

**HABEAS CORPUS Nº 128.087 - SP (2009/0022951-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : CELSO SANCHEZ VILARDI E OUTRO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO  
**PACIENTE** : CELSO VIANA EGREJA  
**PACIENTE** : LUIZ AUGUSTO DE MEDEIROS MONTEIRO DE BARROS  
**PACIENTE** : PAULO FERREIRA  
**PACIENTE** : MARIA HELENA LENCASTRE EGREJA MONTEIRO DE BARROS

**EMENTA**

**HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA. INVIABILIDADE DE PRODUÇÃO DA PROVA POR OUTROS MEIOS NÃO DEMONSTRADA. ILEGALIDADE.**

1. O Poder Constituinte Originário resguardou o sigilo das comunicações telefônicas, erigindo-o à categoria de garantia individual, prevista no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, admitindo, de forma excepcional, a sua flexibilidade, nos termos da Lei n. 9.296/96, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

2. Além da necessidade do ilícito em apuração ser apenado com reclusão, o legislador ordinário estabeleceu ainda como critérios para a utilização da interceptação telefônica, a *contrario sensu*, a existência de indícios acerca da autoria ou participação na infração penal, bem como a demonstração de inviabilidade de produção da prova por outros meios.

3. Demonstrado, *in casu*, que a representação pela quebra do sigilo telefônico dos pacientes foi deferida antes mesmo dos sócios da empresa investigada terem sido ouvidos pela autoridade policial, tratando-se de medida primeva em busca de provas acerca da autoria do ilícito, imperioso o reconhecimento da ilegalidade da medida.

**SONEGAÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO TIDO POR SONEGADO. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.**

1. Conforme entendimento consolidado nesta Corte, tratando-se de crime de sonegação fiscal, enquanto ausente a condição objetiva de punibilidade, consistente no lançamento definitivo do crédito tributário tido por sonegado, inviável o deferimento de qualquer procedimento investigatório prévio.

2. Ordem concedida para declarar a nulidade do despacho que atendeu a representação feita pela autoridade policial, determinando-se a inutilização do material colhido, nos termos do artigo 9º da Lei n. 9.296/96, devendo as instâncias ordinárias

# *Superior Tribunal de Justiça*

absterem-se de fazer qualquer referência às informações obtidas pelo meio inválido.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. CELSO SANCHEZ VILARDI (P/PACTES) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Brasília (DF), 27 de outubro de 2009. (Data do Julgamento).

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
Relator



**HABEAS CORPUS Nº 128.087 - SP (2009/0022951-2)**

IMPETRANTE : CELSO SANCHEZ VILARDI E OUTRO  
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO  
PACIENTE : CELSO VIANA EGREJA  
PACIENTE : LUIZ AUGUSTO DE MEDEIROS MONTEIRO DE BARROS  
PACIENTE : PAULO FERREIRA  
PACIENTE : MARIA HELENA LENCASTRE EGREJA MONTEIRO DE BARROS

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de CELSO VIANA EGREJA, LUIZ AUGUSTO DE MEDEIROS MONTEIRO DE BARROS, PAULO FERREIRA e MARIA HELENA LENCASTRE EGREJA MONTEIRO DE BARROS, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, ao apreciar o HC n. 2008.03.00.028143-5, denegou a ordem em que se objetivava a nulidade de decisão judicial que deferiu interceptações telefônicas (n. 2007.63.07.011137-2), requisitadas no Inquérito Policial n. 16-098/2006 (2006.61.07.004076-2), exarada pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Araçatuba/SP, a fim de apurar a suposta prática dos delitos de apropriação indébita previdenciária e sonegação fiscal.

Alegam os impetrantes que os pacientes são vítimas de constrangimento ilegal, sustentando que a decisão que decretou a interceptação seria nula, diante da patente desnecessidade e da ausência de fundamentação, pois foram prestadas informações quanto ao parcelamento e pagamento do débito previdenciário que deu azo à investigação, sendo que estes dados foram juntados aos autos em 30 de abril de 2006, argumentando, outrossim, que os depoimentos dos acionistas da empresa investigada não se realizaram em função de diversos cancelamentos por parte da própria autoridade policial.

Afirmam que mesmo existentes documentos que comprovavam o pagamento ou o parcelamento do débito previdenciário colacionados ao procedimento, foi encaminhado ao Juízo representação para a medida, acolhida em decisão que sequer menciona o nome dos sujeitos passivos ou uma mínima descrição dos motivos autorizadores do seu deferimento, sem, ademais, demonstrar a imprescindibilidade de que a restrição fosse imposta aos investigados.

# Superior Tribunal de Justiça

Discorrendo a respeito dos fatos, aduzem que o Tribunal *a quo* não poderia manter decisão que decretou a quebra dos sigilos telefônicos, porquanto entendem que a medida se encontra revestida de ilegalidades, verberando que as normas que regulamentam o procedimento exigem a existência de indícios que configurem pressupostos para o ato, afirmando que não há qualquer menção quanto à suposta autoria criminosa por parte dos pacientes, em desrespeito, portanto, às garantias constitucionais fundamentais.

Asseveram que o mecanismo não era o único meio disponível para se averiguar a autoria do aludido fato delituoso, advertindo que a constatação da materialidade do delito do art. 168-A do Código Penal é feita pela fiscalização previdenciária, por meio de simples verificação da folha de pagamento. Asserem, ainda, que não se pode falar em crime de sonegação fiscal antes do encerramento do procedimento administrativo, com definição do *quantum* e sua inscrição em dívida ativa.

Sustentaram a ocorrência de violação ao princípio da ampla defesa, pois não se poderia admitir a interceptação de conversa entre os pacientes e sua defensora, sua transcrição e utilização como prova no caderno investigatório.

Pugnaram, assim, pelo deferimento da liminar, para que fosse determinada a abstenção da utilização das conversas telefônicas interceptadas na investigação ou na ação penal até a apreciação final deste *writ*, no qual requerem a concessão da ordem, confirmando-se a medida sumária, anulando-se a decisão que autorizou o ato, bem como que sejam riscadas quaisquer referências ao material apontado. Subsidiariamente, postulam que seja declarada a ilicitude da prova consubstanciada em conversas telefônicas entre os pacientes e sua advogada.

O pleito liminar foi indeferido, conforme decisão de fls. 284/286.

As informações prestadas pelas autoridades apontadas como coatoras foram acostadas às fls. 392/442 e 457/461, sendo que os documentos enviados pelo juízo singular foram autuados no apenso I dos autos (fl. 462).

Em parecer juntado às fls. 452/455, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

**HABEAS CORPUS Nº 128.087 - SP (2009/0022951-2)**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Por meio deste *habeas corpus* os impetrantes pretendem, em síntese, a declaração da nulidade das interceptações telefônicas realizadas no procedimento investigatório em apreço, sob os argumentos de que tal medida teria sido deferida sem a declinação de quaisquer indícios de autoria sobre os investigados; sem a demonstração de que as provas almejadas somente poderiam ser obtidas por tal meio; bem como teriam violado o princípio da ampla defesa, tendo em vista que foram interceptados diálogos mantidos pelos pacientes com a advogada que estaria atuando nas suas defesas no aludido inquérito policial.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o poder constituinte originário estabeleceu como garantia individual o sigilo das comunicações telefônicas, conforme previsão contida no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, o qual apenas pode ser excepcionado por meio de ordem judicial devidamente fundamentada, nos termos da regulamentação feita com o advento da Lei n. 9.296/96, apenas para a produção de provas no âmbito de investigação criminal ou no curso da instrução processual penal.

Da forma como disciplinado o tema, infere-se que tal medida deve ser considerada como exceção, já que a Carta Magna protegeu de forma expressa o sigilo das comunicações feitas via telefone, admitindo o seu abrandamento apenas nos casos em que prevaleça o interesse público na repressão de práticas delitivas de gravidade relevante, assim consideradas pelo legislador ordinário como as apenadas com reclusão (artigo 2º, inciso III, da Lei n. 9.296/96, a *contrario sensu*).

Embora existam na doutrina diversas críticas acerca do critério de seleção do legislador acerca das hipóteses nas quais seria admissível a interceptação telefônica, o certo é que, não sendo a infração penal punida, no máximo, com pena de detenção, encontra-se preenchido um dos requisitos para a autorização de tal medida. Todavia, o citado diploma legal condiciona a flexibilidade do sigilo à observância de mais dois requisitos, quais sejam, a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação na infração penal investigada; e a demonstração de que não existam outros

# *Superior Tribunal de Justiça*

meios idôneos para a colheita da prova pretendida. Tratam-se de requisitos cumulativos, sendo ilegal o deferimento da medida quando não observado qualquer um destes.

Isto porque, por se tratar de providência inserida no âmbito das medidas cautelares, o seu deferimento depende da demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, inerentes a toda e qualquer tutela cautelar.

A fumaça do bom direito deve ser demonstrada por meio de indícios razoáveis acerca da autoria da infração penal objeto de investigação ou persecução penal, assim como o perigo na demora deve estar consubstanciado na indispensabilidade da prova que se pretende produzir, após a comprovação de que não existem mais meios idôneos para tanto.

Sobre a forma como o legislador ordinário tratou da matéria em análise neste *writ*, confira-se lição de Luiz Flávio Gomes:

*"Embora de modo criticável, porque valeu-se o legislador de uma 'redação negativa' para exprimir os pressupostos básicos da interceptação telefônica ('Não será admitida...'), certo é que ambos os requisitos mereceram a devida atenção. São, ademais, cumulativos, porque ausente 'qualquer' um deles já não cabe a interceptação telefônica." (Interceptação telefônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 178.)*

Feitas estas breves considerações, depreende-se que o pedido de interceptação telefônica em detrimento dos pacientes foi realizado a partir de inquérito policial instaurado para apurar suposta prática do crime de apropriação indébita previdenciária pela empresa Companhia Açucareira de Penápolis - CAP. Embora houvesse comprovação da materialidade do ilícito, consubstanciada em duas Notificações Fiscais de Lançamentos de Débitos - NFLD (fl. 62), a sua autoria era desconhecida, razão pela qual o representante do Ministério Público Federal solicitou a instauração do procedimento investigativo, com a finalidade de *"apurar quem efetivamente concorreu para a apropriação, ou dela se beneficiou, independente de cláusulas contratuais definidoras de gerência"* (fl. 56).

A ressalva feita ao final da cota ministerial evidencia a preocupação daquele órgão em destacar as pessoas efetivamente responsáveis pela prática do

# *Superior Tribunal de Justiça*

citado delito, afastando-se da indesejada responsabilidade penal objetiva quando se trata de crimes cometidos contra a ordem tributária por meio de pessoas jurídicas.

Após a instauração do inquérito policial, depreende-se que o delegado de polícia federal que o presidia intimou os sócios Mário Aluizio Viana Egreja, José Silvestre Viana Egreja e Celso Viana Egreja para prestarem esclarecimentos, ato por diversas vezes adiado em razão da necessidade daquele se ausentar da delegacia, seja por razões de serviço ou de férias, bem como pela necessidade de remessa dos autos à vara federal competente para inspeção judicial (fls. 81, 86, 46, 95 e 99). Tal oitiva foi realizada apenas aos 4.12.2007, conforme se depreende da cópia do despacho acostada à fl. 114.

Todavia, aos 10.10.2007, antes, portanto, da oitiva dos sócios pela autoridade policial, juntou-se aos autos do inquérito em apreço o Ofício n. 503/2007, oriundo da Procuradoria da República em Araçatuba/SP, contendo peças informativas que indicavam nova prática do crime de apropriação indébita previdenciária pela empresa investigada, em período distinto do qual até então era alvo das investigações. No mesmo dia, com base na documentação acostada ao inquérito policial, bem como no Ofício n. 508/2007, enviado à autoridade policial pela Procuradoria-Seccional da Fazenda Nacional em Araçatuba/SP, no qual foram relatadas irregularidades por parte da aludida empresa com relação ao fisco, a delegada de polícia federal, em substituição ao que presidia o inquérito, representou pela interceptação telefônica de diversas pessoas ligadas à Companhia Açucareira de Penápolis - CAP, entre estas os pacientes deste *habeas corpus*, justificando nestes termos a necessidade da medida de exceção:

*"Tendo em vista os fatos ora narrados, conclui-se que a conduta delitativa a ser apurada pelo IPL 16-098/06 - Processo 2006.61.07.004076-2, seria, na verdade, parte de uma gestão fraudulenta, que tem como intuito iludir o fisco, reduzindo e ou sonegado os tributos federais. Segundo a Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Araçatuba/SP, a CAP é a maior devedora da Fazenda Nacional no âmbito da Seccional de Araçatuba/SP, com dívida de aproximadamente R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais).*

*É fato que tramitam nesta delegacia outros inquéritos que visam apurar a prática de crimes contra a ordem tributária levados a efeito pelo grupo das empresas relacionadas à CAP, é certo, também, que em todos os casos ficou evidenciado os resultados das ações delitivas, qual seja, o de*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*vultosos prejuízos aos cofres públicos. Ocorre que em nenhum destes casos restou esclarecido a forma como os valores obtidos por essas condutas delitivas foram ocultados. Dessa forma, necessário se faz identificar os responsáveis pela temerária gestão levada a efeito no âmbito da CAP e das empresas associadas bem como o 'modus operandi' dos envolvidos, para, com isso, cobrar o prejuízo acumulado e estancar a perda de valores dos cofres públicos. Oportuno salientar que, no presente caso, tendo em vista o desconhecimento do 'modus operandi' dos envolvidos, e levando-se em conta seu poderio econômico e estrutura logística, o único modo eficaz de investigação policial e realização de prova a qual dispõe esta Polícia Federal é a interceptação telefônica." (fl. 122.)*

Da leitura do excerto colacionado, infere-se que a autoridade policial, diante de notícias de que os investigados também estariam envolvidos na prática de crimes contra a ordem tributária, segundo informações prestadas pela Procuradoria da Fazenda Nacional, por meio da sua Seccional de Araçatuba/SP, optou por representar pela quebra de seus sigilos telefônicos, sem, contudo, sequer ter ouvido os sócios da empresa investigada, tratando-se de medida primeva na busca de provas acerca da autoria dos fatos que lhes são atribuídos.

Não se desconhece a gravidade das informações trazidas pelos órgãos responsáveis pela fiscalização e arrecadação de tributos e contribuições previdenciárias contidas nos autos, bem como dos supostos crimes que teriam sido praticados com as condutas narradas. Todavia, não teve a autoridade policial o cuidado de instruir o pedido de auxílio à medida extremada com o mínimo de indícios capazes de atribuir a autoria de tais fatos às pessoas detentoras dos números que foram alvo das interceptações.

Aliás, não se vislumbra na representação, tampouco na decisão que a deferiu, qualquer indicação de quais atividades eram exercidas na empresa investigada pelas pessoas que tiveram seus sigilos telefônicos flexibilizados, informação que apenas veio aos autos no ano de 2008, em relatório parcial feito pela autoridade policial com base nas interceptações realizadas (fls. 270/358)

Diante de tais constatações, forçoso reconhecer-se que o acesso às informações protegidas por sigilo constitucionalmente garantido foi possibilitado por decisão que não atendeu aos requisitos elencados pelo legislador ordinário, tratando-se



# *Superior Tribunal de Justiça*

de medida açodada, já que se provou nos autos que ao menos indícios de autoria poderiam ser colhidos com o depoimento dos sócios da empresa investigada, ato por diversas vezes postergado pela própria autoridade policial e realizado apenas após a autorização de interceptação telefônica objurgada, circunstância que evidencia a preterição, pelo magistrado singular, dos requisitos indispensáveis para o abrandamento do sigilo das comunicações telefônicas.

Sobre a matéria, confira-se lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

*"A lei ainda firma o critério da estrita necessidade (não poder a prova ser feita por outros meios disponíveis: inc. II do art. 2.º). E no art. 4.º repisa que o pedido de interceptação conterà a demonstração de sua necessidade para a apuração de infração penal.*

*É que tais interceptações representam não apenas poderoso instrumento, frequentemente insubstituível, no combate aos crimes mais graves, mas também uma insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito ou acusado, mas até de terceiros, pelo que só devem ser utilizadas como ultima ratio.*

*Desse modo, se o juiz autorizar a interceptação, será ilícita se presentes outros meios pelos quais a prova possa ser feita." (As nulidades no processo penal. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 219)*

Debatendo o assunto, esta Corte já decidiu pela ilegalidade da interceptação telefônica deferida sem a observância dos requisitos elencados nos incisos do artigo 2º da Lei n. 9.296/96, *verbis*:

**CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA – CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR – FORMAÇÃO DE CARTEL – INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – NULIDADE DA PROVA – CRIMES DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL – DELITOS DE ABRANGÊNCIA INTERESTADUAL – PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL – AUSÊNCIA DE MÁCULA – IRREGULARIDADES DO INQUÉRITO POLICIAL QUE, AINDA ASSIM, NÃO CONTAMINARIAM A AÇÃO PENAL – INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA – DEMONSTRAÇÃO – DENÚNCIA ANÔNIMA E MATÉRIAS JORNALÍSTICAS – POSSIBILIDADE – DEMONSTRAÇÃO DA PERTINÊNCIA DA PROVA – IMPOSSIBILIDADE DE COLHEITA**

DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO POR OUTROS MEIOS MENOS GRAVOSOS – DECISÃO QUE NÃO LOGROU ÊXITO EM FAZER ESSA NECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO – GRAVIDADE DOS CRIMES, PODERIO DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E COMPLEXIDADE QUE, POR SI SÓS, NÃO SE PRESTAM PARA TANTO – INDISPENSABILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO ENTRE REFERIDAS CIRCUNSTÂNCIAS E A IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE OUTRO MEIO DE PROVA – AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE PRÉVIAS DILIGÊNCIAS QUE PUDESSEM DEMONSTRAR ESSA INDISPENSABILIDADE – MEDIDA DE EXCEÇÃO QUE FOI UTILIZADA COMO REGRA DURANTE AS INVESTIGAÇÕES – IMPOSSIBILIDADE – LINHA PERTENCENTE A UM DOS PACIENTES QUE FOI INTERCEPTADA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO QUANTO A TERCEIRO INVESTIGADO – MÁCULA NÃO CORRIGIDA PELO MAGISTRADO – DECISÃO QUE DETERMINOU UMA DAS PRORROGAÇÕES QUE SE MANTEVE ALHEIA AOS NÚMEROS DAS LINHAS TELEFÔNICAS SUGERIDAS PELA ACUSAÇÃO – INTERCEPTAÇÃO QUE, AINDA ASSIM, FOI MANTIDA SOB OS NÚMEROS ORIGINAIS, OS QUAIS NÃO FORAM ALVOS DA AUTORIZAÇÃO – INSUSTENTABILIDADE – EXISTÊNCIA DE SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES – PACIENTES QUE FORAM MONITORADOS POR MAIS DE SESENTA DIAS (NOVENTA, CENTO E VINTE E CENTO E OITENTA DIAS) – NECESSIDADE DA MEDIDA POR LONGO PERÍODO QUE CARECEU DE MOTIVAÇÃO ESPECÍFICA E RIGOROSA – RAZOABILIDADE MACULADA – SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES QUE CONTIVERAM, SEMPRE, A MESMA FUNDAMENTAÇÃO – COMPLEXIDADE DAS INVESTIGAÇÕES – MOTIVO QUE PODE JUSTIFICAR A PRORROGAÇÃO, PORÉM, DESDE QUE DEMONSTRADO COM BASE EM FATORES CONCRETOS – DECISÕES QUE SE LIMITARAM A ARGÜIR A COMPLEXIDADE EM QUESTÃO, PORÉM, SEM DEMONSTRAR SUA PERTINÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – MEDIDA DE CUNHO EXCEPCIONAL E QUE, PORTANTO, DEPENDE DE PRÉVIA E EXAUSTIVA FUNDAMENTAÇÃO – DEVISSA DA INTIMIDADE QUE NÃO SE COADUNA COM AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E ABSTRATAS – DECISÕES, QUANTO AO OUTRO PACIENTE, QUE NEM SEQUER DEMONSTRARAM A PRESENÇA DOS REQUISITOS (EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA E IMPOSSIBILIDADE DE COLHEITA DE PROVAS POR OUTRO MEIO) PARA SUA INCLUSÃO NO ROL DOS INVESTIGADOS – DECLARAÇÃO DA NULIDADE DA PROVA – NULIDADE QUE DEVE ABRACAR AQUELAS QUE DELA DERIVARAM – IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO NA ESTREITA VIA DO WRIT – INCUMBÊNCIA QUE DEVE FICAR A CARGO DO MAGISTRADO DE 1ª INSTÂNCIA – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

IV. Para a determinação da quebra do sigilo telefônico dos investigados, mister se faz a demonstração, dentre outros requisitos, da presença de razoáveis indícios de autoria em face deles. *Inteligência do artigo 2º, I da Lei 9.296/1996.*

# Superior Tribunal de Justiça

V. A presença de denúncia anônima e de matérias jornalísticas indicando a possível participação dos investigados na empreitada criminosa é suficiente para o preenchimento desse requisito.

VI. É certo que elementos desse jaez devem ser vistos com relativo valor, porém, não se pode negar que, juntos, podem constituir indícios razoáveis de autoria de delitos.

VII. Outro requisito indispensável para a autorização do meio de prova em questão é a demonstração de sua indispensabilidade, isto é, que ele seja o único meio capaz de ensejar a produção de provas.

Inteligência do artigo 2º, II da Lei 9.296/1996.

VIII. Havendo o Juízo de 1º Grau deferido a gravosa medida unicamente em razão da gravidade da conduta dos acusados, do poderio da organização criminosa e da complexidade dos fatos sob apuração, 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.

IX. Ademais, as interceptações deferidas no caso que ora se examina não precederam de qualquer outra diligência, havendo a medida sido utilizada como a origem das investigações, isto é, empregada a exceção como se fosse a regra.

(...)

XXI. Ordem parcialmente concedida, apenas para declarar a nulidade das interceptações telefônicas efetivadas contra os pacientes. (HC 116375/PB, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 09/03/2009)

Guardadas as peculiaridades inerentes à cada caso, esta Egrégia Quinta Turma também já decidiu:

HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL, LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO. DENÚNCIA ANÔNIMA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. TEÓRIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. NULIDADE DE PROVAS VICIADAS, SEM PREJUÍZO DA TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

3. Dispõe o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, que "não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando (...) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal". A delação anônima não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária, mas mera notícia dirigida por pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal).

# Superior Tribunal de Justiça

4. A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada".

5. Realizar a correlação das provas posteriormente produzidas com aquela que constitui a raiz viciada implica dilação probatória, inviável, como cediço, em sede de habeas corpus.

6. Ordem parcialmente concedida para anular a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico no Processo 2004.70.00.015190-3, da 2ª Vara Federal de Curitiba, porquanto autorizada em desconformidade com o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, e, por conseguinte, declarar ilícitas as provas em razão dela produzidas, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada. (HC 64096/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 04/08/2008)

E ainda, imperioso pontuar que o objeto primordial das investigações realizadas no caso em apreço era o suposto crime de apropriação indébita previdenciária, sobrevindo informações de que por meio da empresa Companhia Açucareira de Penápolis também estaria sendo praticado o delito de sonegação fiscal, fato que também motivou a quebra do sigilo telefônico dos investigados, dentre estes os pacientes, conforme se infere da decisão acostada às fls. 151/158:

*"Há fortes indícios de que diversas pessoas (proprietários, administradores, contadores, advogados, dentre outras) ligadas ao grupo empresarial que controla a 'Companhia Açucareira de Penápolis - CAP' e outras empresas vêm, há muito tempo, em verdadeira atuação de 'quadrilha', cometendo, pelo menos, ilícitos contra a ordem tributária e, talvez, contra o sistema financeiro nacional." (fl. 152.)*

Todavia, conforme entendimento já consolidado no âmbito desta Corte Superior de Justiça, tem-se por ilegal qualquer ato investigatório, dentre os quais a quebra do sigilo telefônico destinada à colheita de provas acerca de crime contra a ordem tributária, sem que se tenha notícia da constituição definitiva do crédito tributário tido por sonegado.

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes desta Corte:

HABEAS CORPUS – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA –

# Superior Tribunal de Justiça

AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO – NULIDADE DOS ATOS – OCORRÊNCIA – CONCEDIDA A ORDEM.

1- Ausente comprovação a respeito do lançamento do crédito tributário, não é possível a propositura da ação penal, ou mesmo o deferimento de qualquer procedimento prévio investigatório.

2- Conforme jurisprudência desta Turma, não é possível a realização de interceptação telefônica, para apurar crime contra a ordem tributária, quando ainda não houve o indispensável lançamento definitivo do crédito tributário.

3- Concedida a ordem.

(HC 89023/MS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 17/11/2008)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/90. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INÍCIO DA AÇÃO PENAL ANTES DE DECISÃO DEFINITIVA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE.

Na linha de precedentes desta Corte e do Pretório Excelso o lançamento definitivo do crédito tributário constitui uma condição objetiva de punibilidade sem a qual não se deve dar início a persecutio criminis in iudicio. (Precedentes) Habeas corpus parcialmente conhecido e, neste ponto, concedido.

(HC 60648/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 30/10/2006 p. 360)

Em respeito à garantia individual, prevista no Texto Constitucional, à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, cuja excepcionalidade verificada nos autos não obedeceu os requisitos elencados pelo legislador ordinário, conforme as razões expostas, imperiosa a **concessão da ordem** para declarar a nulidade do despacho que atendeu a representação feita pela autoridade policial nos Autos do Procedimento de Interceptação Telefônica n. 2007.61.07.011137-2, determinando-se a inutilização do material colhido, nos termos do artigo 9º da Lei n. 9.296/96, devendo as instâncias ordinárias absterem-se de fazer qualquer referência às informações obtidas pelo meio invalidado.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2009/0022951-2

**HC 128087 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200661070040762 200761070111372 200803000281435

EM MESA

JULGADO: 27/10/2009

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : CELSO SANCHEZ VILARDI E OUTRO  
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO  
PACIENTE : CELSO VIANA EGREJA  
PACIENTE : LUIZ AUGUSTO DE MEDEIROS MONTEIRO DE BARROS  
PACIENTE : PAULO FERREIRA  
PACIENTE : MARIA HELENA LENCASTRE EGREJA MONTEIRO DE BARROS

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. CELSO SANCHEZ VILARDI (P/ PACTES) E  
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**CERTIDÃO**

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

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

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 27 de outubro de 2009

LAURO ROCHA REIS  
Secretário

