

HABEAS CORPUS 206.288 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) :
IMPTE.(S) : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de agravo interposto por Barongeno, contra decisão que negou seguimento ao *habeas corpus* sob o fundamento de que a legalidade das interceptações telefônicas foi “*analisada diversas vezes durante esse tempo não só pelo TRF3 como também pelo STJ e STF*” (e DOC 35).

Nas razões recursais, o impetrante pede a reconsideração da decisão monocrática, afirmando não ter havido análise sobre a ausência de fundamentação dos deferimentos das escutas telefônicas em desfavor da paciente.

Em manifestação recente (eDOC 40), a defesa suscitou fato novo, consistente na notícia de que o STJ determinou que o TRF3 analisasse a validade dessas decisões no âmbito da ação penal ajuizada contra os corréus que não detêm foro especial. Informa que, ao fazê-lo, o Tribunal anulou as decisões, por falta de fundamentação.

Intimada a se manifestar sobre o alegado fato novo, a PGR reiterou o parecer anterior (eDOC 31), pela denegação da ordem (eDOC 45).

Em réplica, a defesa alegou:

Todos os investigados na chamada OPERAÇÃO THÊMIS compunham o mesmo polo passivo na ação penal contra eles ofertada perante o eg. STJ (AP nº 549/SP), explica-se:

A investigação que deu azo à ação penal a que respondeu a Petionária teve início perante o eg. TRF3, em razão da suspeita de prática de crime pelo corréu Juiz Federal MANOEL ÁLVARES (doc. 01).

Ainda no âmbito do eg. TRF3, o em. Des. Federal BAPTISTA PEREIRA autorizou a realização de interceptações telefônicas — únicas objeto deste *writ* — em desfavor da Paciente e corréus, no bojo das quais se descobriu supostos indícios de crimes imputados a Desembargadores Federais, fato

que provocou o deslocamento da investigação para o eg. STJ (Inq nº 547/AP nº 549).

Após novas prorrogações das interceptações pelo STJ — decisões essas que não são objeto deste *writ* —, ofereceu-se uma única denúncia perante o eg. STJ contra todos os acusados (AP nº 549/SP). Aconteceu que na Questão de Ordem na AP nº 549 do eg. STJ, suscitada pelo Min. FELIX FISCHER, entendeu-se por bem desmembrar os autos em relação aos acusados que não detinham prerrogativa de foro perante o eg. STJ (doc. 02).

Então, (i) os Desembargadores Federais mantiveram o foro no STJ, sendo a denúncia contra eles rejeitada por falta de justa causa; (ii) a Paciente, à época Juíza Federal, foi processada perante o col. Órgão Especial do eg. TRF3, enquanto (iii) os demais acusados foram processados perante a Justiça Federal de primeira instância de São Paulo.

Vê-se, portanto, que as provas, ou seja, as interceptações telefônicas que deram suporte àquela ação penal são as mesmas para todos os acusados, ainda que a ação penal tenha sido posteriormente desmembrada.

Ocorre que as r. decisões autorizando as interceptações telefônicas proferidas pelo em. Des. Federal BAPTISTA PEREIRA vieram a ser declaradas nulas pelo eg. TRF da 3ª Região. Elas são as mesmas para todos os acusados, tenham eles foro ou não.

Ora, não pode a mesma prova ser considerada lícita para uns e ilícita para outros!

Por fim, não se requereu aqui a extensão dos efeitos do v. acórdão do TRF3 que anulou as interceptações telefônicas como quis fazer crer a d. manifestação ministerial. O v. acórdão referido foi juntado apenas para que se tenha clareza da evidente ilicitude prova já reconhecida para outros réus. (eDOC 47)

É o breve relatório. Decido.

A defesa impugna decisão monocrática que negou seguimento ao

habeas corpus que, por sua vez, foi impetrado como substitutivo de recurso extraordinário, em face de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em agravo regimental no agravo em recurso especial, o que, de plano, o invalida formalmente.

A superação desse entendimento é providência excepcional, a ser implementada somente quando constatada a teratologia da decisão impugnada ou verificado constrangimento ilegal.

Da análise das peças que instruem a impetração, especialmente os documentos juntados aos autos depois da interposição do agravo, dando ciência da decisão do TRF3 que anulou as interceptações telefônicas, identifico **fato novo** que justifica a revisão das questões postas.

Para melhor delimitar o debate, colho do parecer ministerial o seguinte trecho:

07. Posteriormente à decisão ora agravada, o c. STJ, em 13/09/2022, no julgamento de RESP de co réu - autos 1394800 -, sem foro penal especial, determinou que “(...) o Tribunal Regional Federal da 3ª Região examine o conteúdo das decisões impugnadas no recurso de apelação”, assim fundamentado o julgado:

(...)

No caso, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público para reformar a decisão que havia declarado a nulidade da medida de interceptação telefônica.

(...)

A leitura dos excertos acima transcritos revela que o Tribunal de origem concluiu pela validade das decisões que prorrogaram a medida de interceptação telefônica. Contudo, embora as referidas decisões tenham sido canceladas no julgamento do recurso de apelação, vê-se que o conteúdo dos atos decisórios não chegou a ser examinado. Isso, porque se entendeu que tal exame já teria sido realizado previamente pelo Superior Tribunal de Justiça.

Colhe-se dos autos que a presente ação penal, cuja

investigação se iniciou perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em determinado momento, foi remetida para esta Corte em razão da existência de investigado com prerrogativa de foro.

Nesta ocasião, insta consignar, as decisões impugnadas já haviam sido proferidas em segundo grau.

Ocorre que, ao contrário do que foi decidido, não houve por parte desta Corte a análise da fundamentação das decisões que prorrogaram a medida de interceptação telefônica. Este Tribunal Superior limitou-se a apontar, de passagem, a medida de interceptação telefônica como suporte probatório para a decretação de outra medida cautelar, a de busca e apreensão. Assim, a toda evidência, não houve o exame da fundamentação das decisões e, por conseguinte, de sua legitimidade.

Não foi por outra razão que a Magistrada que conduzia o processo em primeiro grau, após apreciar as respostas à acusação apresentadas pelos denunciados, examinou-as e concluiu pela sua nulidade.

Aliás, essa foi a determinação desta Corte, que, ao apreciar embargos de declaração na ação penal originária n. 549, remeteu à instância de origem a solução de questões como a referente à legalidade das decisões que decretaram e prorrogaram a medida de interceptação telefônica. (...)

Em suma, a mera referência à legalidade da medida, com exclusiva intenção de justificar a imposição de outra medida cautelar em âmbito de competência originária não significa que tenha havido a sua validação por esta Corte.

Do contrário, haveria indevido cerceamento à defesa dos acusados, que, não obstante tenham suscitado essa questão perante esta Corte, naquele instante, não tiveram seus argumentos examinados, justamente por ter sido o processo encaminhado para a instância de origem.

Portanto, não houve o exame das decisões pelo Superior Tribunal de Justiça, visto que ausente a análise do conteúdo das decisões e sua compatibilidade com o disposto no art. 5º da Lei n. 9.296/1996.

Prosseguindo no julgamento, reafirmo, como já havia

destacado, que não houve o exame do conteúdo das decisões pela Corte de origem no julgamento do recurso de apelação, o que impede sua análise neste momento.

Assim, superado o entendimento externado no acórdão recorrido, cabe à Corte a quo prosseguir no julgamento do recurso de apelação. E, tendo em vista que o processo se iniciou há longa data, e no intuito de garantir, no possível, a sua duração razoável, estabeleço que o exame seja realizado pelo Tribunal de origem no prazo de 60 dias a contar da publicação deste acórdão.

(...) - julgado obtido no site do c. STJ.

08. O TRF3 então rejeitou a apelação no feito 0008967 81.2009.4.03.6181 – atinente a corrêus sem foro penal especial – e, em 10/2023, desproveu o recurso do MPF, restaurando a sentença que havia declarado nula a prova oriunda de interceptação telefônica quanto a parte dos réus – ver f. 1.030 e ss:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO TÊMIS. ARTS. 332 E 357 DO CP. NULIDADE DAS DECISÕES DE PRORROGAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DOS ARTS. 93, IX, DA CF, E 2 E 5, DA LEI 9.296/96. AUSÊNCIA DE PROVAS REMANESCENTES SUFICIENTES. TEORIA DA ÁRVORE ENVENENADA. AUSÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO PARA A DENÚNCIA. MANTIDA DECISÃO DE EXTINÇÃO. RECURSO DO MPF NÃO PROVIDO. APELAÇÕES PREJUDICADAS.

1. Inicialmente, deve ser consignado que, compulsando os autos, as provas preliminares que ensejaram a autorização de quebra das conversas telefônicas foram a delação premiada, fita de vídeo com imagens acerca de um encontro entre dois réus e o delator e documentos apreendidos na casa do delator relativos a movimentações financeiras e agendas com contatos telefônicos.

2. Verifica-se que, na primeira decisão que autorizou o início das interceptações, o Desembargador Federal justificou a quebra do sigilo a partir de provas preliminares indicativas de

possível prática de crimes de corrupção envolvendo um magistrado federal.

3. A autorização não foi fundada apenas na delação premiada, pois anteriormente foram verificados outros indícios da prática criminosa. Desta feita, é válida a primeira decisão de quebra do sigilo telefônico, porquanto, além de suficientemente fundamentada, havia outros elementos e não tão somente a delação premiada para a sua decretação.

4. Posteriormente, foram proferidas as decisões de prorrogações de interceptações telefônicas, todas com o mesmo padrão de fundamentação, ou seja, com determinação e abertura de vista ao Ministério Público Federal.

5. Não houve fundamentação suficiente das decisões de prorrogação e de novas quebras do sigilo telefônico, proferidas após a decisão que inicialmente autorizou as interceptações, em de setembro de 2006, por estarem desacompanhadas de elementos mínimos de convicção. Não há nas decisões a efetiva indicação da imprescindibilidade das medidas, sem qualquer ponderação dos motivos que justifiquem a manutenção e a autorização de novas interceptações.

6. O artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, determina que a interceptação das comunicações telefônicas somente é permitida por ordem judicial, enquanto que o artigo 93, IX, da Constituição Federal, determina que toda decisão judicial deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade.

7. Válido ressaltar que, ainda que o sigilo das conversas não seja absoluto, as interceptações telefônicas são medidas extremas e excepcionais, que acarretam invasão da privacidade e intimidade do cidadão quando determinadas sem motivação.

8. No presente caso não se verificam as hipóteses de decisão sucinta ou decisão *per relationem*, haja vista que não houve sequer remissão aos fundamentos utilizados pela autoridade policial, o Ministério Público Federal foi ouvido em todas as oportunidades após o deferimento das medidas, sem ter sido feito qualquer acréscimo de fundamentação pelo magistrado, que indicasse terem sido apreciados os pedidos e

verificada a necessidade da manutenção e de novas medidas.

9. Desta feita, o que se verifica é a **total ausência de fundamentação das decisões de prorrogação**, não estando observado requisito constitucional e essencial a qualquer decisão judicial.

10. Considerando que tal nulidade se deu ainda no início da fase investigativa, entende-se que contaminou as demais provas produzidas posteriormente, que são delas derivadas, conforme a teoria do fruto da árvore envenenada.

11. Desta feita, desconsideradas as provas obtidas após 27.10.2006, a denúncia carece de suporte probatório mínimo para o seu oferecimento, uma vez que lastreada em tais provas e em outras que delas decorreram, inexistindo provas suficientes da materialidade e indícios de autoria.

12. Com o reconhecimento da nulidade das provas, a consequência necessária a ser reconhecida é a extinção do processo, por ausência de justa causa para ação penal, não havendo que se adentrar ao mérito, porque as provas produzidas restaram culminadas pela nulidade, não se verificando *standard* probatório mínimo a sustentá-la.

13. Não provimento ao recurso do MPF. Manutenção da decisão que reconheceu a nulidade e decretou a extinção do feito. Recursos prejudicados.

09. O quanto decidido pelo c. STJ e pelo TRF3, enquanto base a espécie de efeito extensivo ou, conforme diz a defesa, fato novo, não tem como ser objeto de exame neste HC.

Das transcrições acima verifico que, em relação aos corréus, o Juízo de primeira instância declarou a ilicitude das provas obtidas por meio das interceptações telefônicas. Depois, ao prover apelo do Ministério Público Federal, o TRF3 reformou essa sentença.

O provimento do recurso partiu do pressuposto de que o STJ havia validado as interceptações telefônicas no julgamento da AP 549. Porém, como afirma a defesa, tal referendo não ocorreu, uma vez que a ação foi desmembrada, com remessa de cópia dos autos para primeira instância, a quem caberia julgar os corréus sem prerrogativa de foro, e para o TRF3, a

quem caberia julgar a paciente. O STJ, nessa ocasião, não decidiu sobre a legalidade das interceptações telefônicas realizadas pelo TRF3 no início das investigações.

Restou esclarecido que as interceptações de que trata a AP 549 foram determinadas pelo próprio STJ, na condução do Inquérito 547. Quanto às interceptações impugnadas neste *habeas corpus*, autorizadas e prorrogadas no TRF3 pelo Desembargador Baptista Pereira, não houve análise pelo STJ e, menos ainda, por esta Corte.

Ao analisar, pela vez primeira, as decisões do Desembargador que prorrogaram as interceptações telefônicas, o TRF3 concluiu pela sua nulidade, trancando a ação penal em relação aos corréus, com o reconhecimento da ausência de justa causa para o exercício da ação penal. Entendeu o Tribunal que a nulidade dos elementos iniciais contaminava todas as etapas subsequentes, por derivação.

Em que pese o acerto do parecer da PGR quanto à não vinculação desta Corte a decisões de instâncias inferiores, registro que a validade das provas é objeto deste *habeas corpus*. Por isso, é possível que o STF receba o acórdão do TRF3 como elemento de convicção - fato novo - para verificar se o raciocínio nele desenvolvido é consistente e se o mesmo resultado deve ser garantido à paciente.

Assim, em se tratando de demanda ajuizada para avaliar a validade de provas - matéria que pode ser aventada em qualquer fase processual e, até mesmo, ser declarada de ofício pelo julgador - entendo que é equivocada a alegação da PGR de que a defesa deve ajuizar outra ação para debater esse assunto.

Apesar da impossibilidade de produção de provas em *habeas corpus*, se, a partir dos elementos juntados pelo impetrante, ficar comprovada a ilegalidade do ato coator, deve-se resguardar os direitos violados com a concessão da ordem (GIACOMOLLI, Nereu J. Devido processo penal. 2014. p. 399).

Por isso, considerando que a decisão recorrida não mais se sustenta diante do fato superveniente provado pela defesa (absoluição dos corréus,

ante a ilicitude das provas), entendo que o indeferimento do *habeas corpus* deve ser reconsiderado. Assim, ao efetuar juízo de retratação, torno sem efeito a decisão agravada (eDOC 35) e passo ao exame do objeto deste *habeas corpus*, sob o prisma da alegação de nulidade da prova colhida no TRF3.

A respeito da disciplina legal das interceptações telefônicas, dispõe a Lei 9.296/96, em seu art. 5º:

Art. 5º **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.

Compulsando os autos, verifico que a primeira autorização judicial para a realização da quebra de sigilo telefônico dos investigados Lucio Bolonha Funaro, Luiz Roberto Pardo e Ricardo Magro, bem como do juiz inicialmente investigado, deu-se com observância da disciplina legal e em respeito aos princípios constitucionais incidentes (eDOC 13).

Não obstante, com o avançar das investigações, o MPF requereu a extensão das interceptações telefônicas a outros envolvidos, entre eles a paciente. Ao avaliar o pedido, o Relator proferiu **despacho lacônico, de punho próprio, ilegível na maior parte do texto**, em que autorizou a prorrogação da medida e admitiu a interceptação de outros ramais, sem apresentar as razões de fato e de direito que conduziam ao deferimento do pedido (eDOCs 14).

A defesa tem razão, portanto, em questionar essa decisão, que é nula por falta de fundamentação. Transcrevo trecho da petição do *habeas corpus*, pela clareza com que explica os vícios da investigação (eDOC 1, p. 6-8):

“A decisão, quase ilegível, é o manuscrito apostado do lado direito da imagem acima, onde, não sem algum esforço, se lê: ‘Defiro. Ciência ao M.P.F!’

Em 29 de novembro de 2006, também em relação à

paciente, prorrogando a interceptação de suas comunicações telefônicas:

Defiro, providenciando-se os ofícios, pois as razões iniciais persistem a continuidade das investigações. Ciência ao M.P.F. (doc. 15)

Para que não paire qualquer dúvida sobre a sequência dos atos que determinaram as interceptações, vejamos:

A primeira r. decisão que autorizou a prorrogação das interceptações telefônicas, e inclusão de novas linhas, datada de 27 de outubro de 2006, do quanto é possível compreender do ilegível manuscrito, resume-se a um:

Atenda-se (...) E.T. (...) (doc. 16).

Pasme, eminente Relator, nada mais do que isso!

Idem quanto à r. decisão seguinte, de 31 de outubro de 2006, prorrogando e autorizando a interceptação de novas linhas telefônicas:

Atenda-se. Ciência ao M.P.F (doc. 17).

Já em novembro de 2006, agora em relação ao e-mail do investigado Luis Roberto Pardo:

Defiro. Ciência ao M.P.F. (doc. 18).

Nesse ponto destaca-se novamente: a dita autorização para interceptação das comunicações telefônicas da paciente, proferida em novembro de 2006, a qual resume-se a:

Defiro. Ciência ao M.P.F! (doc. 14).

E, novamente, em 29 de novembro de 2006, a já citada decisão, também em relação à paciente, prorrogando a interceptação de suas comunicações telefônicas:

Defiro, providenciando-se os ofícios, pois as razões iniciais persistem a continuidade das investigações. Ciência ao M.P.F. (doc. 15).

Data máxima vênia, como fundamentar a prorrogação das interceptações telefônicas da ora paciente com base nas “razões iniciais”, presumindo-se serem essas as da primeira r. decisão que autorizou as interceptações telefônicas, se essas sequer tratavam da ora paciente, então sequer investigada?

Por fim, na última r. decisão de prorrogação proferida pelo eg. TRF da 3ª Região, vê-se decidido:

Defiro, dando-se ciência ao MPF (doc. 19).

É inequívoco que todas as referidas r. decisões proferidas pelo em. Des. Fed. Baptista Pereira do TRF-3 são nulas, porque totalmente desprovidas de qualquer fundamentação. “Atenda-se”, “Defiro”, nem um porquê, nem uma linha a mais!

Ao decidir o RE 625.263/PR, da minha relatoria, redator do acórdão o eminente Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 6.6.2022 (tema 661 da repercussão geral), esta Corte assentou que *“a interceptação telefônica, prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei 9.296/96, dependerá de ordem judicial (cláusula de reserva jurisdicional) e deverá ser expedida pelo juiz competente para a ação principal, em decisão devidamente fundamentada que demonstre a sua conveniência e a indispensabilidade desse meio de prova”*.

No mesmo sentido, reporto-me a outro precedente do Tribunal, que exigiu a apresentação de fundamentos consistentes não apenas autorizar, como também para prorrogar interceptações telefônicas:

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – NECESSIDADE DE A DECISÃO QUE A AUTORIZA POSSUIR FUNDAMENTAÇÃO JURIDICAMENTE IDÔNEA, SOB PENA DE NULIDADE – IMPRESTABILIDADE DO ATO DECISÓRIO QUE, DESPROVIDO DE BASE EMPÍRICA

IDÔNEA, RESUME-SE A FÓRMULAS ESTEREOTIPADAS CONSUBSTANCIADAS EM TEXTOS PADRONIZADOS REVESTIDOS DE CONTEÚDO GENÉRICO – AUSÊNCIA DE EFICÁCIA PROBANTE DAS INFORMAÇÕES RESULTANTES DE PRORROGAÇÕES DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADAS POR DECISÃO DESTITUÍDA DE FUNDAMENTAÇÃO SUBSTANCIAL – PRECEDENTES – A QUESTÃO DA ILICITUDE DA PROVA: TEMA IMPREGNADO DE ALTO RELEVO CONSTITUCIONAL – DIREITO FUNDAMENTAL DE QUALQUER PESSOA DE NÃO SER INVESTIGADA, ACUSADA, PROCESSADA OU CONDENADA COM BASE EM PROVAS ILÍCITAS (HC 93.050/RJ, REL. MIN. CELSO DE MELLO – RHC 90.376/RJ, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.) – INADMISSIBILIDADE DA SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER – DISCUSSÃO EM TORNO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”) – DOCTRINA – PRECEDENTES – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (HC 129646 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 07-10-2020)

As decisões impugnadas não são apenas sucintas ou objetivas; são ilegais, por total ausência de fundamentação. **Em relação à paciente**, elas não se valeram nem mesmo da técnica *per relationem*, em que as razões apresentadas pelo requerente, ou pelo MP, são reproduzidas pelo juiz e passam a integrar o corpo da própria decisão judicial. **No caso dos autos, sem fazer referência a nenhum elemento que demonstrasse a relação da paciente com os demais investigados, o Desembargador autorizou a interceptação das linhas telefônicas dela com um simples “defiro” ou**

“atenda-se”.

É caso, portanto, de constrangimento ilegal, a justificar a declaração de ilicitude da prova, **em linha com a decisão do TRF3 que trancou a ação penal ajuizada contra os corréus**. Aliás, caso fosse mantida a condenação da paciente, mesmo diante desse fato novo, seria rompida a coerência do sistema de Justiça, algo inadmissível no Estado Democrático de Direito. Afinal, não é possível que uma mesma prova seja lícita para a paciente, mas inválida para os corréus, pelo simples fato de terem sido processados em instâncias diversas. **O direito não comporta esse tipo de solução anti-isonômica.**

Diante do exposto, com base no art. 317, §2º, do RISTF, reconsidero a decisão agravada (eDOC 35) e **concedo a ordem** para declarar a ilicitude das provas produzidas a partir da interceptação **das linhas telefônicas da paciente, bem como das provas delas derivadas, nos termos do art. 157, §1º, do CPP.**

Por fim, considerando que as provas que ampararam o oferecimento de denúncia são ilícitas e, portanto, inadmissíveis no processo, **determino o trancamento da ação penal** ajuizada contra a paciente, por ausência de justa causa, nos termos do art. 395, inciso III, do CPP.

Oficie-se ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Intime-se a PGR.

Publique-se.

Brasília, 28 de março de 2024.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente