 4.595/64, foi recepcionada pela Constituição superveniente. A ser mantido esse entendimento, tudo que se referisse a 'dados' (e não somente à sua comunicação) estaria abrangido pelo inc. XII do art. 5.º da CF, e a possibilidade de quebra do sigilo estaria prevista não só para as comunicações telefônicas, mas também quanto à comunicação de dados e a dados *tout court*" (in As nulidades no Processo Penal. 10.ed. São Paulo: RT, 2007, pp. 210/211).

Impende destacar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal negou medida liminar, proposta em face do art. 1º da Lei 9.296/96 (STF, ADI 1.488-9/DF, Pleno, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJU de 26/11/1999, p. 63), por acórdão assim fundamentado:

"Aprecio o mérito do pedido cautelar.
Preceitua o art. 5º, XII, da Constituição:

'Art. 5º -

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a

lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.'

No sistema anterior a 5 de outubro de 1988, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, estipulava no art. 153, § 9º, **verbis**:

'§ 9º. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.'

Embora a letra do dispositivo maior de 1969 suso transcrito, assegurando o sigilo das telecomunicações, sem qualquer restrição ou ressalva, continuou em vigor o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4117/1962, que assim rezava:

'Art 57. Não constitui violação de telecomunicação:

I - **omissis**

II - O conhecimento dado:

a) a d) - **omissis**

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.'

Vicente Greco Filho, a respeito dessa norma legal, observou que o texto em referência era questionado em face da Constituição então vigente (EC nº 1/1969), 'eis que esta garantia o sigilo de telecomunicações, sem qualquer ressalva, de modo que a possibilidade de requisição judicial não teria guarida constitucional'. E acrescenta: 'Não era esse, contudo, o entendimento de algumas decisões judiciais e posições doutrinárias, que sustentavam a compatibilidade do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações com a garantia constitucional, considerando-se que nenhuma norma constitucional institui direito absoluto, devendo ser compatibilizada com o sistema, de modo que a inexistência de ressalva no texto da Carta Magna (1969) não significava a absoluta proibição da interceptação, a qual poderia efetivar-se mediante requisição judicial à concessionária de telecomunicações, em casos graves' (**apud** Interceptação Telefônica, Ed. Saraiva, 1996, pág. 2).

Em vigor a Constituição de 1988, o Plenário do STF, a 16.12.1993, afirmou a exigência de lei, até então não editada, para a escuta telefônica mediante autorização judicial, 'nas hipóteses e na forma' por ela estabelecidas. No mesmo sentido, a decisão, a 9.5.1996, dentre outras, no HC 73351-4.

A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, regulamentando o inciso XII do art. 5º, da Constituição de 1988, disciplinou a interceptação das comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, mediante ordem de juiz competente da

ação principal (art. 1º). O art. 2º da Lei 9.296/1996, à sua vez, estipula:

'Art. 2º. Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses;

I - Não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis.

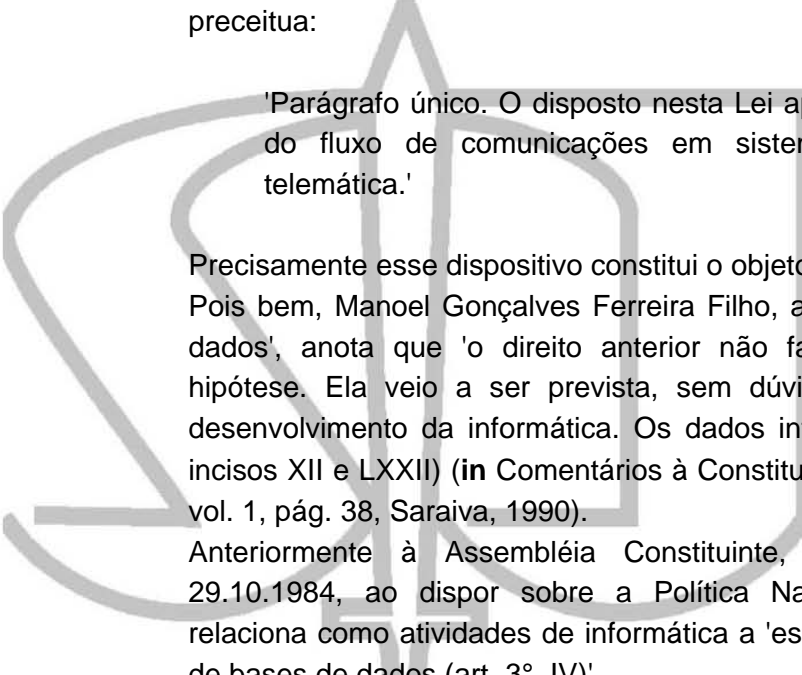
III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.'

De outra parte, a Lei nº 9296/1996, no parágrafo único do art. 1º, preceitua:

'Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.'

Precisamente esse dispositivo constitui o objeto da presente ação.

Pois bem, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao comentar o 'sigilo de dados', anota que 'o direito anterior não fazia referência a essa hipótese. Ela veio a ser prevista, sem dúvida em decorrência do desenvolvimento da informática. Os dados informáticos (CF, art, 5º, incisos XII e LXXII) (in Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, pág. 38, Saraiva, 1990).

Anteriormente à Assembléia Constituinte, a Lei nº 7232, de 29.10.1984, ao dispor sobre a Política Nacional de Informática, relaciona como atividades de informática a 'estruturação e exploração de bases de dados (art. 3º, IV)'.


Comentando o art. 5º, XII, da Constituição de 1988, Ada Pellegrini Grinover escreveu: 'Muda agora a situação, dado que a disposição constitucional, ao mesmo tempo que garante a inviolabilidade da correspondência, dos dados e das comunicações telegráficas e telefônicas, abre uma única exceção, relativa a estas últimas. Isso quer dizer, no nosso entender, que com relação às demais formas indicadas pela Constituição (correspondência, dados e comunicações telegráficas) a inviolabilidade é absoluta. A posição da Constituição não é a melhor, levando a consequência da impossibilidade de se legitimar, por lei, a apreensão da correspondência, dos dados e do conteúdo das comunicações telegráficas, mesmo em caso de particular gravidade. Mas é o que dela resulta, retirando a eficácia de dispositivos como o art. 240, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal (apud 'As Nulidades no Processo Penal, 4ª ed. Malheiros, pág. 154). José Afonso da Silva, acerca da mesma norma maior, observou: 'abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações

telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Vê-se que, mesmo na exceção, a Constituição ordenou regras estritas de garantias para que não se a use para abusos (in 'Curso de Direito Constitucional Positivo', 7ª ed. S. Paulo, Ed. RT, 1991, págs. 337/378).

Examinando a natureza da interceptação da comunicação telefônica, Vicente Greco Filho anota:

'Esta (interceptação), em sentido estrito, é a realizada por alguém sem autorização de qualquer dos interlocutores para a escuta e, eventualmente gravação, de sua conversa, e no desconhecimento deles. Esta é que caracterizará o crime do art. 10 se realizada fora dos casos legais, a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental (não no sentido de meio ambiente, mas no ambiente), não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine. (...). A lei não disciplina, também, a interceptação (realizada por terceiro), mas com o consentimento de um dos interlocutores. No nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis por que fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição e sua licitude, bem como a da prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou a interceptação, como estado de necessidade e a defesa de direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário' (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal) (op. cit., págs. 5/6).

De outra parte, compreendo que a expressão 'dados', no art. 5º, XII, da Lei Maior de 1988, concerne a 'dados de computador'. Nesse sentido, a lição de Humberto Penã: '...Tem-se que a expressão 'dados', adotada na dicção do preceptivo em referência - art. 5º, inc. XII (CF) - decorre do prestígio universalizante da informática, a que não se mostrou indene a preocupação do legislador constituinte originário de 1988. Demais disso, a norma constitucional inserta no art. 5º, inc. LXXII, ao prover sobre o **habeas data**, utiliza o vocábulo dados - 'constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público' - de sorte a permitir a evidência da sua extração no campo da informática'. Nessa linha, a já referida lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho e de Celso Bastos, ambos no sentido de o vocábulo 'dados' ser concernente a 'dados informáticos'

ou 'dados de computador'.

Sobre o tema Celso Bastos, após referir o sigilo da correspondência como sendo um direito que deflui de outro, qual seja, o da preservação da própria intimidade (Comentários à Constituição do Brasil. Ed. Saraiva, 2º vol., págs. 72/73), anota, **verbis**:

'O sigilo da correspondência está hoje estendido, como vemos, às comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.

A despeito deste caráter analítico da enunciação, é forçoso reconhecer que outras modalidades de comunicação estarão também incluídas, como por exemplo aquela que se verificar por meio de telex.

Por correspondência há de se entender toda gama de cartas e postais, mesmo que incluam meros impressos. Além das cestas é óbvio que estão incluídas as encomendas, mesmo que não contenham qualquer comunicação escrita.

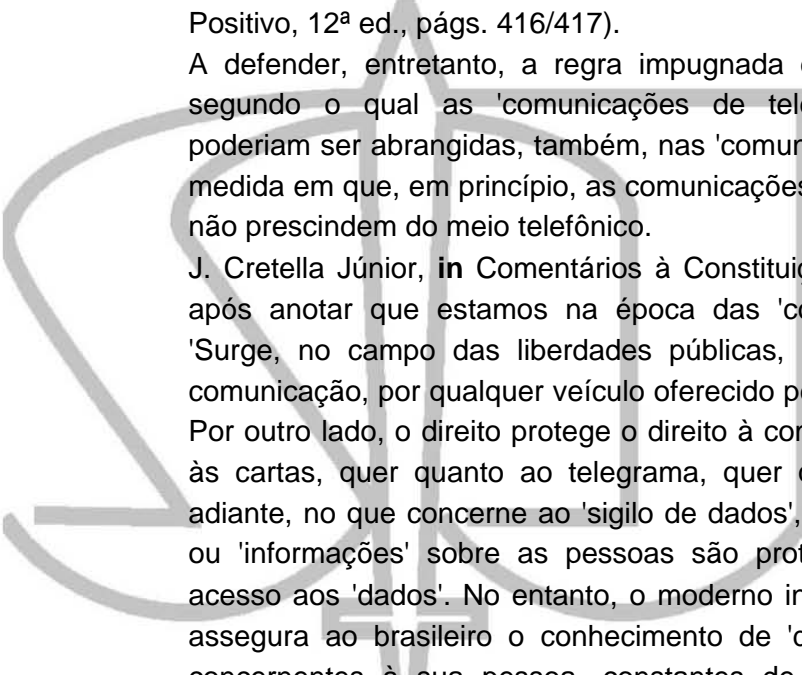
Uma inovação da Constituição foi estender a inviolabilidades aos 'dados'. De logo faz-se mister tecer críticas à impropriedade desta linguagem. A se tomar muito ao pé da letra, todas as comunicações seriam invioláveis, uma vez que versam sempre sobre dados. Mas pela inserção da palavra no inciso vê-se que não se trata propriamente do objeto da comunicação, mas sim de uma modalidade tecnológica recente que consiste na possibilidade das empresas, sobretudo financeiras, fazerem uso de satélites artificiais para comunicação de dados contábeis.

Um ponto importante da abrangência deste direito é o seguinte: é preciso compreender-se que não se trata de um direito que só proíbe a violação ou a devassa, mas inclui também o dever em que se encontram os terceiros que estejam no seu domínio de divulgá-lo.'

José Afonso da Silva, discorrendo sobre segurança das comunicações pessoais, **escreve** que se cuida, aí, de 'garantia constitucional que visa assegurar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII), que são meios de comunicação interindividual, formas de manifestação de pensamento de pessoa a pessoa, que entram no conceito mais amplo de liberdade de pensamento em geral (art. 5º, IV). Garantia também de sigilo das comunicações de dados pessoais, a fim de proteger a esfera íntima do indivíduo. Ao declarar que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, a Constituição está proibindo que se abram cartas e outras formas de correspondência escrita, se interrompa o seu curso e se escutem ou interceptem telefonemas. Abriu excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas

hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual. Vê-se que, mesmo na exceção, a Constituição preordenou regras estritas de garantias, para que não se a use para abusos. O objeto da tutela é dúplice: de um lado, a liberdade de manifestação do pensamento; de outro lado, o segredo, como expressão do direito à intimidade.' A suspensão, sustação ou interferência no curso da correspondência, sua leitura e difusão sem autorização do transmissor ou do destinatário, assim como as interceptações telefônicas, fora das hipóteses excepcionais autorizadas no dispositivo constitucional, constituem as formas principais de violação do direito protegido" (**apud** Curso de Direito Constitucional Positivo, 12ª ed., págs. 416/417).

A defender, entretanto, a regra impugnada estaria o entendimento segundo o qual as 'comunicações de telemática e informática' poderiam ser abrangidas, também, nas 'comunicações telefônicas', na medida em que, em princípio, as comunicações via teleprocessamento não prescindem do meio telefônico.

J. Cretella Júnior, **in** Comentários à Constituição de 1988, pág. 269, após anotar que estamos na época das 'comunicações', observa: 'Surge, no campo das liberdades públicas, a liberdade pública da comunicação, por qualquer veículo oferecido pela tecnologia moderna. Por outro lado, o direito protege o direito à comunicação, quer quanto às cartas, quer quanto ao telegrama, quer quanto ao telefone'. E, adiante, no que concerne ao 'sigilo de dados', acrescenta: Os 'dados' ou 'informações' sobre as pessoas são protegidos. É inviolável O acesso aos 'dados'. No entanto, o moderno instituto do **habeas data** assegura ao brasileiro o conhecimento de 'dados' ou 'informações' concernentes à sua pessoa, constantes de bancos de dados, de entidades governamentais ou de caráter público (art. 5º, LXXII)'.


À sua vez, observa Pinto Ferreira, em torno do art. 5º, XII, da Constituição, **verbis**: 'O texto atual tem uma eficácia, limitada e restringível, pois aceita, em determinados casos, estabelecidos em lei e na própria Constituição, que a ordem judicial possa admitir restrições a tal inviolabilidade para fins de instrução e investigação criminal. A fórmula adotada na Constituição de 1988 procede diretamente do art. 15 da Constituição da República da Itália, nos seguintes termos, buscando harmonizar a liberdade da pessoa com o elevado interesse da justiça: 'Art. 15. A liberdade e o sigilo de correspondência, bem como o de qualquer outra forma de comunicação, são invioláveis. Só se podem impor limitações através de ato motivado da autoridade judiciária e com as garantias estabelecidas pela lei' (**in** Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1º, pág. 86).

De outra parte, o dispositivo impugnado refere-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Telemática - segundo a definição de Aurélio Buarque de Holanda - é ciência que trata da manipulação e utilização da informação através do uso combinado de computador e meios de telecomunicação. O Juiz Federal e professor de Direito Penal da Universidade do Rio Grande do Norte Ivan de Lira Carvalho, na mesma linha, anota: 'Esta última expressão (telemática) é dicionarizada como sendo a ciência que cuida do uso combinado do computador com outros meios de telecomunicações.' Acrescenta que 'as comunicações implementadas por meio de fax-modem, sendo este um dispositivo que permite a transmissão e a recepção de informações digitais de um computador para o outro através de linha telefônica podem ser encartadas na previsão de telemática, gizada no art. 1º, parágrafo único da lei nº 9296. Estão, portanto, vulneráveis à interceptação em comento' (in A Regulamentação da Escuta Telefônica - abordagem primária - TRF – 1ª Região - agosto de 1996, pág. 7).

Decerto, discute-se em torno da abrangência conceitual de 'comunicações telefônicas'. Os que sustentam, desde logo, a inviabilidade constitucional do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9296/1996, entendem que 'comunicações telefônicas' não guardam semelhança com as 'comunicações de telemática ou de informática', eis que, nestas, haveria a transferência de dados como uma constante. Afirma-se, nesse sentido, que 'qualquer computador, quando em ligação simultânea com outro, através de uma rede qualquer, se utiliza da transferência de dados como meio hábil para estabelecer um elo de ligação. É como se os dados fossem as palavras utilizadas por ambas as máquinas quando da realização da comunicação iterativa'.

Se é exato que o dispositivo constitucional em foco enumera, na garantia da inviolabilidade do sigilo, como objetos distintos a correspondência, as comunicações telegráficas, as comunicações de dados e as comunicações telefônicas, não é possível, entretanto, deixar de admitir que as comunicações de dados, no estágio atual do desenvolvimento tecnológico, não prescindem, salvo as hipóteses de comunicações de dados via satélite, da utilização instrumental também do telefone, constituindo, destarte, comunicações de informações, em certo sentido, com a intermediação telefônica.

Não está fora do âmbito de indagação o que anota Vicente Greco Filho, in Interceptação Telefônica, 1996, págs. 10/11: 'No texto do art. 5º, XII, da Constituição, são duas as interpretações possíveis: a ressalva, considerando-se a expressão 'no último caso', aplica-se às comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ou aplica-se somente às comunicações telefônicas. A primeira hipótese pressupõe o entendimento de que o texto constitucional

prevê somente duas situações de sigilo: o da correspondência, de um lado, e o dos demais sistemas de comunicação (telegrafia, dados e telefonia), de outro. Assim, a possibilidade de quebra do sigilo referir-se-ia à segunda situação, de modo que 'último caso' corresponderia aos três últimos instrumentos de transmissão de informações. A segunda hipótese interpretativa parte da idéia de que o sigilo abrange quatro situações: a correspondência, as comunicações telegráficas, as de dados e as telefônicas, e, assim, a expressão 'último caso' admitiria a interceptação apenas para as comunicações telefônicas. Antes de enfrentar a questão, consigne-se que, em qualquer das interpretações, fica sempre excluída a interceptação de correspondência considerando-se que, quanto a esta, tendo em vista a absoluta impossibilidade de se compreender o sigilo da correspondência como 'último caso', a garantia é plena e incondicionada, aliás segundo o princípio **inclusus unius exclusus alterius**'.

De outra parte, registra Ivan de Lira Carvalho (op. cit., pág. 7):

'É sabido que parte da doutrina e setores da jurisprudência já relutavam em aceitar a aplicação do art. 5º, XII, da CF (e, por coerência, da lei que porventura viesse a regulamentá-lo), aos casos de ingresso (judicial ou policial) aos repositórios de dados, já que a Magna Carta fala em comunicação de dados (logo, intercâmbio de informações). Ao entender da premencionada corrente, o autorizativo constitucional não atingia qualquer banco de dados, mormente aqueles gravados em sistemas ou ilhas de computação (em **hard disk**). Mesmo antes da formalização da Lei 9.296, já pensava eu que a interpretação mais consentânea com os objetivos da Constituição deveria ser no sentido de que a busca de informações em repositório de dados poderia ser entendida como a interceptação das comunicações, em um dos estágios desta (justamente o arquivamento em disco rígido ou em disquete), disponível para ser capturado ou acessado por outras pessoas, estas últimas dando curso à cadeia de comunicação.

Não seria fantasioso, no **status** de desenvolvimento tecnológico atual, imaginar-se o arquivamento de informações úteis ao deslinde de uma causa criminal, em um computador portátil (**notebook** ou **palmtop**), sendo a máquina apreendida em poder de mensageiro encarregado de transportá-la de um ponto para outro do País. Os dados, em tese, estariam paralisados naquele computador. Mas, ao mesmo tempo, estariam sendo transportados de cidade a cidade.

E aí? Deixaria o Estado-juiz de usar validamente esses dados do

exemplo, ao argumento de que a CF (e agora, também a lei 9.296) fala em comunicações e os informes estavam 'parados' dentro do computador? Obviamente, não!

Quando optou pelo vocábulo 'comunicação', o constituinte (seqüenciado pelo legislador infraconstitucional) quis deixar claro que até mesmo em se tratando de informes em tráfego o Estado poderia interceder. Se pode lançar (comunicação stricto sensu), com maior razão pode fazê-lo nos dados 'estáticos' como os acima referidos. Quem pode o mais, pode o menos ...'

Nessa linha, na Ação Penal nº 307, o STF, por seu Plenário, decidiu no sentido da inviolabilidade de dados constantes de computador, ao afirmar-se: 'Inadmissibilidade, como prova (...) de registros contidos na memória de microcomputador (...) por estar-se diante de microcomputador que além de apreendido com violação de domicílio, teve a memória dele contida sido degravada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF).'

Todos esses aspectos do tema em exame estão a indicar serem relevantes os fundamentos da ação proposta.

Dá-se, porém, que **não se demonstrou a ocorrência de periculum in mora a justificar, desde logo, se suspenda a vigência do parágrafo único do art. 1º da lei nº 9296, de 1996. A matéria, por certo, está a merecer amplo debate, em face da necessidade de se definirem os limites conceituais do que efetivamente se tenha por definitivo como 'comunicação de dados', qual está posta esta fórmula no art. 5º, XII, da Constituição, inclusive, à vista do progresso acelerado das conquistas da informática e da constituição de redes de transmissão de dados ou de acesso a informações em bancos de dados, nos dias em curso.**

Esta Corte, consoante referi, já teve oportunidade de examinar um aspecto de tão complexa problemática, quando da apreensão irregular de microcomputador contendo múltiplas e diversificadas informações, na Ação Penal nº 307. Não vejo, assim, inconveniência sequer prossiga em vigor essa norma legislativa, até o julgamento final da presente ação, esclarecendo, ademais, que as informações dos requeridos já se encontram nos autos. Do exposto, conheço da ação, mas indefiro a cautelar."

Não houve, contudo, manifestação quanto ao mérito da ADI 1488, que teve o seguimento negado, por ilegitimidade ativa **ad causam** da requerente, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL, sendo mantida, portanto, plena vigência ao art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.296/96.

Assim sendo, não existindo pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, o STJ tem admitido a interceptação do fluxo das comunicações telemáticas, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO E PECULATO. DELITOS COMETIDOS SUPOSTAMENTE POR AGENTE PÚBLICO. DADOS OBTIDOS EM INQUÉRITO POLICIAL. BUSCA E APREENSÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PARA PROCEDER À INVESTIGAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS INCISOS XI E XII DO ART. 5º DA CF/88. INEXISTÊNCIA. LEI Nº 9.296/96. ORDEM DENEGADA.

1. A teor do disposto no art. 129, VI e VIII, da Constituição Federal, e nos artS. 8º, II e IV, da Lei Complementar nº 75/93, e 26 da Lei nº 8.625/93, o Ministério Público, como titular da ação penal pública, pode proceder às investigações e efetuar diligências com o fim de colher elementos de prova para o desencadeamento da pretensão punitiva estatal, sendo-lhe vedado tão somente realizar e presidir o inquérito policial.

2. Ademais, o requerimento de busca e apreensão e seu acompanhamento direto pelo Ministério Público, assim como qualquer outro pedido destinado ao esclarecimento dos fatos, se insere no âmbito normal de atuação do Parquet, conforme se depreende da leitura dos arts. 47 e 242 do Código de Processo Penal, não havendo, portanto, que se falar em violação ao princípio da legalidade.

3. No caso, a busca e apreensão foi determinada por autoridade competente, em razão da necessidade de se apurar melhor os fatos investigados em inquérito policial, sendo a diligência cumprida pela Polícia Federal, acompanhada pelo Ministério Público do Estado. Não há, portanto, que se falar em ofensa ao princípio constitucional contido no inciso XI do art. 5º da CF/88.

4. De outra parte, **o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/96 autoriza, em sede de persecução criminal e, mediante autorização judicial, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática. Com efeito, não se vislumbra, à primeira vista, qualquer vício passível de contaminar o ato processual ora imputado, sendo certo que também não foi violado o art. 5º, XII, CF/88.**

5. Informações atualizadas do Juízo de origem dão conta da existência de apenas um processo criminal contra o paciente, no qual se investiga a suposta prática dos crimes previstos nos arts. 1º, V, da Lei nº 9.613/98, e 299 do Código Penal. Entretanto, não há qualquer notícia a respeito de consequências penais decorrentes da busca e

apreensão.

6. De qualquer forma, o exame de eventual conexão dos elementos da busca e apreensão com a referida ação penal não pode ser feita na via estreita do habeas corpus, por demandar, necessariamente, a incursão no conjunto fático-probatório.

7. Ademais, os limites do acolhimento das provas produzidas na busca e apreensão, bem como quais, efetivamente, serão utilizadas para embasar eventual denúncia são questões a serem dirimidas no momento processual oportuno, notadamente, após o exame da tese no Tribunal de origem, sendo prematura qualquer consideração a respeito.

8. Habeas corpus denegado" (STJ, HC 33.682/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 04/05/2009).

"PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – OPERAÇÃO DILÚVIO DA POLÍCIA FEDERAL - DESCAMINHO – FALSIDADE IDEOLÓGICA – LAVAGEM DE DINHEIRO – INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA DE DADOS – INDÍCIOS DE AUTORIA – IMPOSSIBILIDADE DE PROVAR POR OUTROS MEIOS – ELEMENTOS DE PROVA OBTIDOS POR MEIO LÍCITO – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA.

1. A interceptação telemática anterior a que se questiona, realizada com autorização judicial em relação a co-réu, constitui elemento idôneo a caracterizar os indícios de autoria necessários à quebra do sigilo telemático de outra pessoa suspeita, no curso da investigação policial.

2. Inexiste ilegalidade na interceptação telemática realizada quando ela é, aliada a presença de indícios de autoria, devido a peculiaridade do modus operandi do delito, o único meio de prova a esclarecer os fatos.

3. É idônea a fundamentação da decisão que esclarece a existência de indícios de autoria a possibilitar a quebra do sigilo telemático, ainda que a fundamentação seja sucinta.

4. Ordem denegada" (STJ, HC 101.165/PR, Rel. Ministra JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), SEXTA TURMA, DJe de 22/04/2008).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE FALSIFICAÇÃO, CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, LAVAGEM DE DINHEIRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. POSSIBILIDADE. COMPLEXIDADE DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DA MEDIDA. DECISÕES FUNDAMENTADAS. DURAÇÃO RAZOÁVEL (CERCA DE UM ANO). DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO. VALIDADE DA PROVA. ESCUTAS FEITAS NO CURSO DE INVESTIGAÇÃO

CRIMINAL. FATOS OCORRIDOS EM DIVERSOS LOCAIS. INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA DE DADOS. OBSERVÂNCIA DAS PRESCRIÇÕES LEGAIS. AUSÊNCIA DE AFRONTA A NORMAS CONSTITUCIONAIS.

RECURSO DESPROVIDO.

1. Segundo jurisprudência pacífica desta Corte Superior, a posterior declinação de competência do Juízo não tem o condão de, só por si, invalidar a prova colhida mediante interceptação telefônica, em procedimento cautelar pré-processual, ordenado na fase investigatória por decisão devidamente fundamentada e em respeito às exigências legais, ainda mais se os fatos desenrolavam-se em diversos locais, de sorte que, até então, aquele Juízo era o competente para tal ato.

2. É possível a renovação sucessiva de interceptações telefônicas, já que o prazo de 15 dias, previsto no art. 5º da Lei n.º 9.296/96, é prorrogável por igual período, quantas vezes for necessário, devendo-se observar, contudo, o princípio da razoabilidade e a necessidade da medida para a atividade investigatória, comprovada concretamente em decisão fundamentada. Precedentes do STJ e do STF.

Na espécie, tais pressupostos foram respeitados, pelo que não há falar em ilegalidade das prorrogações de interceptação telefônica, que perduraram por aproximadamente um ano, prazo razoável, face às peculiaridades do caso: complexa organização criminosa, que atuava em prejuízo do Sistema Financeiro Nacional.

3. Este Tribunal Superior firmou entendimento 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.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento" (STJ, RHC 25.268/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), SEXTA TURMA, DJe de 11/04/2012).

Valho-me, ainda, dos fundamentos apresentados pelo eminente Ministro Celso de Mello, quando do julgamento do MS 23.452/RJ, segundo o qual "não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgão estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria Constituição" (STF, MS 23.453/RJ, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, PLENO, DJU de 12/05/2000).

Superior Tribunal de Justiça

Cumpra, então, examinar a arguição de ausência de fundamentação e de comprovação da indispensabilidade da medida, ao argumento de que a interceptação não teria sido precedida de outros meios de prova, a teor do art. 2º, I, da Lei 9.296/96.

Em 31/05/2006, foi instaurado o Inquérito Policial 791/2006 – que lastreou a Ação Penal 2006.51.01.523722-9 – por requisição ministerial contida no Ofício MPF/PR/RJ/N 28-06, de 23/01/2006, a partir da matéria publicada na revista Exame, intitulada "O Misterioso Sucesso da Casa e Vídeo" (fls. 641/644e).

Pela documentação acostada aos autos, verifica-se que, antes da decretação da quebra de sigilo telefônico, foi requisitado, à Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, o fornecimento de cópia do Contrato Social e de todas as demais alterações contratuais das empresas MOBILITÁ COMÉRCIO INDÚSTRIA E REPRESENTAÇÕES LTDA., CNPJ 32.121.766/0001-10, CARVALHO OLIVEIRA PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 01.753.733/0001-60 E PARAIBUNA PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 01.753.728/0001-57 (fl. 733e), bem como, ao Oficial do 5º Registro Geral de Imóveis, informação acerca da existência de imóveis registrados em nome de MÁRCIO CAIO ROBERTO BUCHSBAUM, CPF 687.747.457-00 e LUIGI FERNANDO MILONI, CPF 509.313.187-34, bem como em nome das pessoas jurídicas MOBILITÁ COMÉRCIO INDÚSTRIA E REPRESENTAÇÕES LTDA., CNPJ 32.121.766/0001-10, CARVALHO OLIVEIRA PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 01.753.733/0001-60 E PARAIBUNA PARTICIPAÇÕES LTDA., CNPJ 01.753.728/0001-57 (fls. 734/735e), e ao Chefe da DFIN/DCOR/DPF, informações acerca da existência de registros de dados em nome de SKY CITY CORPORATION e ZION OVERSEAS LTDA. (fl. 736e). Em 17/07/2008, foi expedida ordem de missão policial, a fim de que policiais federais procedessem "ao levantamento de informações pertinentes a pessoas físicas e jurídicas relacionadas, direta ou indiretamente, com o grupo CASA & VÍDEO" (fl. 846e), determinando-se a verificação da existência, obtenção de dados e identificação do local de funcionamento das aludidas empresas, mediante a elaboração de minucioso relatório de inteligência (fls. 846/847e), determinação em face da qual foi apresentada a Informação Policial de fl. 849e, em 31/07/2008. O despacho de fl. 850e determinou a juntada de outras Informações Policiais e de um Relatório de Inteligência Policial. Na mesma data, em 08/08/2008, determinou-se, ainda, a obtenção do cadastro

Superior Tribunal de Justiça

telefônico dos envolvidos na investigação; a verificação da existência, a obtenção de dados e a identificação de funcionamento das empresas NÉTICA PUBLICIDADE LTDA. e SUGERECARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO; a consulta ao CADASTRO NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOCIAIS do INSS, para confirmar o número de empregados de cada uma das empresas, entre os anos de 2002 e 2008; e a expedição de ofício à Receita Federal, solicitando o fornecimento de informações que não resultassem em quebra de sigilo bancário e/ou fiscal, porventura existentes, em relação às pessoas físicas e jurídicas (fl. 850e).

Somente no ano de 2008 foi requerida a quebra de sigilo telefônico. A autoridade judicial, após manifestação favorável da Procuradoria da República, autorizou, em **10/09/2008**, a quebra de sigilo telefônico, em decisão suficientemente fundamentada, **in verbis**:

"A autoridade policial representa (fls. 02/57) pelo afastamento do sigilo telefônico, para monitorar as linhas a que se refere, com base em investigação em face dos representantes legais do Grupo CASA e VIDEO, tendo como investigados ATTILIO MILONE, LUIGI FERNANDO MILONE, MÁRCIO CAIO ROBERTO BUCHSBAUM, PAULO EDUARDO LAURENZ BUCHSBAUM, JOSEMAR LUIZ TORRES DA SILVA, LECI RUA AFONSO MILONE, DOMINGOS DE SÁ FILHO, SAMUEL GORBERG e ARMANDO ANTONIO PIRES FERREIRA, todos ligados a empresas controladoras da administração do grupo ou a ela vinculados, suspeitos de estarem consorciados para a prática de diversos ilícitos penais.

Argumenta a autoridade policial que a suspeita inicial partiu de matéria publicada na imprensa de que a empresa CASA e VIDEO teria uma dívida no valor de R\$ 15 milhões de reais com o INSS, mas que a rede não possui bens a serem penhorados nas execuções fiscais em trâmite na Justiça Federal. **Segundo o apurado pela autoridade policial as empresas controladoras do grupo não possuíram funcionários nos últimos 06(seis) anos e o controle das empresas do grupo sempre foi feito com a interposição de outras empresas, ora nacionais ou estrangeiras, destacando-se a ZIGON OVERSEAS, empresa situada no paraíso fiscal de Ilhas Virgens. Por fim, de acordo com as informações colhidas pela Polícia Federal, algumas das empresas estrangeiras relacionadas a pessoas do grupo não possuem participações no Grupo CASA & VÍDEO, mas há suspeitas de que estejam sendo usadas para ocultar o patrimônio dos seus verdadeiros donos, como foi verificado em transação imobiliária envolvendo a WEST PRING**

INVESTMENTS LTD, seu procurador ATTILIO MILONE e sua cunhada LECI RUA AFONSO MILONE, visando promover uma espécie de "blindagem patrimonial" ao efetuarem venda fictícia de imóveis para outras empresas, frustrando execuções judiciais. O MPF opinou favoravelmente ao pedido formulado pela autoridade policial fls. 207/211 para identificação, com precisão, da atividade desenvolvida pelos alvos principais, o modus operandi utilizado e as pessoas a eles associadas.

É o breve relatório. DECIDO.

Assiste razão a autoridade policial em relação à representação em tela, bem como em relação às bem lançadas ponderações consubstanciadas no parecer ministerial de fls. 207/211, pela plausibilidade do requerimento formulado.

Trata-se de suspeita de uma quadrilha, cujo modus operandi prescinde como regra de qualquer atuação por escrito, atingindo seus objetivos com simples transmissão verbal. Ressalte-se o fato de que esses indivíduos possivelmente têm na comunicação telefônica o meio de controle de seus negócios, incluindo os contatos com o exterior para transferência de recursos.

O requisito do art.1º da Lei nº 9.296/96 encontra-se presente, pois a medida pleiteada destina-se a produzir prova em Inquérito Policial, visando apurar possível prática dos crimes de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, crime contra a ordem tributária e formação de quadrilha.

De igual sorte, verifico estarem presentes os indícios razoáveis de autoria da infração penal, ora investigada, consubstanciados nos documentos anexos, que associam os titulares das linhas telefônicas relacionadas no pedido, que consistem nos controladores da empresa ou de empresas a ela relacionadas, satisfazendo também o requisito do inciso I do art. 2º da Lei acima.

Presente também o requisito do art. 2º, III, da Lei nº: 9.296-96, pois os delitos apurados na presente investigação são sancionados com pena de reclusão.

Assim, revela-se imprescindível a presente medida cautelar, vez que as investigações encontram-se no estágio inicial, satisfazendo-se, assim, o requisito contido no inciso II, do Art. 2º, da Lei nº. 9.296/96, a fim de colher provas de autoria.

Por fim, cumpre frisar que os direitos fundamentais não têm contornos absolutos, pois podem e devem sucumbir diante da supremacia do interesse público na busca de elementos necessários que levem à autoria e materialidade de fatos criminosos, especialmente em se tratando de fatos que envolvam criança ou adolescente. Confira-se o

seguinte aresto que trata caso análogo:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART 1º INCISOS I, II, III E IV DA LEI N.º 8.137/90, C/C ART. 71 DO CP, E ART, 288 DO CP. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO. FUNDAMENTAÇÃO.

I - A roteção aos sigilos bancário, telefônico e fiscal não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante ou de elementos aptos a indicar a possibilidade de prática delituosa (Precedentes).

II - Decisão judicial suficientemente fundamentada, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou instrução processual criminal, não afronta o art 5º, X, XII e LV, da Constituição Federal.

Writ denegado". (Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: HC - HABEAS CORPUS 40229 Processo: 200401747937 UF: PE Órgão Julgador. QUINTA TURMA Data da decisão: 17/03/2005 relator: min. FELIX FISCHER).

Isto posto, **com fundamento no art. 3º. da Lei nº. 9.296/96, DEFIRO afastamento do sigilo telefônico para determinar o MONITORAMENTO das linhas (...)**" (fls. 634/635e).

Verifica-se, ainda, que, em 24/10/2008, sobreveio decisão, prorrogando a quebra de sigilo telefônico e acrescentando novos terminais, bem como deferindo interceptação telemática (fls. 469/470e), sendo, ainda, deferida nova prorrogação, em 11/11/2008 (fls. 471/472e), as quais adotaram, como razões de decidir, os fundamentos da decisão acima transcrita, bem como a necessidade do prosseguimento das investigações.

Vê-se que a decisão que determinou a primeira quebra de sigilo telefônico dos envolvidos na prática criminosa encontra-se devidamente fundamentada, à luz do art. 2º, I a III, da Lei 9.296/96, revelando a necessidade 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 investigados, "para identificação, com precisão, da atividade desenvolvida pelos alvos principais, o **modus operandi** utilizado e as pessoas a eles associadas" (fls. 634/635e), "em intrincado e simulado grupo de empresas nacionais e estrangeiras, destinado a ocultar seu verdadeiro controlador" (fl. 289e), 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). No particular, a decisão que decretou a quebra de sigilo telefônico demonstrou que a suposta quadrilha prescindia, "como regra de qualquer atuação por escrito, atingindo seus objetivos com a simples transmissão verbal", destacando "o fato de que esses indivíduos possivelmente têm na comunicação telefônica o meio de controle de seus negócios, incluindo os contatos com o exterior para transferência de recursos" (fl. 635e), pelo que, em face de seu **modus operandi**, a prova não poderia ser feita por outros meios, mesmo encontrando-se as investigações no estágio inicial (fl. 635e), não obstante as diligências já encetadas pela Polícia Federal.

De fato, não paira dúvida, especialmente pela documentação de fls. 733/735e, 846/849e e 850e, que a Polícia Federal tenha diligenciado previamente à representação pela medida cautelar de quebra de sigilo telefônico e telemático, acerca do suposto grupo criminoso investigado na Operação "Negócio da China".

Assim, restou demonstrado que, pelo **modus operandi** do suposto esquema criminoso, envolvendo negociações internacionais, a interceptação telefônica era o único meio de prova apto a esclarecer os fatos, especialmente o suposto ânimo associativo entre os investigados, em complementação à prova já colhida na investigação procedida pela Polícia Federal. Assim, diante desses elementos, a indispensabilidade da quebra do sigilo telemático tornou-se, igualmente, inquestionável. Desse modo, embora sucinta, a decisão que autorizou a interceptação telefônica, cujos fundamentos foram aproveitados para a quebra de sigilo do fluxo das comunicações telemáticas, reportou-se aos requisitos dos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 9.296/96, bem como ao conteúdo da representação policial, encontrando-se

devidamente fundamentada.

De fato, naquela ocasião, as interceptações telefônica e telemática eram indispensáveis para desbaratar possível quadrilha e apurar o real envolvimento dos investigados nos fatos apurados. No sentido da legalidade da quebra de sigilo telefônico, quando indispensável para apuração das supostas práticas ilícitas e precedida de autorização judicial, vale destacar os seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. Tratando-se de writ impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.

TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMAS E PORTE OU POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DECISÕES JUDICIAIS FUNDAMENTADAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. 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).

2. O artigo 5º da Lei 9.296/1996, ao tratar da manifestação judicial sobre o pedido de interceptação telefônica, preceitua 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. Das decisões judiciais anexadas aos autos, percebe-se, com clareza, que a excepcionalidade do deferimento das interceptações

telefônicas foi justificada em razão da suspeita da prática reiterada de várias e graves infrações penais pelos investigados, alguns deles membros da facção criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital - PCC, tendo sido prolongada no tempo em razão do conteúdo das conversas monitoradas, que indicariam a existência de complexa quadrilha que estaria cometendo diversos ilícitos.

4. 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.

5. A interceptação telefônica não constituiu a primeira medida de investigação para deflagrar a persecução criminal em exame, tendo sido autorizada a partir de informações obtidas em prévia operação policial, sendo certo que a Polícia Federal realizou diversas diligências preliminares antes de pleitear a quebra do sigilo telefônico dos investigados.

6. Ainda que o Juízo Federal tenha se reportado a provimentos judiciais anteriores para motivar algumas das prorrogações das escutas, o certo é que, subsistindo as razões para a autorização das interceptações, como ocorreu no caso - tendo em vista a própria natureza e modus operandi dos delitos investigados -, não existem óbices a que o magistrado remeta os seus fundamentos a prévias manifestações proferidas no feito.

7. Habeas corpus não conhecido" (STJ, HC 259.554/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 04/12/2013).

"HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TORTURA, CORRUPÇÃO PASSIVA, EXTORSÃO, PECULATO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E RECEPÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEFERIDA PELO PRAZO DE TRINTA DIAS CONSECUTIVOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF. DILAÇÃO TEMPORAL JUSTIFICADA NA NECESSIDADE DE APURAÇÃO DOS INÚMEROS CRIMES PRATICADOS, NA COMPLEXIDADE E PERICULOSIDADE DA QUADRILHA, CUJOS INTEGRANTES SÃO, EM GRANDE PARTE, POLICIAIS CIVIS.

1. A Lei nº 9.296/96 autoriza a interceptação telefônica apenas quando presentes indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com reclusão e quando a prova não puder ser obtida por outros meios disponíveis. Estabelece também que a decisão judicial deve ser fundamentada e a interceptação não pode exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual período, caso comprovada a sua indispensabilidade.

2. Na hipótese, insurge-se o impetrante tão somente contra o

pressuposto de cunho temporal, sustentando a ilegalidade das interceptações telefônicas prorrogadas pelo período de 30 (trinta) dias consecutivos, por afronta ao que preconiza o art. 5º da Lei nº 9.296/96.

3. Entretanto, a excepcional prorrogação das interceptações telefônicas pelo prazo de 30 (trinta) dias, a despeito de contrariar a literalidade da Lei nº 9.296/96, mostra-se razoável quando as peculiaridades da causa exigem. Precedentes do STF: RHC 88.371, DJe de 2.2.07, decisão unânime; e desta Corte: HC 138.933/MS, DJe 30.11.09, decisão unânime.

4. Durante as investigações realizadas pela Polícia Federal e denominadas de "Operação Xeque-Mate", constatou-se a ocorrência de vários crimes supostamente praticados pelo paciente, policial civil, e pelos corréus – alguns deles também policiais –, a saber, a prática de tortura, corrupção passiva, extorsão, peculato, formação de quadrilha e receptação.

5. As várias denúncias ofertadas pelo Ministério Público Estadual afirmam se tratar de quadrilha, em grande parte formada por policiais civis que, aproveitando-se da função pública, praticava tortura e extorsões; facilitava a exploração de jogos de azar e o desmanche de veículos furtados, tudo mediante o recebimento de propina; além de agenciar serviços advocatícios no distrito policial, visando se beneficiar de parte dos honorários auferidos pelo defensor.

6. Não se pode negar que o fato de policiais civis integrarem a quadrilha dificulta demasiadamente a colheita da prova, razão pela qual se deve ponderar os interesses envolvidos a fim de que o evidente interesse público se sobreponha, ainda mais em se tratando de quebra de sigilo telefônico efetuado com autorização judicial devidamente fundamentada.

7. Dessa forma, atendendo aos ditames de proporcionalidade e ponderação de interesses e sopesando as circunstâncias que revestem o caso em análise – quais sejam, a complexidade e a periculosidade da organização criminosa, o elevado número de integrantes, dentre estes policiais civis, e a grande quantidade de crimes supostamente cometidos –, não há se falar em constrangimento ilegal na prorrogação das interceptações telefônicas pelo prazo de 30 (trinta) dias contínuos.

8. Ordem denegada" (STJ, HC 106.007/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 06/09/2010).

Examinei detidamente o presente processo e entendo que a decisão que decretou a quebra de sigilo telefônico – cujos fundamentos foram aproveitados para a quebra de sigilo telemático – encontra-se devidamente motivada e precedida

de investigação policial, ao contrário do que sustentam os impetrantes.

Contudo, não obstante a licitude 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**:

"No que diz respeito ao pedido de acesso integral a todos os elementos de prova constantes dos autos, vejamos o que disse o

Magistrado nas diversas oportunidades que pronunciou-se sobre o tema:

"Recebo a denúncia, eis que presentes indícios suficientes de autoria e de materialidade dos delitos imputados aos acusados. O processamento deste feito seguirá o novo rito do Código de processo Penal, alterado pela Lei nº. 11.719/2008, publicada no DOU de 23.06.2008.

Citem-se os denunciados para responderem à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. Cientifiquem-se acerca do teor do **caput** do Art. 396-A e do seu §2º, do Código de Processo Penal.

(...)

Tendo em vista a existência de documentos sigilosos, decreto segredo de justiça nos autos, permitindo vista dos autos apenas aos advogados constituídos pelos acusados.

Dê-se vista aos advogados constituídos nos presentes autos de todos os procedimentos cautelares vinculados aos presentes autos.

Decorrido o prazo dos acusados, ou após a juntada das suas respostas, voltem os autos conclusos.

Rio de Janeiro, 4 de dezembro de 2008." (fls. 137/138) - g.n.

"As defesas de OSMAR MAGALHÃES LACERDA, ATTILIO MILONE e JOSEMAR LUIZ TORRES DA SILVA requerem nova abertura de prazo para apresentação das suas respostas preliminares, nos termos do art. 396 do CPP, em sua nova redação alterada pela Lei nº: 11.719/2008, sustentando que não tiveram acesso ao conteúdo dos áudios interceptados pela Polícia Federal, nos autos do monitoramento.

Em primeiro lugar constato que os autos do monitoramento telefônico sempre estiveram à disposição das partes, embora a íntegra dos áudios ainda não puderam ser disponibilizados aos advogados dos acusados, ante a complexidade do presente feito com várias cautelares vinculadas ao mesmo.

Providencie a Secretaria uma cópia em arquivo do DVD encaminhado pela Polícia Federal com a íntegra dos áudios interceptados, devendo as defesas providenciarem a entrega de um DVD virgem, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Após, a Secretaria deverá entregar a cada um dos advogados constituídos nos presentes autos a cópia gravada do DVD, num prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, devendo efetuar a entrega mediante Termo nos autos.

Após a entrega de cada DVD, voltará a correr o prazo de 10 (dez) dias para apresentação da defesa preliminar, não me parecendo razoável fixar prazo maior para a referida peça

processual, visto que as defesas já tiveram acesso ao conteúdo escrito das interceptações.

Acautelem-se em Secretaria os CDs e DVDs encaminhados pela autoridade Policial; bem como os Passaportes entregues pela defesas de SAMUEL GORBERG e LUIGI FERNANDO MILONE em cumprimento à decisão proferida pelo TRF nos autos da Cautelar de Prisão nº: 2008.51.01.816417-9.

Intimem-se as defesas.

Com a apresentação de todas as respostas preliminares, voltem-me conclusos." (Decisão publicada no D.O.E. de 28/01/2009, pág. 45/46) - g.n.

"As defesas de REBECA DAYLAC e PAULO EDUARDO LAURENZ BUCHSBAUM requerem às fls. 912/913 e 914, respectivamente acesso ao conteúdo dos e-mails interceptados , bem como a devolução do prazo para apresentação da resposta preliminar.

Defiro o requerido pelas defesas. Intime-se pessoalmente o Delegado de Polícia Federal que conduziu as investigações para que entregue, no prazo de 24(vinte e quatro) horas, a íntegra do conteúdo dos e-mails interceptados a fim de que as defesas tenham acesso aos mesmos.

Ficam cientes que a partir do momento em que tiverem acesso a esse elemento, devidamente certificado em Secretaria, voltará a correr o prazo de 10(dez) dias para apresentação da resposta à acusação." (Decisão publicada no D.O.E. de 10/02/2009, pág. 54) - g.n.

"Insiste a defesa de REBECA DAYLAC em novo prazo para resposta preliminar, aduzindo que não teve acesso a todos os documentos apreendidos pela Policia Federal na presente investigação. De início, devo ponderar que a combativa defesa da acusada já teve acesso a todos os procedimentos relacionados ao presente feito, conforme atestam as diversas certidões de vista constantes em todos os feitos que se originaram desta investigação.

(...)

Ante as razões acima expostas, INDEFIRO o requerido pela defesa de REBECA DAYLAC às fls. 1189/1191. Publique-se.

Intime-se o Delegado responsável pela presente investigação para que informe , em 24 (vinte e quatro) horas o porquê da demora do envio dos e-mails interceptados pela provedora da Internet Embratel, uma vez que os outros provedores já encaminharam a resposta, devendo a referida provedora encaminhar, por via magnética, esses dados, em 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de desobediência. " (fl. 340) g.n.

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

Como os arquivos referentes aos demais e-mails interceptados já foram encaminhados a este Juízo, intimem-se as defesas para que tenham acesso ao conteúdo desses e-mails , 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 da resposta à acusação, nos termos do art. 396 do CPP.

Após a juntada de todas as respostas, ou findo o prazo determinado, voltem-me conclusos os autos." (fl. 154) - g.n.

Após o deferimento da liminar na Reclamação nº 3467/RJ, pela Ministra Maria Theresa de Assis Moura, para "suspender, por ora, o prazo da resposta à acusação, prevista no art. 396-A, do Código de Processo Penal", assim manifestou-se o Juiz de primeiro grau:

"Ante o teor da liminar deferida pela Exma. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, relatora na Reclamação nº. 3467/RJ (2009/0063124-2) (fls.2073/2075), para suspender o prazo para apresentação da resposta a acusação da denunciada REBECA DAYLAC, **revogo o despacho de fl. 2.096, para intimar a defesa técnica da referida acusada para informar a este Juízo, no prazo de 48(quarenta e oito) horas, de forma pontual e detalhada, qual material probatório, objeto da denúncia, não teve acesso, tendo em conta que este Juízo deu acesso integral destes autos às partes, inclusive na fase do inquérito policial, conforme se pode observar às fls. 526, 535, 571/573, 751, 812, 908, 916, 1176, 1206 e 1210.**

Decorrido o prazo em tela, voltem-me conclusos." (Decisão Publicada no D.O.E. de 05/06/2009, pág. 24)

Transcorrido o prazo concedido pelo Juízo para que a defesa apontasse as provas ao qual desejava ter acesso, sobreveio nova decisão:

"Este Juízo intimou a defesa da acusada REBECA DAYLAC (fl. 2.134) para informar de forma pontual e detalhada, qual material

probatório, objeto da denúncia, não teve acesso (grifei), conforme se verifica no despacho exarado à fl. 2.098, **verbis**:

'Ante o teor da liminar deferida pela Exma. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, relatora na Reclamação nº. 3467/RJ (2009/0063124-2) (fls.2073/2075), para suspender o prazo para apresentação da resposta a acusação da denunciada REBECA DAYLAC, revogo o despacho de fl. 2.096, para intimar a defesa técnica da referida acusada para informar a este Juízo, no prazo de 48(quarenta e oito) horas, de forma pontual e detalhada, qual material probatório, objeto da denúncia, não teve acesso, tendo em conta que este Juízo deu acesso integral destes autos às partes, inclusive na fase do inquérito policial, conforme se pode observar às fls. 526, 535, 571/573, 751, 812, 908, 916, 1176, 1206 e 1210. Decorrido o prazo em tela, voltem-me conclusos.'

Como se vê, em cumprimento à liminar referenciada no despacho em destaque, este Juízo revogou o despacho acima citado (fl. 2.096) e, em vez de efetuar diligências de plano, optou, em homenagear os princípios da ampla defesa e da celeridade processual e por fim, oportunizar, mais uma vez, à referida defesa a se pronunciar, de forma objetiva e por derradeiro, a indicar as provas que não teve acesso.

Ocorre que, lamentavelmente, o patrono da acusada em tela não aproveitou tal oportunidade, dado que limitou-se, na quase totalidade da peça acostada às fls. 2.207/2.212, a relatar o processado (fls. 2.207/2.209) e a lançar mão de novos questionamentos totalmente estranhos ao que fora intimada e inoportunos em relação ao momento processual (fls. 2.209/2.210) incidente de incineração de provas. Ora, é de causar estranheza a estratégia defensiva, uma vez que o Juízo, tecnicamente, sequer iniciou a instrução probatória, como se pode querer destruir provas? Por essa razão, não conheço os novos questionamentos.

Não bastasse, é oportuno ressaltar que a tese da defesa está superada, ante à decisão denegatória de ordem (fls. 2.151/2.165) exarada nos autos do HC 2009.02.01.001838-3 (TRF2) ter transitado em julgado (fl. 2.166). Assim, verifica-se que, na verdade, os questionamentos da defesa foram contemplados no citado HC.

E, de resto, INDEFIRO o requerimento de fl. 2.212, que consiste na remessa de cópias para o Colendo Superior Tribunal de Justiça, tendo em conta que tal providência pode ser realizada pelo próprio requerente independentemente de autorização

deste juízo.

Não obstante, levando em conta que o Ofício do Delegado de Polícia Federal, Dr. Bruno Eduardo de Oliveira Lopes (fl. 1.204), não atendeu integralmente o determinado pelo Juízo, ao não encaminhar os emails vinculados à empresa Embratel, intime-se-o, pessoalmente para, no prazo de 05 (cinco) dias, encaminhar todos email da Embratel, bem como de outros provedores, porventura existentes em seu poder. Intime-se.

Com a resposta do Delegado Bruno, dê-se vista ao MPF." (Decisão publicada no D.O.E. de 25/06/2009, pág. 21/22)

Por fim, em decisão publicada no D.O.E. de 08/01/2010, pág. 32/34, consignou o Magistrado:

1) Dê-se vista ao MPF para que se manifeste sobre o despacho de fl. 2930 e, também, sobre as petições de fls. 2932, 2934/2935, 2936/2937 e 2940/2941.

2) Constato que as defesas dos acusados, às fls. 2934/2935, 2936/2937 e 2940/2941, alegam a falta de acesso às mídias mencionadas à fl. 2822. Contudo, consoante despacho de fl. 2873, item 4, este Juízo já havia disponibilizado cópia do material às partes, mediante apresentação de requerimento acompanhado de mídia virgem para reprodução. Ressalto, ainda, que referido despacho foi publicado para as defesas na data de 19/11/2009, conforme certidão de fl. 2879. Desse modo, não há que se falar em cerceamento de defesa, e, portanto, resta prejudicada essa questão.

3) As defesas também questionam a suspensão do processo em razão de liminar deferida pelo STJ na Reclamação nº 3467/RJ. Nesse aspecto, com a vinda dos autos do MPF, oficie-se ao STJ para indagar se ainda persiste a liminar que determinou a suspensão do prazo para apresentação de resposta à acusação pela defesa de Rebeca Daylac. Em caso positivo, se tal determinação se estende aos demais réus. É que referida decisão liminar era fundada na falta de acesso à integralidade dos elementos de investigação, o que se encontra superado, conforme, inclusive, informações prestadas por este Juízo às fls.1223/1227. Justifica-se tal pleito, pois existe defesa interpretando que, enquanto não houver revogação expressa por parte deste Tribunal Superior, os efeitos da aludida decisão persistirão.

Sem prejuízo das providências acima, intime-se a defesa do acusado LUIS CARLOS BEDIN do teor do despacho exarado por este Juízo, em 11/12/2009, nos autos da Medida Cautelar de Sequestro nº 200851018164167, à fl. 3862.

O Tribunal de origem, por sua vez, sobrestou o andamento do writ

originário em razão de liminar deferida nesta Corte, em acórdão que ficou assim resumido:

"HABEAS CORPUS - AGRAVO INTERNO - DECISÃO DE EXTINÇÃO - REFORMA - SOBRESTAMENTO DO FEITO.

I - Deve ser reformada decisão que extinguiu o **Habeas Corpus** sem julgamento do mérito se, não obstante a perda de objeto com relação ao pedido de concessão da liberdade provisória, remanesce alegação de cerceamento de defesa;

II - Tendo em vista que nos autos de **Habeas Corpus** em curso perante o Superior Tribunal de Justiça, onde se discute a existência de cerceamento de defesa, foi deferida liminar para suspender o curso da ação penal originária, deve ser suspenso o curso deste **Habeas Corpus**, até o pronunciamento de mérito naqueles autos;

III - Agravo Interno provido. **Habeas corpus** sobrestado até o julgamento do mérito do **Habeas Corpus** pelo STJ." (fl. 424)

Como visto, em todas as oportunidades em que houve uma manifestação do Juiz de primeiro grau, foi franqueado o acesso das provas contidas nos autos aos advogados da paciente, não ficando demonstrado qualquer ato do Magistrado no sentido de impedir ou sonegar para às partes o conteúdo das interceptações telefônicas obtidas mediante autorização judicial, e-mails interceptados, documentos apreendidos ou qualquer outra prova que já integrada aos autos.

As alegações do impetrante de que não teve acesso ao conteúdo integral das interceptações telefônicas não encontram respaldo nas decisões acima transcritas. É possível constatar-se em relação aos e-mails interceptados que o Magistrado empenhou-se no sentido de que as solicitações da defesa, sempre que possível, fossem atendidas de forma rápida. Se os aludidos e-mails não foram disponibilizados à defesa é porque ainda não foram juntados aos autos e a culpa por este fato não pode lhe ser imputada.

Nesse ponto, verifica-se que, em resposta às diligências efetuadas pelo Juízo, a Polícia Federal informou que referidos e-mails não haviam sido utilizados como meio de prova e que não se encontravam armazenados na Polícia Federal, conforme se verifica no Ofício nº 218/2009 - SIP/SR/DPF/RJ, de 24 de março de 2009, que, no que interessa, disse:

"O mandado de intimação em referência requer cópia de todos os e-mails 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 e-mails 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.

Assim, solicito dilação no prazo para atender a determinação contida no Mandado de intimação nº 0013.000048-2/2009." (fl. 291)

Após nova intimação determinada pelo Juiz de primeiro grau para que a Polícia Federal disponibilizasse a cópia dos e-mails interceptados pela operadora Embratel, respondeu o Delegado responsável por meio do Ofício nº 461/2009 - SIP/SR/DPF/RJ, que:

"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 Guardiã, não dispõe de equipamento ou programas computacionais voltados 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. 396)

Como visto, não se trata de hipótese em que o Juízo está negando o acesso das partes às provas constantes dos autos e sim de impossibilidade técnica e temporária do fornecimento dos e-mails requeridos pela defesa da paciente, que, como destacado, não integram o processo criminal e não foram utilizados como elementos de prova.

Por fim, no que diz respeito ao pedido de acesso integral ao material

arrecadado nas buscas e apreensões realizadas, vejamos o que disse o Magistrado:

"Insiste a defesa de REBECA DAYLAC em novo prazo para resposta preliminar, aduzindo que não teve acesso a todos os documentos apreendidos pela Polícia Federal na presente investigação. **De início, devo ponderar que a combativa defesa da acusada já teve acesso a todos os procedimentos relacionados ao presente feito, conforme atestam as diversas certidões de vista constantes em todos os feitos que se originaram desta investigação.**

Com relação aos bens apreendidos, cumpre frisar que a relação dos mesmos consta em anexos apensados à Busca e Apreensão efetuada pela Polícia Federal, a qual a ilustre defesa já teve acesso, não tendo sido encaminhado a este Juízo nenhum bem ou documento apreendido que encontram-se com a autoridade policial ou a Receita Federal para análise. Ao contrário, do que diz a defesa da acusada todo material que no momento pode ser colocado à disposição para elaboração da defesa da mesma foi posta à disposição da mesma, que entretanto, insiste em requerimentos impertinentes visando tumultuar o feito, que já possui uma grande complexidade. Insisto em dizer, que é a única defesa que procura procrastinar o presente feito, requerendo mais uma vez dilação de prazo para apresentação de sua resposta preliminar, ao meu sentir, sem nenhuma razão. Não cabe a este Juízo provocar o MPF para indicar que documentos usará no presente feito, sendo desnecessário dizer que qualquer prova produzida nos presentes autos será objeto do contraditório no momento oportuno e adequado. Todos os documentos apreendidos estão sendo analisados pela Polícia Federal e pela Receita Federal, e poderão ser analisados pela defesa da acusada no momento propício.

Ante as razões acima expostas, INDEFIRO o requerido pela defesa de REBECA DAYLAC às fls. 1189/1191. Publique-se." (fl. 340)

Também nesse ponto, não se mostra possível a concessão do writ, pois, conforme explicitado pelo Magistrado, os bens e documentos apreendidos ainda estão sendo analisados pela Polícia Federal e pela Receita Federal e não foram disponibilizados às partes, seja acusação, seja defesa, tendo sido juntado aos autos tão somente a relação do que fora apreendido e ao qual a defesa da paciente já teve o acesso franqueado.

Dessa forma, não existe constrangimento ilegal que possa ser imputado à autoridade coatora, não possuindo o paciente o

direito absoluto de acesso às provas a qualquer tempo e da forma que bem entender. É o magistrado que conduz o processo criminal e, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa, garante o acesso das partes às provas juntadas aos autos, observando os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo, sempre visando assegurar a razoável duração do processo.

Com efeito, o acesso às provas a qualquer tempo e de qualquer modo, sem a existência do devido controle implicaria em uma desordem processual que inviabilizaria o curso da ação penal, notadamente em casos complexos como o presente, em que se apura a prática de diversos crimes e onde foram denunciados 14 envolvidos.

Reafirma-se, aqui, que as provas referidas pelos impetrantes ainda não foram juntadas aos autos, não se mostrando razoável determinar que os órgãos responsáveis pela apreensão e perícia dos bens e documentos interrompam seus trabalhos técnicos para enviá-las ao Juízo para que o Magistrado franqueie o seu acesso ao advogado da parte, não restando sequer demonstrado que tais bens e documentos são relevantes ao processo ou se efetivamente servirão como elemento de prova.

A requisição imediata destas provas diante do simples requerimento de qualquer uma das 14 defesas, conforme acima explicitado, implicaria na impossibilidade de conclusão dos trabalhos realizados pelos órgãos técnicos, bem como na inviabilidade de manutenção do regular curso do processo.

De outro lado, a prova apta a dar suporte à condenação é a prova judicial, não sendo admitida a condenação baseada em provas que não constem dos autos e que não tenham sido submetidas ao contraditório, sob pena de nulidade, o que implica na impossibilidade de utilização, seja dos e-mails interceptados, seja dos bens e documentos apreendidos, sem que antes sejam juntados aos autos e disponibilizado o seu acesso às partes.

Nesse sentido já se manifestou o Juiz de primeiro grau, afirmando que "qualquer prova produzida nos presentes autos será objeto do contraditório no momento oportuno e adequado" e que "poderão ser analisados pela defesa da acusada no momento propício", não ficando caracterizado o cerceamento das provas à defesa, ou prejuízo a merecer reparo por meio do **mandamus**.

A corroborar esse entendimento, temos os seguintes precedentes:

A - "HABEAS CORPUS. REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. DENÚNCIA: CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO, EVASÃO DE DIVISAS, CONTRABANDO OU DESCAMINHO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (QUADRILHA OU BANDO) E CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. PRISÃO DECRETADA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PLAUSÍVEL. GRAVIDADE DO DELITO E HEDIONDEZ: INSUFICIÊNCIA PARA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. ELEMENTOS CONCRETOS: FALTA DE LASTRO PROBATÓRIO. MAIOR EXIGÊNCIA NA APRECIÇÃO, EM DESFAVOR DO ACUSADO EM GERAL, DE PROVA NÃO SUBMETIDA AO CONTRADITÓRIO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA CONSUMADO: PERÍODO EM QUE A DEFESA NÃO TEVE ACESSO A DOCUMENTOS EXTRA-AUTOS. INOCORRÊNCIA. ILEGALIDADE SANADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO, ENTRETANTO, PELA INSUFICIÊNCIA E INIDONEIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. ORDEM CONCEDIDA.

- O acesso ao conjunto de todo o 'produto' de investigação policial é direito do acusado e possibilita que, desse momento em diante, a defesa conheça as "provas em potencial", e, nessa medida, a coloca, em tese, numa situação de paridade com o Ministério Público, no que respeita ao acesso sobre informações que a ele foram levadas antes da oferta da denúncia. Ilegalidade sanada com decisão judicial que garante o exame dos documentos pela defesa.

- Não se pode dizer que a defesa está sendo cerceada, porque não conhece o universo de provas extra-autos, visto que a prova judicial é, necessariamente, contraditória e nula a condenação com base em elementos que não ingressaram no processo e não passaram pelo crivo do contraditório. Em conseqüência, não poderá haver sentença condenatória com suporte em documentos, por assim dizer, não "judicializados".

- O risco à ordem pública, como fundamento da prisão preventiva, não é mera suposição decorrente da gravidade do crime, mas deve estar amparado na existência de elementos de ordem fática.

- A potencialidade lesiva do crime - entendimento já consolidado nesta Corte de Justiça - não constitui, per se, fundamento idôneo à decretação da prisão cautelar, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência.

(...)

- Ordem concedida para revogação da prisão preventiva decretada contra a Paciente, com expedição de alvará de soltura."

(HC nº 66.304/SP, Relator o Ministro **PAULO MEDINA**, DJe de 29/9/2008)

B - "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE ACESSO AOS AUTOS DE INQUÉRITO POLICIAL. ADVOGADO

CONSTITUÍDO. INDEFERIMENTO. SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. INCOMPATIBILIDADE COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INDICIADO. PRECEDENTES DO PRETÓRIO EXCELSO E DESTA CORTE.

1. A teor do entendimento desta Corte e do Pretório Excelso, mesmo na hipótese de decretação de sigilo, afigura-se possível o acesso do advogado constituído aos autos do inquérito policial.

2. Há de se ressaltar, porém, que, além da necessidade da demonstração de que o seu cliente está sendo, efetivamente, alvo de investigação no inquérito policial, o acesso conferido aos causídicos deverá se limitar aos documentos já disponibilizados nos autos, não sendo possível, assim, sob pena de ineficácia do meio persecutório, que a defesa tenha acesso, "à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso." (HC n.º 82354/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24/09/2004).

3. Ordem concedida para assegurar ao advogado constituído do ora Paciente o direito de consultar os autos do inquérito policial e a obter as cópias pertinentes, relativas, ressalve-se, tão-somente às provas já concluídas."

(HC n.º 58.377/RJ, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 30/6/2008)

C - "PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 14, DA LEI Nº 6.368/76. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECARIEDADE DA PROVA PARA A CONDENAÇÃO. NULIDADE DO PROCESSO. INOCORRÊNCIA.

(...)

III – Não há cerceamento de defesa se o patrono do paciente teve acesso às peças do processo, bem como foi intimado dos documentos juntados aos autos.

IV - No caso em tela, infirmar a condenação do ora paciente, ao argumento da insuficiência das provas coligidas, demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de **habeas corpus**.

V – Não há que se falar em nulidade do processo se foram, em princípio, devidamente observadas as exigências legais para o regular trâmite do feito.

Writ denegado."

(HC n.º 41.649/RJ, Relator o Ministro **FELIX FISCHER**, DJU de 29/8/2005)

Assim, demonstrado pelo que consta nos autos que **já foi assegurado o amplo acesso às provas que já integram o processo, em preliminar, entendo que liminar deferida perdeu a**

sua eficácia e, em consequência, julgo prejudicado o presente habeas corpus, bem como o pedido de extensão deduzido às fls. 148/153 pelo corréu Luís Carlos Bedin.

Diante do exposto, **julgo prejudicado o habeas corpus**".

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 email's interceptados por esta Companhia em cumprimento ao contido nos Ofícios Judiciais nºs 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 Íncrito 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).

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

"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 2º 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.

Superior Tribunal de Justiça

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 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 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 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).

Cumprido 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

Superior Tribunal de Justiça

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" (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 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. Ilícitude 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. Ilícitude 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, 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 corrêu 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).

No caso em exame, pertinentes os fundamentos apresentados pela parecerista, Professora Ada Pelegrini 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 telefónico 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 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,

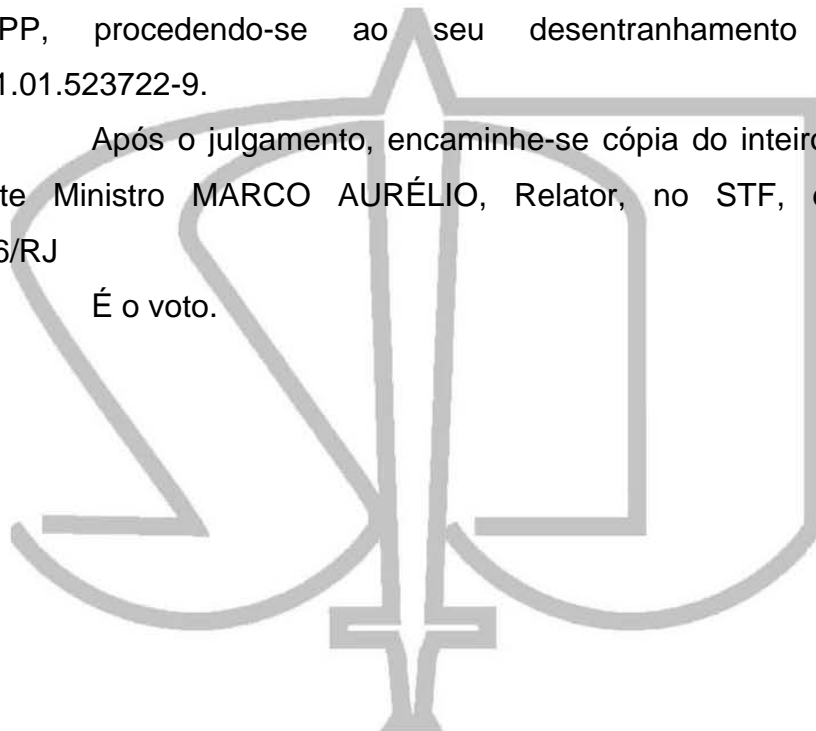
Superior Tribunal de Justiça

caso existentes, deverão ser desentranhadas da Ação Penal.

Ante o exposto, não conheço do presente **Habeas corpus**, quanto à REBECA DAYLAC, que não é paciente, no acórdão impugnado. Não conheço do **writ**, substitutivo de Recurso Ordinário. Concedo, porém, a ordem, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, por constituírem provas ilícitas (arts. 5º, LVI, da CF e 157 do CPP), 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.

Após o julgamento, encaminhe-se cópia do inteiro teor do acórdão ao eminente Ministro MARCO AURÉLIO, Relator, no STF, do **Habeas corpus** 108.886/RJ

É o voto.



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

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

(Relator): Sr. Presidente, creio que está claro para todos que a *vexata quaestio* a ser deslindada neste *habeas corpus* diz respeito basicamente à validade de um meio de prova que foi utilizado para a descoberta de fatos que estavam sendo objeto de investigações pelo Ministério Público e pela Polícia Federal. Creio não ser *despiciendo* dizer que um processo penal, na sua configuração atual, legitima-se não apenas pelos fins alcançados como, acima de tudo, pelos meios empregados para a obtenção do seu resultado. Sempre me reporto a um pensamento de Figueiredo Dias, contemporâneo autor lusitano, que diz: "O fim do processo só pode ser a descoberta da verdade e a realização da justiça, por meio de uma decisão obtida de modo processualmente admissível e válido".

Neste caso, o voto da eminente Relatora, Ministra Assusete Magalhães, demonstrou, com muita minudência e clareza, que a prova consistente na interceptação telefônica e de dados telemáticos foi autorizada pelo juiz competente, em decisão fundamentada, observando todos os requisitos indicados na Lei n. 9.296/96. Portanto, atendeu ao que determina a lei, seguindo o comando constitucional do inciso II do art. 5º da Carta Maior.

O problema aqui reside na conservação da prova. E um dos pareceres que instruem a impetração, da lavra do ilustre Prof. Juarez Tavares, fez remissão a um julgado desta Corte, da relatoria do Ministro Ari Pargendler, na Ação Penal n. 684/DF, publicado em 9 de abril de 2013, em que se teve a oportunidade de anular uma prova pericial exatamente por violação ao dever básico de qualquer perícia criminal, qual seja, o de conservar o objeto da prova.

Isso porque, em se tratando, sobretudo, de prova de natureza cautelar, urgente, e que, portanto, é autorizada a produzir-se sem o prévio contraditório das partes, em um procedimento que é objeto de controle judicial à distância, porque a prova não é produzida na presença do juiz, sobreleva de importância a possibilidade de que, no momento oportuno, no curso do processo e, especialmente, durante a fase postulatória final, tenham as partes, mormente aquela a quem diz respeito a prova produzida, a possibilidade de opor-se a essa prova, de apresentar, inclusive, uma contraprova, ou argumentos a ela contrários. O próprio acusado tem o direito de se autodefender no seu interrogatório, a partir do conhecimento da acusação e das provas que lhe foram desfavoravelmente produzidas.

Outro autor que me parece muito pertinente ser lembrado neste momento, Mario Chiavario, costuma referir-se à exigência de que o processo se conduza corretamente. Ele fala de *correttezza processuale*, que é uma expressão italiana que corresponde àquela outra do Direito Norte Americano, *fair trial*, a qual denota a ideia de que, independentemente da verdade a ser atingida, há que se impor um procedimento correto. O Prof. Juarez Tavares traduz a expressão para *corretismo* processual. Eu preferiria a expressão *correção* processual, no sentido de retidão, uma prova e uma decisão produzidas e alcançadas de maneira correta. Exatamente na linha de que não basta ao processo atingir a verdade absoluta, sem a observância dos meios legais previstos.

Aliás, Luigi Ferrajoli, autor que a Ministra Assusete Magalhães cita no seu voto, em um trecho de sua obra mais conhecida, mostra-nos que a verdade no processo penal é uma verdade aproximativa, uma verdade que se condiciona a uma série de fatores que dizem respeito não apenas às limitações

subjetivas do juiz, limitações concernentes à sua formação, aos seus preconceitos, à sua vivência, à sua cultura, como também a limitações de natureza processual, epistemológica, como, por exemplo, o número de testemunhas que podem ser produzidas pelas partes, e limitações, ainda, de cunho ético, como é o caso da proibição de provas com violação à intimidade ou do sigilo das comunicações, salvo quando a lei ou a Constituição a autorize.

Então, dizer que o processo penal é regido pela busca da verdade real é uma afirmação que há de ser temperada, porque hoje o processo penal, embora o juiz direcione a sua atividade para o encontro da verdade, sujeita-se a uma série de condicionamentos que, muitas vezes, não lhe permitem alcançar a verdade absoluta. E a história mostra que nos modelos processuais em que se privilegiou a busca da verdade absoluta o resultado não foi dos mais auspiciosos.

O fato aqui, Sr. Presidente e demais Colegas, é que houve, na expressão cunhada pelo Prof. Geraldo Prado, uma quebra na cadeia de guarda dessa prova. O Estado tinha o dever de conservar à inteireza a prova essencial, pelo que parece, para a descoberta dos fatos. Não estou dizendo que a prova foi a única produzida, mas foi uma prova importante. Quem vai dizer, quanto a sua extensão ou a sua importância, é o próprio juízo de origem. Mas o fato é que, neste caso, a polícia se houve, no mínimo, com imprudência ou com indesculpável amadorismo, pondo a perder, talvez, o resultado de uma investigação longa, do Ministério Público e da própria Polícia, de que resultou a instauração de um processo, inicialmente, por três modalidades delitivas e que atualmente concentra-se apenas no crime de quadrilha ou bando. E tal fato, creio, mereceria até uma correspondente apuração.

Dito isso, Sr. Presidente, como bem esclareceu a eminente

Superior Tribunal de Justiça

Relatora, caberá ao juízo de origem, com os dados que não se podem examinar na estreiteza de cognição do *habeas corpus*, averiguar qual o material ou quais as provas que, necessariamente, derivaram em uma relação de causalidade dessa prova que considero não ilícita, porém, ilegítima.

Aqui faço tal distinção, baseado na doutrina de Pietro Nuvolone. A prova colhida não se houve com violação a um direito material das partes ou, no caso, da defesa e, sim, com violação a norma de direito processual, qual seja, a regra do art. 9º da Lei n. 9.296/96, que condiciona a destruição do material não utilizado, como prova decorrente da interceptação telefônica, a um requerimento da parte, apreciado por decisão motivada do juiz, sendo a defesa intimada para que, se desejar, se faça presente no incidente de destruição dessa prova.

Assim, houve violação a uma regra de natureza procedimental e, portanto, entendo que tal prova, quanto a esse aspecto, é ilegítima, porque afronta norma de direito processual, ou procedimental.

Com essas considerações, Sr. Presidente, também concedo a ordem de ofício para considerar nula a prova decorrente da interceptação telefônica, referida nos autos, devolvendo à autoridade judiciária competente o exame da verificação da extensão de exclusão da prova.

Nesses termos, acompanho o voto da eminente Ministra Relatora.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2010/0015360-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 160.662 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200651015237229 200902010123610

EM MESA

JULGADO: 18/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **FERNANDO AUGUSTO FERNANDES**, pelas partes **PACIENTES: LUIS CARLOS BEDIN e REBECA DAYLAC**

Subprocuradora-Geral da República **Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

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, não conheceu da ordem em relação à paciente **Rebeca Daylac** por não integrar o writ originário, no mais, não conheceu do writ por substitutivo de

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Ordinário, mas expediu ordem de ofício em relação ao paciente Luis Carlos Bedin, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogério Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

