

28/06/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 129.706 PARANÁ

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : RUBENS CATENACCI
IMPTE.(S) : RODRIGO DE OLIVEIRA KAUFMANN E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus. Penal. Processo penal. 2. Não tendo sido a questão objeto de exame definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça ou inexistindo prévia manifestação das demais instâncias inferiores, a apreciação do pedido da defesa implica supressão de instância, o que não é admitido. *Habeas corpus* que não pode ser conhecido. 3. Concessão da ordem de ofício, em caso de manifesto constrangimento ilegal. Possibilidade. Inocorrência da hipótese no caso concreto. 4. Por mais caras que as prerrogativas da defesa e do advogado sejam ao sistema de garantias, de sua violação não decorre a automática absolvição do imputado. A violação judicial das prerrogativas da defesa e dos advogados por ela responsáveis produz consequências processuais de três ordens. Em primeiro lugar, é fundamento para a cassação ou invalidação do ato judicial. Em segundo lugar, a relação com o ato atentatório é fundamento para a invalidação dos atos processuais subsequentes a ele relacionados. Em terceiro lugar, se a violação apontar para a parcialidade do julgador, haverá fundamento para a recusa do magistrado. 5. Cassação ou invalidação do ato judicial – interceptação de telefone de advogado de réu em ação penal. Destruição da prova determinada em primeira instância, atendendo a pedido da defesa. Não há nulidade a ser decretada, visto que o ato já foi tornado ineficaz. 6. Invalidação dos atos subsequentes. O regime de invalidação de atos processuais subsequentes é regrado pela legislação. Conforme art. 573, §1º, do CPP, a nulidade de um ato atinge aos atos que “*dele diretamente dependam*” e os que dele “*sejam consequência*”. Os atos subsequentes não são atos que violam às prerrogativas da defesa ou dos advogados, mas que dependem e são consequência do ato violador. Logo, quanto a eles, as

HC 129706 / PR

garantias defensivas e advocatícias não estão em jogo. Sendo assim, a importância dessas garantias não dispensa a demonstração do nexo entre o ato violador e o ato contaminado. No caso em julgamento não há, ao menos aparentemente, atos ligados à interceptação. Nada de relevante foi revelado na diligência. No momento da interceptação, não foram praticados atos de instrução. A contaminação não alcança outras provas. Invalidação dos atos subsequentes por prejuízo à defesa. Advogado interceptado que “*prestava serviços eventuais ao paciente*”. Intimidação da defesa. Dever do advogado de “*atuar com destemor*” – art. 2º, parágrafo único, II, do Código de Ética. Uso abundante dos recursos e os meios de impugnação, arrostando o que julgaram ser violação a prerrogativas advocatícias com exceção de suspeição e representações buscando a responsabilização do julgador no Conselho Nacional de Justiça. Ausência de indicativo de que a defesa tenha se deixado intimidar. 7. Fundamento para recusa do magistrado. Contexto que leva a crer que a interceptação decorreu de uma suspeita infundada de participação em atividade criminosa pelo titular do terminal telefônico, sem que a qualidade de advogado tenha sido percebida. 8. Interceptação telefônica. Identificação dos investigados. A Lei 9.296/96 exige a identificação o mais precisa o possível dos investigados – art. 2º, parágrafo único. Esse dispositivo não vem sendo interpretado como uma exigência de que, previamente à interceptação, sejam quebrados os dados cadastrais de todos os terminais interceptados. 9. *Habeas corpus* não conhecido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, não conhecer do pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 28 de junho de 2016.

HC 129706 / PR

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

28/06/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 129.706 PARANÁ

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : RUBENS CATENACCI
IMPTE.(S) : RODRIGO DE OLIVEIRA KAUFMANN E
OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Os advogados Rodrigo de Oliveira Kaufmann, Rudy Maia Ferraz, Fabio Monteiro Ferreira, Tarso Gonçalves Vieira e Denis Peixoto Ferrão Filho impetraram *habeas corpus* em favor de Rubens Catenacci, contra o ato da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, no *Habeas Corpus* 92.606, julgado em 8.4.2008, relatora ministra Jane Silva, denegou a ordem.

Narraram que o paciente respondeu à Ação Penal 2003.70.00.039532-0, perante a 2ª Vara Federal de Curitiba/PR. Em interrogatório realizado em 13.7.2006, o paciente constituiu, na ata de audiência, o advogado JOSÉ CARLOS DA COSTA PEREIRA, como seu procurador. Posteriormente, o causídico foi formalmente substabelecido para atuar na defesa. Em petições lançadas nos autos, o advogado teria feito constar seu telefone. Em 18.05.2007, foi determinada a interceptação de seu telefone móvel, 45 99124500 nos autos da Representação Criminal 2006.70.00.018489-9, pelo juiz federal responsável. Ao tomar conhecimento da medida, requereu o desentranhamento das gravações de seu telefone e renunciou ao mandato.

Os impetrantes sustentaram que a interceptação do advogado torna o processo nulo, por violação ao direito de defesa e às prerrogativas do advogado. Acrescentaram que a decisão de interceptação é nula, por falta de fundamentação. Alegaram que a titularidade do terminal deveria ter sido verificada antes da interceptação.

Pediram provimento judicial que decretasse a nulidade da ação penal, a partir de 18.5.2007.

HC 129706 / PR

Em parecer do Subprocurador-Geral da República, Edson Oliveira de Almeida, o Ministério Público pugnou pelo não conhecimento do *writ*, ou pela denegação da ordem.

Neguei seguimento ao *habeas corpus*. Interposto agravo regimental, reconsiderarei a decisão agravada.

É o relatório.

28/06/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 129.706 PARANÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Há obstáculos ao conhecimento do presente *habeas corpus*.

A decisão mais recente desta Segunda Turma foi no sentido de que o *habeas corpus* não é cabível para discutir a suspeição de magistrado – RHC 131.544, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado 24.6.2016. Daquela feita, tratava-se de recurso ordinário contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu da ação. Ainda assim, em ambas as instâncias, analisou-se o mérito da impetração. A questão do cabimento da ação restou diluída, pelo avanço na análise do mérito.

Há precedente anterior, oriundo da mesma ação penal que este caso, em que o *habeas corpus* foi conhecido – HC 95.518, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 28.5.2013.

Daquela feita, defendi que a parcialidade do julgador, em desfavor da defesa, ameaça a liberdade de locomoção do acusado. Tendo isso em vista, desde que não demanda mais do que a análise das provas documentadas no processo, a alegação pode ser veiculada na ação de *habeas corpus*.

Mantenho esse entendimento e, forte nele, prossigo na análise da presente ação.

O segundo obstáculo ao conhecimento da ação é a existência de análise pela instância anterior. O Procuradoria-Geral da República ressaltou que a questão não fora decidida no STJ, sob os fundamentos aqui levantados.

O ato apontado como coator é a decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem, no *Habeas Corpus* 92.606, julgado em 8.4.2008, rel. desembargadora convocada Jane Silva.

Contra essa decisão, a defesa do paciente impetrou no STF o já mencionado *Habeas Corpus* 95.518, que foi julgado improcedente.

Ou seja, é o segundo *habeas corpus* contra o mesmo ato coator.

HC 129706 / PR

De acordo a petição inicial do presente *writ*, o enfoque aqui é diverso da impetração anterior. Naquele caso, era defendida a suspeição do magistrado e a consequente nulidade dos atos decisórios por ele praticados. No presente, a tese seria de que a violação das prerrogativas advocatícias contamina a ação penal, a partir de sua prática.

Sob esse aspecto, registro que a jurisprudência do STF não admite a reiteração de *habeas corpus* contra o mesmo ato, ainda que com novos fundamentos – RHC 128.356 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 25.8.2015.

Vislumbro exagero em atribuir tamanha eficácia preclusiva ao *habeas corpus*, tendo em vista as peculiares características dessa ação, destinada à garantia da liberdade. Tenho por cabível a impetração de múltiplos *habeas corpus* contra o mesmo ato, desde que fundados em causas de pedir diversas.

Ainda assim, esta ação em particular não seria conhecida por outro fundamento.

A tese trazida na presente impetração não foi apreciada no Tribunal Regional ou Corte Superior. No STJ, o *habeas corpus* foi impetrado contra a decisão do Tribunal Regional que não acolheu exceção de suspeição. Ou seja, aquela ação versa a parcialidade do magistrado, supostamente demonstrada por decisões contrárias aos interesses da defesa – alegadamente ofensivas a direitos do implicado e a prerrogativas advocatícias. A nulidade seria consequência da suspeição do magistrado.

O principal fundamento de fato deste *habeas corpus* – interceptação do telefone de advogado do paciente – não foi devidamente apreciado naquela Corte. A única menção ao fato consta do voto vista do Min. Nilson Naves, o qual se mostrou preocupado com a alegação de que "*a autoridade coatora determinou o monitoramento telefônico de advogado que prestava serviços eventuais ao paciente*". No entanto, ainda assim, não conheceu diretamente da ação, ao argumento de que, no TRF, à tese "*não se dedicou palavra alguma*". Propôs o retorno da matéria à Corte Regional, para que o ponto fosse apreciado. Ficou, no entanto, vencido. Os demais votos nada disseram sobre o ponto. Não foram manejados embargos de

HC 129706 / PR

declaração buscando a análise da tese.

Conforme jurisprudência consolidada desta Corte, não tendo sido a questão objeto de exame definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça ou inexistindo prévia manifestação das demais instâncias inferiores, a apreciação do pedido da defesa implica supressão de instância, o que não é admitido. Nesse sentido: HC 103.282/PA, Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28.8.2013 e HC 114.867/RJ, Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 14.8.2013.

Logo, porque não houve decisão sobre a matéria na instância de origem, o presente *habeas corpus* não merece trânsito.

Ainda assim, a ordem de *habeas corpus* pode ser concedido mesmo de ofício – art. 654, §2º, do CPP. Não veria eu dificuldade em conceder a ordem, se vislumbrasse manifesto constrangimento ilegal.

A tese defensiva é de que a violação a prerrogativas advocatícias – notadamente, a interceptação do telefone de um dos advogados do réu – causou nulidade absoluta na ação penal.

Há um exagero na proposição dos impetrantes. Por mais caras que as prerrogativas da defesa e do advogado sejam ao sistema de garantias, de sua violação não decorre a automática absolvição do imputado. A viola cria consequências de outra ordem, que devem ser criteriosamente sanadas, para não impedir o curso do julgamento.

Imagine-se, por exemplo, que, logo antes do julgamento de uma apelação da defesa, o Tribunal mande prender o patrono do apelante, com o único intuito de evitar a sustentação oral. Esse ato repercutiria em vários níveis de consequência. A prisão seria ilegal, devendo ser imediatamente revogada. O julgamento em si e os atos processuais dele consequentes, seriam nulos, pelo prejuízo à defesa. E a parcialidade do magistrado que emitiu semelhante ordem poderia ser, com ótimas razões, contestada, levando a seu afastamento do prosseguimento da causa.

Mas, mesmo de um ato tão gravemente arbitrário, não se extrairia o automático provimento da apelação defensiva. Superadas as ilegalidades, a apelação deveria retornar a julgamento.

De tudo isso se extrai que a violação judicial das prerrogativas da

HC 129706 / PR

defesa e dos advogados por ela responsáveis produz consequências processuais de três ordens. Em primeiro lugar, é fundamento para a cassação ou invalidação do ato judicial. Em segundo lugar, a relação com o ato atentatório é fundamento para a invalidação dos atos processuais subsequentes a ele relacionados. Em terceiro lugar, se a violação apontar para a parcialidade do julgador, haverá fundamento para a recusa do magistrado.

No presente caso, a interceptação do telefone 45 9912 4500 foi determinada nos autos do procedimento 2006.70.00.018489-9, atendendo à representação da delegada da Polícia Federal Erika Mialik Marena, que pugnou pelo quebra de sigilo de dados e interceptação do terminal (eDOC 4, 200). A representação informa que o paciente estava hospedado no Hotel Indaiá, em Campo Grande/MS, onde recebeu ligação do número 41 9162 2314. Em seguida, ligou para o número 45 9912 4500.

A representação foi acolhida em 18.5.2007. Em despacho, o magistrado esclareceu que o telefonema recebido pelo paciente seria oriundo de ex-empregado de uma de suas empresas, o qual teria sido preso naquela data (eDOC 3, 30). A instrução do presente *habeas corpus* é deficiente, na medida em que várias peças do procedimento não foram trasladadas. Ainda assim, o que se infere é que a interceptação buscou investigar coação no curso do processo, sofrida pelo corréu José Aparecido Pinheiro, também ex-empregado do paciente, o qual estaria disposto a colaborar com a acusação.

Em 6.6.2007, antes do final do período de quinze dias da autorização, o magistrado acolheu nova representação, para determinar a interrupção da interceptação telefônica (eDOC 4, p. 202).

Revelou-se que o telefone interceptado pertencia a José Carlos da Costa Pereira, que atuava na defesa do paciente e de outros acusados.

Em 5.11.2007, o magistrado atendeu pedido do paciente e determinou o desentranhamento e inutilização da prova. Fez constar que da diligência não resultou material útil e que não percebera que o telefone era de advogado que atuava no processo.

Tendo em vista esse contexto, a primeira consequência da violação à

HC 129706 / PR

prerrogativa profissional – cassação ou invalidação do ato judicial – está fora de cogitação neste caso. O resultado da interceptação foi desentranhado e destruído, após a defesa informar que o terminal interceptado era de patrono do acusado.

Não há nulidade a ser decretada, visto que o ato já foi tornado ineficaz.

A segunda consequência – invalidação dos atos subsequentes – é o foco da presente ação penal. A impetração afirma que a importância das prerrogativas advocatícias levaria a uma nulidade absoluta dos atos processuais a ela subsequentes.

Essa tese não é exata. O regime de invalidação de atos processuais subsequentes é regrado pela legislação. Conforme art. 573, § 1º, do CPP, a nulidade de um ato atinge aos atos que “*dele diretamente dependam*” e os que dele “*sejam consequência*”.

Os atos subsequentes não são atos que violam as prerrogativas da defesa ou dos advogados, mas sim atos que dependem e são consequência do ato violador. Sua invalidade decorre com o nexo do ato violador de prerrogativas, não da violação ela mesma. Logo, quanto a eles, as garantias defensivas e advocatícias não estão em jogo.

Sendo assim, a importância dessas garantias não dispensa a demonstração do nexo entre o ato violador e o ato contaminado.

Essa parece ter sido a percepção do Min. Teori Zavascki, no julgamento do primeiro *habeas corpus* (HC 95.518). Ao denegar a ordem, ressaltou Sua Excelência que os atos objeto da irresignação dos impetrantes não se destinavam à instrução do processo, mas à efetivação de ordens de prisão, pelo que não haveria uma automática contaminação dos atos processuais propriamente ditos. Essa argumentação foi seguida pelo Min. Ricardo Lewandowski.

Em muitos casos, os atos processuais subsequentes terão evidente nexo com a violação de garantias. No exemplo da prisão do advogado para impedir a sustentação oral, o nexo entre o julgamento contrário aos interesses da defesa e a prisão do causídico seria intuído. Em outros casos, no entanto, a ligação não será tão patente, dependendo de

HC 129706 / PR

demonstração.

No caso em julgamento não há, ao menos aparentemente, atos ligados à interceptação. Como já dito, o resultado da interceptação foi desentranhado em seguida. A petição que requereu o desentranhamento menciona relatório da autoridade policial, a qual teria afirmado que nada de relevante foi revelado na diligência.

Tampouco, há nada de concreto indicando que a interceptação tenha revelado matéria reservada de interesse da defesa. A instrução deficiente do *habeas corpus* não permite saber se a defesa teve acesso ao material interceptado, antes de sua destruição. Mesmo que o acesso não tenha ocorrido, o patrono do paciente deve saber o que foi falado a partir de seu terminal. Mas a defesa não produziu nenhuma alegação concreta de que informação útil à acusação tenha sido tratada pela linha. Apenas agora, após anos do encerramento da instrução e condenação pelas instâncias ordinárias, essa tese é veiculada, em *habeas corpus* impetrado sem procuração, por advogados que não atuaram na causa.

Mesmo na atual oportunidade, a alegação de que matéria de interesse da defesa possa ter sido tratada não se reveste da necessária concretude.

De qualquer forma, inexistente a informação de que no curso da interceptação foram praticados atos de instrução. Nesse período o paciente já fora interrogado – na época, o interrogatório abria a instrução –, do que deduzo que sua estratégia defensiva já fora, em sua essência, revelada.

Assim, a contaminação não alcança outras provas.

Restaria a possibilidade da interceptação ter causado prejuízo à defesa. Mas disso tampouco se tem demonstração.

Como afirmado na petição inicial do HC 95.518, impetrada pelos advogados Cezar Bitencourt e Andrei Zenkner Schmidt, o advogado José Carlos da Costa Pereira “prestava serviços eventuais ao paciente”. A eventualidade da atuação do causídico José Carlos está de acordo com o que se extrai dos autos.

Bitencourt e Zenkner Schmidt eram, desde o início, advogados

HC 129706 / PR

constituídos de Catenacci (eDOC 4, p. 101). Trata-se de criminalistas de renome, com destacada atuação, em particular na área do direito penal econômico.

Os advogados em questão mantinham escritório em Porto Alegre/RS. A causa corria, em primeira instância, em Curitiba/PR, mas os recursos eram julgados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, localizado na capital gaúcha.

Já o advogado interceptado atua na região oeste do Paraná – conforme seus impressos, tem escritórios em Foz do Iguaçu e Guaíra. Ou seja, estava afastado dos foros em que a causa corria.

Do que foi trasladado a estes autos, verifica-se que as peças processuais envolvendo questões de maior indagação foram assinadas pelos advogados Bitencourt e Zenkner Schmidt.

De tudo se extrai que o advogado interceptado não era figura central na defesa.

Os impetrantes prosseguem, afirmando que a interceptação teria causado prejuízo à defesa técnica. O advogado interceptado renunciou ao mandato e afastou-se da causa. Além disso, nas palavras dos impetrantes, o advogado que percebe que colega sofre tal constrangimento *“passa a se conduzir, não pela estratégia do caso, mas pelo temor de ficar exposto ou sofrer violência processual”*.

A renúncia é um ato pessoal do advogado, que merece respeito e está além de qualquer discussão. Mas a renúncia do advogado interceptado não significa que a defesa técnica tenha-se tornado faltosa ou falha. Ainda que a perda do profissional deva ter sido sentida, o fato é que a defesa teria, de uma forma ou de outra, de se reorganizar, na medida em que as supostas violações às prerrogativas dos defensores não impediam o processo de seguir. E, em nenhum momento, o paciente ficou desassistido. Os demais profissionais que o representavam seguiram atuando.

No que se refere à intimidação da defesa, tenho que esta impetração parte de avaliação equivocada da advocacia em geral e dos advogados da causa em particular.

HC 129706 / PR

“Atuar com destemor” é um dever profissional do advogado, conforme art. 2º, parágrafo único, II, do Código de Ética.

E, no caso concreto, não se vislumbra qualquer indicativo de submissão dos patronos.

Os advogados Bitencourt e Zenkner Schmidt seguiram patrocinando a causa, combatendo de forma bem articulada os atos contrários aos interesses de seu patrocinado.

Não parece que o incidente tenha amedrontado os causídicos. Eles usaram com abundância os recursos e os meios de impugnação, arrostando o que julgaram ser violação a prerrogativas advocatícias com exceção de suspeição e representações buscando a responsabilização do julgador no Conselho Nacional de Justiça.

Em suma, não há nenhum indicativo de que a defesa tenha-se deixado intimidar.

E, ao que se percebe das informações processuais, ainda hoje os profissionais mencionados seguem no patrocínio da causa, mesmo após a condenação. A causa está atualmente aguardando julgamento de recurso especial – REsp 1.215.507. Os advogados Bitencourt e Zenkner Schmidt seguem cadastrados como patronos do recorrente.

O paciente é, também ele, advogado, do que retiro esteja em posição privilegiada para exercer seu direito de escolha de seus defensores técnicos, avaliando sua atuação. E optou por manter os advogados que acompanham a causa desde o início, ao menos até a fase dos recursos extraordinários.

Dessa forma, o transtorno à defesa parece ter sido enfrentado com altivez, sem que a defesa tivesse restado deficiente.

Sob esse aspecto, ressalto que a tese da intimidação eficaz à defesa não fora trazida a esta Corte até então. Está sendo veiculada pela primeira vez, apenas após o esgotamento das instâncias ordinárias, por advogados que não atuaram na ação penal e impetram este *habeas corpus* no exercício da legitimidade popular.

Ou seja, não se vislumbram nem atos vinculados ao ato inicial, nem deficiência na defesa, ocasionados pela violação da prerrogativa dos

HC 129706 / PR

defensores.

Reitero que, por mais caras que sejam as prerrogativas advocatícias ao sistema, a consequência de sua violação não é o fim do processo favorável ao patrocinado.

Logo, se o ato foi tornado sem efeito, e não há outros atos dele dependentes, não há razão para invalidar a ação penal.

Resta a terceira consequência da violação das prerrogativas da defesa – fundamentar a recusa do magistrado.

Esse aspecto foi avaliado no *habeas corpus* anterior. Ainda assim, a questão da interceptação do telefone do advogado não foi aprofundada, pelo que cabem considerações adicionais.

E uma análise do contexto leva a crer que a interceptação decorreu de uma suspeita infundada de participação em atividade criminosa pelo titular do terminal telefônico, sem que a qualidade de advogado tenha sido percebida.

Não se sustenta a tese de que a representação teria requerido apenas a quebra de sigilo de dados do terminal telefônico, como preparação a uma eventual interceptação subsequente. O que se verifica das cópias trazidas é que a interceptação atendeu à representação da delegada de Polícia Federal Erika Mialik Marena, que pugnou tanto pela quebra de sigilo de dados cadastrais quanto pela interceptação do terminal 45 99124500. Não houve qualquer consideração acerca da ordem das diligências (eDOC 4, 200).

Tampouco, se sustenta a tese de que haveria uma obrigação clara de identificar o usuário do terminal telefônico antes de determinar a medida. A Lei 9.296/96 exige a identificação o mais precisa possível dos investigados – art. 2º, parágrafo único – mas admite sua omissão, em caso de impossibilidade manifesta e justificada.

Esse dispositivo não vem sendo interpretado como uma exigência de que, previamente à interceptação, sejam quebrados os dados cadastrais de todos os terminais interceptados. Não se localiza, na jurisprudência do STF ou do STJ, precedente no sentido de exigir a quebra do sigilo dos dados do terminal anterior à interceptação.

HC 129706 / PR

No caso concreto, os impetrantes trouxeram aos autos apenas a representação e o despacho que a atendeu, pelo que é difícil compreender com precisão o contexto probatório do procedimento que levou à interceptação.

Das cópias trazidas, no entanto, é possível perceber que os investigados originais estavam devidamente identificados. Eram eles Rubens Catenacci, o paciente, e o terceiro Edmur Douglas Antunes Olgado. Conforme constou da decisão judicial, Edmur seria suspeito de ser o autor material de crime de coação curso do processo contra corréu na ação penal movida contra o paciente. Catenacci, o mandante do crime. Na data do fato, Catenacci teria ligado para o Edmur e, logo em seguida, para o telefone interceptado (eDOC 3, 30).

O objetivo da interceptação, declarado na decisão judicial, foi justamente identificar e monitorar o terceiro, possivelmente envolvido no fato.

Além de tudo, havia a suspeita de que o paciente tentara obstruir a investigação, acobertando a ligação. A chamada ao telefone do advogado foi realizada a partir do ramal do quarto de hotel no qual o paciente estava hospedado. A administração do hotel teria sido contatada pela Polícia Federal para fornecer a lista de ligações originadas do quarto. No entanto, em um primeiro momento, deixou de informar a chamada em questão. Apenas em segundo contato o extrato com a ligação foi fornecido. Suspeitava-se que a informação fora sonegada por influência de Catenacci sobre a administração do hotel (eDOC 4, p. 170).

Ou seja, havia elementos de prova apontando para uma renitente obstrução da justiça.

Não se pode olvidar que a interceptação telefônica só colhe as conversas ocorridas em seu curso. As conversas anteriores não são armazenadas pelas companhias telefônicas, ficando simplesmente perdidas. Logo, um procedimento de identificação prévia poderia levar à perda de informações essenciais à investigação.

De tudo se retira que a quebra de sigilo de dados, prévia à interceptação propriamente dita, não era uma medida obrigatória neste

HC 129706 / PR

contexto, ao menos não claramente.

Sob esse aspecto, o que os impetrantes afirmam representar uma deliberada tentativa de prejudicar a defesa é, na verdade, a adoção do procedimento usual e compatível com a lei.

Convém reiterar que, tendo em vista que a prova foi excluída, a verificação dos seus requisitos de validade é relevante apenas para demonstrar eventual parcialidade do julgador.

Indo além, a tese de que o magistrado sabia, ou deveria saber, que o telefone era do advogado do paciente, não é suficientemente confortada pelo contexto.

A interceptação foi determinada pelo magistrado atendendo representação policial. Ou seja, não foi o julgador quem selecionou o telefone como alvo da investigação.

É certo que o telefone existia nos autos da ação penal, no rodapé de petições assinadas pelo causídico. Ainda assim, isso não indica que o magistrado tenha tomado conhecimento do dado.

Em primeiro lugar, porque os autos da investigação e da ação penal não estavam apensados. A investigação corria em sigilo, ao passo que a ação penal estava em instrução.

Em segundo lugar, porque não se espera do magistrado a retenção de informações constantes das margens das folhas dos autos, sem aparente relação com a causa em análise.

Em terceiro lugar, porque os elementos levam a crer que o magistrado efetivamente não associava o advogado interceptado à defesa do paciente Rubens Catenacci. Ao atender o pedido de exclusão da prova, o julgador fundamentou a decisão em potencial violação à defesa de outros réus patrocinados por tal advogado. Consignou não haver violação do “*sigilo cliente-advogado, pois o referido advogado não era defensor de Rubens Catenacci*” (eDOC 4, p. 206). A fundamentação é equivocada nesse ponto, na medida em que o presente *habeas corpus* demonstra que o advogado tinha procuração para a defesa de Catenacci. Mas isso é compatível com a afirmação, feita pela própria defesa no *habeas corpus* anterior, de que o causídico “*prestava serviços eventuais*” ao acusado.

HC 129706 / PR

Em suma, os elementos convergem para indicar que o magistrado não buscou violar direitos da defesa. Tampouco, revelam uma violação de prerrogativas advocatícias decorrentes de desídia do julgador. A atuação, no ponto, não parece ter fugido da conduta que se espera de um magistrado imparcial.

Assim, não há evidente violação a direitos do paciente.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

28/06/2016**SEGUNDA TURMA****HABEAS CORPUS 129.706 PARANÁ****VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Presidente, cumprimento e louvo o trabalho realizado pelo eminente advogado, mas estou acompanhando Vossa Excelência. Vossa Excelência deixou bem claro, inclusive, que houve a destruição dos áudios dessas gravações, e não logrou a impetração demonstrar algum nexo de causalidade das outras provas colhidas com esses áudios. De tal sorte que não houve prejuízo à defesa ou ao paciente. Por isso, mesmo não conhecendo do pedido, Vossa Excelência enfrentou o tema de fundo. Verifica-se, também, que não haveria no caso hipótese de teratologia para se conceder a ordem de ofício. Acompanho Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - O tema, sem dúvida, é extremamente relevante e exige cautela. O Doutor Rodrigo Kaufmann trouxe aspectos relevantes que nós temos de considerar, inclusive em outras oportunidades. Já tivemos discussões aqui, isso foi até referido por Sua Excelência da tribuna, mas me pareceu que o caso tem um contexto fático muito específico.

28/06/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 129.706 PARANÁ

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, como Vossa Excelência afirma e foi realçado pelo advogado, este é um caso muito sensível mesmo. O Doutor Rodrigo Kaufmann alerta para a circunstância de ser relativo ao direito de defesa e ao direito, portanto, do advogado. Entretanto, como Vossa Excelência contextualiza, as peculiaridades e, principalmente, a ausência de ter o magistrado sequer se valido destes dados levam-me a acompanhar Vossa Excelência no sentido de não conhecer.

28/06/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 129.706 PARANÁ

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: As razões **invocadas** por Vossa Excelência, *Senhor Relator*, **impõem o não conhecimento da presente** ação de “*habeas corpus*”, **não obstante** os doutos fundamentos **deduzidos** pelo ilustre Advogado impetrante.

É o meu voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 129.706

PROCED. : PARANÁ

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : RUBENS CATENACCI

IMPTE.(S) : RODRIGO DE OLIVEIRA KAUFMANN E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, não conheceu da ação de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Rodrigo de Oliveira Kaufmann. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Teori Zavascki. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 28.6.2016.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Teori Zavascki.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira
Secretária