

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.705.690 - SP (2016/0335468-1)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

RECORRENTE : J A DA S

ADVOGADOS : WILLEY LOPES SUCASAS E OUTRO(S) - SP148022

ANDRÉ LUÍS CERINO DA FONSECA - SP225178

HEITOR ALVES - SP206101

ANDRÉ CAMARGO TOZADORI - SP209459

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRELIMINARES -

Alegada ilicitude da interceptação telefônica rechaçada - Procedimento que observou os ditames legais - Violação de sigilo profissional não reconhecida - Pedido de desentranhamento de prova decorrente de apreensão ilegal já apreciado e deferido pelo Juízo de primeiro grau - Declarações prestadas por familiares do réu em delegacia que não importaram prejuízo - Ademais, o vício do inquérito não contamina a ação penal - Inquirição das testemunhas iniciada pelo Juiz, que caracteriza nulidade relativa e reclama a demonstração de prejuízo, ausente na espécie - Indeferimento do acesso aos dados qualificativos das testemunhas protegidas durante o inquérito que se mostrou necessário à investigação - Pleito, aliás, já apreciado pelo Supremo Tribunal Federal - Transcrição das interceptações que podem ficar adstritas aos trechos que embasam a denúncia - Indeferimento de diligências requeridas pelo réu fundamentadas na sua pertinência - Defesa que deixou de formular os quesitos complementares - Oitiva de perito em Juízo que deve observar a necessária formulação prévia de quesitos complementares. PRELIMINARES REJEITADAS.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - MÉRITO - Homicídio qualificado (motivo torpe e recurso que dificultou a defesa da vítima) - Inconformismo do réu - Pleito de despronúncia - Descabimento - Quadro probatório indicando materialidade e indícios de autoria.

RECURSO DESPROVIDO.

Nas razões do recurso especial, alega violação dos arts. 2º, 4º, 5º, 6º, § 1º, 8º e 9º, todos da Lei 9.296/96, 7º, XIX, da Lei 8.096/94, 159, § 5º, 206 e 207, do CPP.

Sustenta que todas as interceptações telefônicas são absolutamente nulas porquanto autorizadas por decisões judiciais que não observam aos ditames da Lei nº 9.296/96, mais precisamente os artigos 2º, 4º e 5º, os quais determinam que a quebra ocorra apenas quando da existência de indícios de autoria, quando não seja possível a produção da prova por outro meio, que sua realização seja necessária a apuração

Superior Tribunal de Justiça

dos fatos e que as decisões sejam fundamentadas (fl. 3.494).

Acrescenta que o minucioso cotejo analítico feito pela defesa, com indicação fiel e detalhada das respectivas folhas dos autos, comprova que todas as decisões que deferiram o pedido de quebra do sigilo telefônico são estereotipadas, meras cópias umas das outras, inclusive com o mesmo erro de digitação, apesar de subscritas por diferentes magistrados, o que leva a crer, data venia, que sequer foram prolatadas por juízes (fl. 3.495).

Menciona que em nenhum momento a autoridade policial que requereu a quebra do sigilo telefônico demonstrou a impossibilidade de utilização de outros meios de prova, violando, com tal proceder, o disposto na lei de regência (art. 2º, II, Lei nº. 9.296/96) (fl. 3.500).

Aduz que não houve a degravação integral de todas as conversas telefônicas, tendo havido, no ponto, cerceamento de defesa.

Argumenta, ainda, que houve nulidade decorrente da quebra do sigilo profissional, porquanto o advogado pode e deve recusar-se a depor como testemunha sobre fatos que envolvam os interesses de clientes ou ex-clientes (fl. 3.532), bem como daquelas decorrentes da condução de testemunhas ao Distrito Policial que, por serem parentes do acusado, não eram obrigadas a prestar depoimentos (fl. 3.534).

Por fim, alega que o indeferimento da oitiva de peritos implicou cerceamento de defesa.

Requer, assim, o provimento do recurso especial, a fim de que seja reconhecida a nulidade do acórdão recorrido por inexistência de fundamentação válida.

Apresentadas contrarrazões, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso.

Às fls. 3.652/3.657, a defesa requereu a concessão de efeito suspensivo ao recurso, visando suspender o prosseguimento do feito na origem ou, ao menos, obstar a realização de Júri, até a apreciação do mérito do presente agravo.

Indeferido o pleito de tutela provisória.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.705.690 - SP (2016/0335468-1)

VOTO

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

Depreende-se dos autos que o recorrente foi pronunciado como incurso, por duas vezes, no art. 121, § 2º, I e IV, do CP.

Inconformado, interpôs recurso em sentido estrito perante a Corte de origem, que negou provimento ao recurso.

Sobre a interceptação telefônica, consta do acórdão recorrido a seguinte fundamentação (fls. 3478/3479):

2. As preliminares não merecem guarida.

2.1 Aduz o d. defensor que as interceptações telefônicas estariam em desacordo com o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, que limita o ato às hipóteses legalmente reguladas, e ao artigo 2º, incisos I e II, da Lei n. 9.296/96, que condicionam a medida à presença de indícios razoáveis de autoria e à impossibilidade da produção da prova de outra forma. Além disso, alega falta de fundamentação da decisão que deferiu a interceptação.

Na hipótese, porém, não se vislumbra qualquer ilicitude.

A interceptação somente foi solicitada pela autoridade policial após a realização de diligências prévias que apontaram possível relação do acusado com os fatos, conforme descrito no relatório de investigação de fls. 157/159, sendo que sua identidade somente foi efetivamente conhecida no decorrer das interceptações, o que aponta para a impossibilidade de utilização de outros meios para obtenção da prova naquele momento.

De outra parte, a necessidade da medida foi suficientemente justificada, eis que o Juiz de primeiro grau acolheu as razões da autoridade policial (fls. 2 do apenso próprio), bem como do órgão ministerial (fls. 13 do apenso próprio), acrescentando ainda que "se trata de medida indispensável à apuração do crime de duplo homicídio" (fls. 14 do apenso próprio).

E o mesmo entendimento aplica-se às demais decisões acerca das novas interceptações e prorrogações (fls. 218, 224, 245/246, 271/272, 296/297, 381/382, 457/458, 776/777, 830/831, 1161/1162, 1356/1357, 1450/1451, 1465/1466 e 1497/1499), valendo destacar que não se pode prestigiar o argumento da defesa de que elas não estão fundamentadas por serem similares em sua redação e terem erro de digitação. Nesse sentido, aliás, bem destacou a r. decisão de pronúncia (fls. 3154):

"Erros materiais, reiterações de decisões, posto que representações sob a mesma natureza, não invalidam decisões judiciais".

Igualmente, o inconformismo quanto à "prorrogação" da interceptação da linha n. (11) 8565-1476 não procede, pois consta do pedido

Superior Tribunal de Justiça

da autoridade policial (fls. 264/266) que tal número está relacionado ao mesmo IMEI do telefone (19) 8126-6886, já anteriormente interceptado. Ademais, estando devidamente fundamentada a decisão, o emprego do termo "prorrogação" não invalidaria a medida.

No caso, verifica-se que a primeira decisão autorizativa de interceptação telefônica, proferida em 28/11/2006, restou assim consignada (fl. 18 - Ap. 4):

Face à manifestação favorável do Representante do M.P. à fl. 13, DEFIRO a representação formulada pela autoridade policial à fls.02/03, pelo prazo inicial de 15 dias, já que se trata de medida indispensável à apuração de crime de duplo homicídio.

Após a juntada do relatório da diligência, nova vista ao M.P. Expeça-se o necessário.

Como se vê, não houve fundamentação concreta quanto à decisão primeira de interceptação telefônica, encontrando-se, portanto, desacompanhada de elementos de convicção que efetivamente indiquem sua necessidade, motivo pelo qual é de se reconhecer a ilicitude das provas produzidas.

Efetivamente é exigida da gravosa decisão de quebra do sigilo telefônico e interceptação telefônica 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, não foi apresentada elemento concreto a justificar o deferimento da medida invasiva, demonstrador efetivamente da imprescindibilidade da produção deste específico meio de prova.

Note-se que **sequer há remissão aos fundamentos utilizados na representação pelo Delegado de Polícia, tampouco na manifestação ministerial**, 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 decreto de deferimento da interceptação telefônica, medida cabível a qualquer procedimento investigatório, e assim incapaz de suprir o requisito constitucional e legal da fundamentação.

Assim, inafastável a conclusão de que a autorização judicial para interceptação telefônica carece de fundamentação válida, exigida, consoante art. 5º da Lei 9.296/96, o que atrai a mácula de ilicitude. A propósito:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ART. 33 C/C ART.

35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR O DEFERIMENTO DA MEDIDA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

3. Diante da ausência de fundamentação suficiente e válida, eiva-se de ilicitude as decisões que deferem medida de interceptação telefônica.

4. Habeas corpus não conhecido, mas, de ofício concedida a ordem para declarar nula a medida de interceptação telefônica relativa à Ação Penal nº 0105.08.270182-9, assim como das provas consequentes, devendo o material respectivo ser retirado dos autos e para nova sentença.

(HC 185.443/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 23/05/2016).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. OCORRÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE. MEDIDAS QUE PERDURARAM POR MAIS DE 1 ANO SEM MOTIVAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL FLAGRANTE. PROVIMENTO. EXTENSÃO DE OFÍCIO AOS CORRÉUS.

1. A prisão processual deve ser decretada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade. In casu, o magistrado de primeiro grau não indicou qualquer fundamento concreto a demonstrar a presença dos requisitos da prisão preventiva. Limitou-se a afirmar que se trata de uma quadrilha e que "os autos falam por si sós", sem explicitar qual motivo autoriza a medida extrema. Afirmou, também, genericamente, que a instrução criminal não seria a mesma com os réus soltos, sem apontar concretamente o risco à instrução do feito. Extensão de ofício aos corréus.

2. São nulas as interceptações telefônicas deferidas em decisões carentes de fundamentação concreta, que não apontam a imprescindibilidade da medida. Hipótese em que a autoridade policial requereu a quebra de sigilo amparada apenas no tipo de crime supostamente cometido (tráfico de drogas), sem qualquer demonstração da inexistência de outros meios investigativos. E o magistrado a quo limitou-se a acolher o pedido policial e o parecer ministerial, que também não estava motivado, sem tecer qualquer

Superior Tribunal de Justiça

mínima consideração, em violação à Lei 9.296/1996. Ademais, o ato, viciado em sua origem, perdurou por mais de 1 ano sem motivação. Embora esta Corte venha admitindo, na linha do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal (HC 92.020/DF), a chamada fundamentação per relationem, não há como adotá-la na espécie, porquanto o próprio requerimento policial, acolhido pelo magistrado, carecia de motivação idônea. Extensão de ofício aos corréus.

3. Recurso ordinário provido a fim de revogar a prisão preventiva do recorrente na ação penal aqui tratada, bem como para declarar ilegais as interceptações telefônicas, determinando a exclusão das provas delas decorrentes. Em consequência, decretar a nulidade do processo, ab initio, inclusive da denúncia, ressalvando a possibilidade de outra ser oferecida, desde que baseada em elementos diversos. De ofício, estende-se essa decisão a todos os denunciados.

(RHC 61.069/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016).

Também as provas derivadas da interceptação telefônica primeva, e de suas prorrogações, são contaminadas pela mesma ilicitude, o que deverá ser aferido pelo juiz do processo. A propósito:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DEFERIMENTO. DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA. INEXISTÊNCIA. ILEGALIDADE CONFIGURADA. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DERIVADAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. CODENUNCIADOS EM SITUAÇÃO IDÊNTICA. EXTENSÃO. ART. 580 DO CPP.

1. São ilegais as interceptações telefônicas quando o Juiz não profere decisão judicial fundamentada acerca dos requerimentos de implantação e prorrogação da medida, conforme determina o art. 5º da Lei n. 9.296/1996, mas, ao receber os pedidos formulados pela autoridade policial, defere as medidas pela simples expedição de ofício às operadoras de telefonia.

2. Nulidade das interceptações telefônicas que contamina diversas provas colhidas ao longo da investigação e da instrução, pois delas derivadas.

3. De ofício, extensão dos efeitos deste julgado aos demais denunciados, por força do art. 580 do Código de Processo Penal.

4. Demais alegações trazidas no recurso especial que ficam prejudicadas, pela anulação da ação penal e das interceptações telefônicas.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa

Superior Tribunal de Justiça

extensão, provido, para anular o processo desde a sentença e reconhecer a ilicitude das interceptações telefônicas obtidas pela denominada Operação Leão da Terra e das demais provas delas derivadas, devendo o Juízo singular proferir nova sentença, sem a utilização das provas anuladas, com extensão dos efeitos aos demais denunciados, Waldir Franklin de Oliveira da Paixão, Aline Alda Moreira Soares, Emerson Wilson Ferreira Resende, Anderson Lima do Vale, Anderson Augusto Picanço Ramos, Gilmara Silva Sousa, Miguel Antônio Florez Arevalo, Luís Marilac de Brito e Jaime Falcon Abad, por força do art. 580 do Código de Processo Penal.

(REsp 1391257/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 23/02/2015).

Diante da conclusão a que se chega quanto às ilegalidades das interceptações realizadas, fica prejudicado o exame dos demais fundamentos trazidos pelo recorrente.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso especial para anular a decisão que determinou a quebra de sigilo telefônico, as sucessivas prorrogações e as provas delas consequentes, a serem aferidas pelo magistrado na origem, que devem ser excluídas dos autos, sem prejuízo do prosseguimento da ação penal com base em outras provas.