

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 58.972 - SP (2015/0097003-7)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE :

ADVOGADO : RODRIGO CORREA GODOY

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto em favor de [REDACTED] em face de acórdão prolatado pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, que denegou a ordem ali impetrada.

Colhe-se do processado que o recorrente foi denunciado, juntamente com outras pessoas, pela prática da conduta tipificada no art. 2º da Lei n. 12.850/13. Segundo consta da exordial acusatória, os denunciados fazem parte de uma organização criminosa cujo [REDACTED] comercialização de veículos obtidos mediante atos criminosos, ou seja, furtos, roubos, latrocínios e estelionatos.

Impetrado *habeas corpus*, perante o Tribunal de origem, objetivando a nulidade [REDACTED] conduzida pelo Ministério Público, foi a ordem denegada.

Por meio do presente recurso, os advogados sustentam que o recorrente está sofrendo constrangimento ilegal, porquanto a denúncia está baseada em provas obtidas ilegalmente. Referem que a investigação criminal foi conduzida pelo Ministério Público, o que fere o art. 144, inciso e parágrafos da Constituição Federal, que afirma competir à polícia judiciária a apuração de infrações penais.

Arguem, ainda, a nulidade das decisões de quebra do sigilo telefônico e de suas prorrogações ante a ausência de demonstração da imprescindibilidade da medida e, também, porque proferidas sem fundamentação juridicamente válida, tratando-se de *decisões padronizadas, estereotipadas, que poderiam servir para qualquer pedido de interceptação telefônica* (fl. 84).

Aduzem que além de não fundamentar, o magistrado violou o art. 10 da Resolução n. 59 do Conselho Nacional de Justiça, pois sequer mencionou os números de telefones que seriam interceptados e tampouco os titulares das linhas.

Por fim, alegam que as prorrogações ocorreram irregularmente, pois, embora o art. 5º da Lei 9.296/96 preveja a renovação da medida uma única vez e pelo prazo quinzenal, as interceptações foram renovadas 29 vezes, sem qualquer fundamentação acerca de sua indispensabilidade.

Superior Tribunal de Justiça

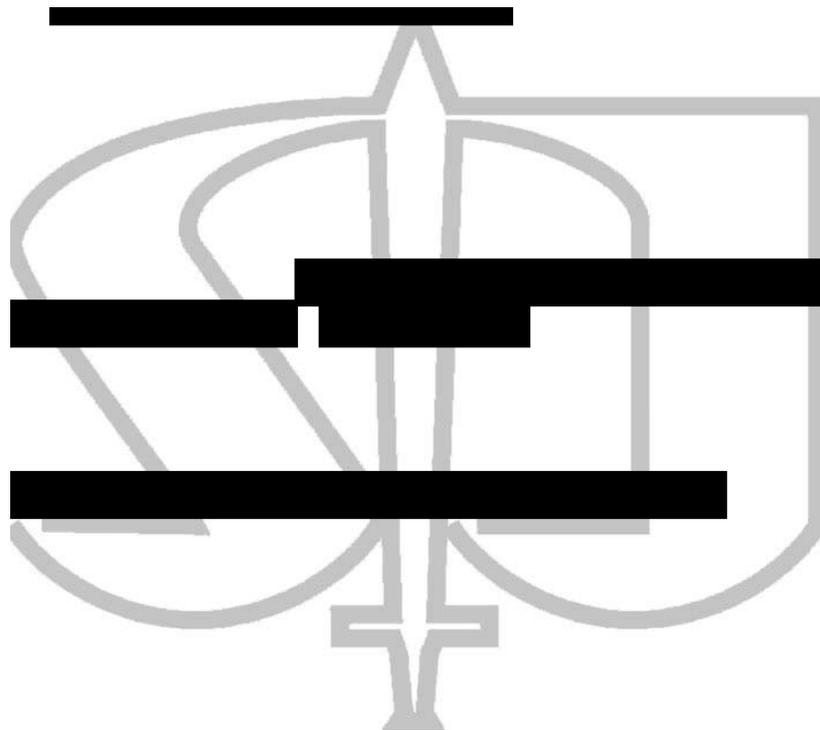
Assim, postulam pelo deferimento do pedido de liminar para que seja suspensa a ação penal originária, até o julgamento do presente recurso ordinário.

A liminar foi indeferida à fl. 124.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 133/136, pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Em consulta realizada junto sítio eletrônico do TJSP, verifica-se que a continuação da audiência de instrução e julgamento foi designada para o dia 1º/8/2016.

É o relatório.



RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 58.972 - SP (2015/0097003-7)

VOTO

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

Primeiramente, com relação aos poderes investigativos do Ministério Público, assim referiu o acórdão impugnado (fls. 54/55):

Por fim, quanto à alegada ausência de poder de investigação do Ministério Público, trata-se de tema que, há tempos, não encontra mais polêmica nos Tribunais Superiores.

_____ Supremo Tribunal Federal, em recente decisão exarada nos autos do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 97926-GO - cujas esclarecedoras palavras do e. Min. Relator GILMAR MENDES, extraídas do inteiro teor do v. acórdão, cuja leitura, por sua pertinência ao tema, é essencial -, reforçam entendimento que também é perfilhado por esta C. 5ª Câmara de Direito Criminal:

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Homicídio culposo. Condenação. _____ provas colhidas no inquérito presidido pelo Ministério Público. O procedimento do MP encontra amparo no art. 129, inciso II, da CF. Investigação voltada a apurar prestação deficiente de atividade médico-hospitalar desenvolvida em hospital público; b) ausência de elementos aptos a embasar o _____ e inépcia da denúncia.

Improcedência. A peça inicial atendeu aos requisitos previstos no art. 41 do CPP, permitindo o exercício da ampla defesa; c) ofensa ao princípio do promotor natural. Inocorrência. A distribuição da ação penal atendeu ao disposto na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Goiás, que permite a criação de promotorias especializadas, no caso, a Promotoria de Curadoria de Saúde do Estado de Goiás; d) Violação ao princípio da identidade física do juiz. Inexistência. Sentença proferida antes da vigência da Lei 11.719/2008; e) análise da suspensão condicional do processo antes do recebimento da denúncia. Pedido inviável nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95; f) aplicação da atenuante prevista no art. 65, inciso III, b, do CP. Rejeição. Ausentes evidências de que o agente tenha, por vontade própria e com eficiência, logo após o crime, evitado as consequências de sua conduta; e g) incompatibilidade entre a causa de aumento de pena do art. 121, § 4º, do CP e o homicídio culposo, sob pena de bis in idem. Alegação impertinente. Nem a sentença condenatória, nem o acórdão confirmatório imputaram ao recorrente essa causa de aumento de pena. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. (STF, RHC 97926- GO, 2ª Turma, rel. GILMAR MENDES, Segunda Turma, j. em 02/09/2014)

O tema já foi objeto de ampla discussão pelos Tribunais pátrios, restando pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário

Superior Tribunal de Justiça

n. 593.727, submetido ao rito da repercussão geral, o entendimento de que o Ministério Público dispõe de atribuição para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal. Neste sentido:

Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere amplitude de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria. (RE 593727, Relator(a):

Superior Tribunal de Justiça

Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015, com destaques)

Confira-se, também, precedente desta Corte no mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593.727. CRIME DE RESPONSABILIDADE. CO-AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS. POSSIBILIDADE ARTIGOS 514 DO CPP E 21 DO CP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727, submetido ao rito do artigo 543-B do Código de Processo Civil, pacificou o entendimento de que o Ministério Público dispõe de atribuição para promover, por [REDACTED] prazo razoável, [REDACTED] u [REDACTED] REsp 1525437/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 10/03/2016) 2. É admissível a co-autoria e a participação de terceiros nos crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores previstos no Decreto-lei 201/67.

3. O conteúdo dos arts. 514 do CPP e 21 do CP não foi objeto de debate prévio nas instâncias de origem. Ausente, portanto, o devido prequestionamento nos termos da Súmula nº 211 do STJ.

4. Mesmo as matérias de ordem pública devem ser previamente submetidas às instâncias ordinárias para serem enfrentadas na via especial.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 651.699/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 01/06/2016, com destaques)

Não se observa, portanto, qualquer ilegalidade com relação ao fato de a investigação ter sido conduzida pelo Ministério Público.

No tocante à legalidade da decisão de quebra do sigilo telefônico, o voto condutor foi vazado nos seguintes termos (fl. 54):

Passo outro, no que pertine à validade das intecepções telefônicas, é de se destacar que, tanto a r. decisão hostilizada, quanto as que deferiram as prorrogações da medida excepcional, apresentam-se minimamente motivadas, atendendo às exigências previstas nas normas constitucionais e na legislação pertinente (Lei nº 9.296/96). E eventuais

Superior Tribunal de Justiça

discussões acerca do atendimento dos pressupostos de admissibilidade dessa medida extrema, previstos no artigo 2º da Lei nº 9.296/96, realizada, repita-se, mediante prévia autorização judicial, é sabido, demandam a análise de fatos e provas, inviável pela estreita via do habeas corpus.

A decisão do juiz de primeiro grau que deferiu a quebra de sigilo segue transcrita no que ora pertine ao paciente (fls. 149/150):

Trata-se de pedidos para interceptar novas linhas telefônicas e de prorrogação de linhas já interceptadas, formulados pelo Ministério Público/Gaeco.

Presentes os requisitos legais previstos na Lei 9.296/96, DEFIRO o pedido de prorrogação da interceptação das linhas (19)99658-3956, (19)99823-2002, (19)99697-2914, (19)99796-4219, (19)99793-2509, (19)99950-3049, (19)99883-3343 e (19)99504-3444, (19)99555-6359, (19) 99417-8859, (19) 99787- 0487, (19) 07820-6029 - ID 55+96+53878, (19) 97819-3855 - ID 55+119+86231, (14) 98193-7587 e seus respectivos IMEI(s), pelo prazo de quinze (15) dias

A vasta [REDACTED] o pedido de fls. [REDACTED] e [REDACTED] é Marcelo Jóia continua a se comunicar com as demais pessoas já mencionadas nos autos e outras, relacionados à colocação de veículos doubles em circulação para fins criminosos.

Assim, DEFIRO o pedido de interceptação das linhas [REDACTED] e seus respectivos EMEI, chip e erbs, pelo prazo da quinze (15) dias, estando presentes os requisitos legais previstos na Lei 9.296/96, pois somente através dessa providência será possível apurar eventual delito acima mencionado.

No mais, defiro os itens 2, alínea "a, b, c, d e 3º, mencionadas às fls. 1534/1536.

Fica expressamente vedada a interceptação de outros números não discriminados nesta decisão (artigo 10, inciso V, da Resolução CNJ 59/2008).

Defiro o redirecionamento dos alvos para os aparelhos mencionados às fls. 1533/1534.

No caso, a partir da fundamentação expendida, constata-se que a hipótese é de encontro fortuito de provas, uma vez que a partir da interceptação telefônica foram descobertas novas provas em relação a outras pessoas que não aquelas que embasaram inicialmente a decretação da medida.

A descoberta acidental do envolvimento do recorrente em atividades delituosas, a partir de escuta telefônica judicialmente autorizada, nada possui de ilegal. Válido é o encontro fortuito de provas, como reiteradamente tem decidido esta Corte, quando se trata de investigação relacionada a membros de uma organização criminosa

Superior Tribunal de Justiça

com várias ramificações e responsáveis pela prática de vários delitos.

A medida inicial, o ponto de partida para a descoberta das demais provas — sejam as previsíveis ou as acidentais —, deve ser hígido, pois, se o nascedouro das demais descobertas está contaminado, tudo que dele derivar também estará.

Nos presentes autos, durante as interceptações telefônicas autorizadas no bojo das investigações contra terceiros, o ora recorrente passou a manter contato com um dos investigados, tendo, daí, surgido provas também de seu envolvimento na prática delituosa, motivo que o levou, desde então, a figurar no rol de investigados e a integrar as decisões de quebra de sigilo telefônico (fl. 149/150), bem assim suas respectivas prorrogações.

O decreto inicial de interceptação telefônica, uma vez que as subsequentes descobertas derivaram desta medida, foi assim expedido (fl. 5/6 - Apenso 4):

Trata-se de pedido de interceptação telefônica formulado pelo Ministério Público/Gaeco.

A vasta documentação que acompanha o pedido inicial, relata que as pessoas de [REDACTED] se comunicam por meio de conversas telefônicas e mensagens de texto SMS, no sentido, em tese, de fabricação e colocação de veículos dúbles em circulação para fins criminosos.

Presentes os requisitos legais previstos na Lei 9.296/96, [REDACTED] quinze (15) dias para que sejam interceptados os números dos aparelhos requeridos e seus respectivos IMEI.

Exigida é na gravosa decisão de quebra do sigilo telefônico a concreta indicação dos requisitos legais de justa causa e imprescindibilidade dessa prova, que por outros meios não pudesse ser feita.

Não obstante, extrai-se da decisão acima colacionada que, de fato, os elementos apresentados são insuficientes para justificar o deferimento da medida invasiva, não restando demonstradas efetivamente a subsidiariedade e a imprescindibilidade da produção deste específico meio de prova.

Note-se que sequer há expressa remissão aos fundamentos ministeriais - que, de todo modo, entende majoritariamente esta Corte exigiria acréscimo pessoal pelo magistrado, a indicar o exame do pleito e clarificar suas razões de convencimento.

O que resta, pois, é a ausência de fundamentação casuística, em genérico e raso decreto de quebra, incapaz de, assim, suprir o requisito constitucional e legal da fundamentação.

Assim, inafastável a conclusão de que as medidas iniciais de interceptação telefônica careceram de fundamentação válida, o que atrai a mácula de ilicitude.

Superior Tribunal de Justiça

De outro lado, o vício ora reconhecido na decisão de quebra do sigilo, estende-se às provas derivadas e às consequentes prorrogações da mesma interceptação telefônica. Confira-se, a propósito, precedente da Corte:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. NOVO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ. CRIME DE DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. TESE DE NULIDADE POR DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. OCORRÊNCIA. QUEBRA DE SIGILO QUE SE AMPARA EM FUNDAMENTOS GENÉRICOS E QUE NÃO DEMONSTRA A IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA. DEFICIÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS ESTABELECIDOS NA LEI N. 9.296/1996. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990. Atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça que não admite o habeas corpus como sucedâneo do recurso processual inequívoco, seja o recurso, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. A interceptação telefônica é instrumento excepcional e subsidiário à persecução penal, cuja decisão autorizadora deve ser fundamentada nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal e na Lei n. 9.296/1996.

3. A decretação da medida cautelar de interceptação não atendeu aos pressupostos e fundamentos de cautelaridade, visto que, não obstante os crimes investigados serem punidos com reclusão e haver investigação formalmente instaurada, descuroou-se da demonstração da necessidade da medida extrema e da dificuldade para a sua apuração por outros meios, carecendo, portanto, do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*.

4. Havendo o Juízo de primeiro grau deferido a gravosa medida unicamente em razão do "esclarecimento dos fatos", de o "crime investigado ser punido com pena de reclusão" e de "haver indícios de autoria que mereçam ser investigados", porém sem demonstrar, diante de elementos concretos, qual seria o nexo dessas circunstâncias com a impossibilidade de colheita de provas por outros meios, mostra-se inviável o reconhecimento de sua legalidade. A mera menção genérica de tais elementos não satisfaz a indispensável fundamentação acerca da necessidade da providência, que quebranta a regra do sigilo, visto que, se assim o fosse, toda e qualquer investigação ensejaria a necessidade da medida excepcional, de modo que, em vez de exceção, tornar-se-ia regra.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida

Superior Tribunal de Justiça

de ofício, para declarar a nulidade das provas obtidas mediante interceptação telefônica, nos autos da Ação Penal n. 2009.233-9, da Vara Criminal do Foro Regional de Campina Grande do Sul (comarca de Curitiba/PR), determinando-se que seja envelopado, lacrado e entregue ao acusado o material resultante da medida de monitoramento."

(HC 150.995/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 09/12/2015)

A ilicitude da quebra do sigilo telefônico contamina as provas dela decorrentes, ~~como contaminação de ilicitude~~ da prova derivada.

Extraí-se da representação ministerial de fl. 142, constante do Apenso 4, que o recorrente passou a ser alvo da apuração, pois mantinha contato com o também investigado Kléberson, cujo sigilo foi afastado pela decisão inicial, ora anulada. Assim, tornando-se o recorrente alvo das interceptações em decorrência direta dos resultados da decisão ora anulada, são as provas contra ele colhidas também atingidas pela ilicitude da prova inicial. ~~_____~~

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso em *habeas corpus*, para declarar nula a a decisão inicial de quebra do sigilo telefônico na Ação Penal n. 3007643-17.2013.8.26.0320, assim como das prorrogações e ampliações subsequentes ~~_____~~ as a serem aferidas pelo magistrado na origem, devendo o material respectivo ser retirado dos autos, estendendo os efeitos dessa ordem aos demais corréus atingidos pela decisão de quebra do sigilo telefônico ora anulada.