

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por RAFAEL GONÇALVES FORTES contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, proferido à unanimidade no julgamento da Apelação Criminal 1.663.358-4 (número único 0012600-71.2015.8.16.0013), assim ementado (fl. 29):

“APELAÇÃO CRIMINAL - DIREITO PENAL MILITAR - TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA DE EFEITO SIMILAR (ART. 290, § 1º, II DO CPM) - APELO DEFENSIVO OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO DO RÉU POR AUSÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO - TESE DEFENSIVA QUE NÃO ENCONTRA GUARIDA NOS AUTOS - MATERIALIDADE E AUTORIA A CONTEÚTO DEMONSTRADAS – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE - READEQUAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA INVIABILIDADE PROPORCIONALIDADE E SIMETRIA COM A PENA CORPORAL - RECURSO DESPROVIDO”.

Consta que, nos autos da ação penal militar nº 0012600-71.2015.8.16.0013, o Conselho Permanente da Justiça Militar Estadual do Juízo de primeiro grau - Vara da Auditoria da Justiça Militar Estadual do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba/PR -, julgou procedente a denúncia e condenou o ora recorrente pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, previsto no art. 290, § 1º, II, do Código Penal Militar. Segundo consta, foi fixada a pena de 3 (três) anos de reclusão, a qual fora convertida em 2 (duas) penas restritivas de direito, consistentes **(a)** na prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários-mínimos, em favor de entidade pública e privada; e **(b)** na prestação de serviços à comunidade à razão de uma hora de trabalho por dia de condenação.

No apelo extremo, interposto com amparo no art. 102, III, alínea “a” da Constituição Federal, o recorrente defende a existência da repercussão geral e do prequestionamento da matéria constitucional suscitada, e sustenta que o acórdão recorrido violou o art. 5º, incisos XII e LVI, da CF/88, uma vez que o Tribunal de origem “ *proferiu um decreto condenatório sem observância do princípio constitucional da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das*

comunicações telefônicas admitindo no processo as provas obtidas por meio ilícito". Por fim, pede que o recurso seja conhecido e provido para modificar o acórdão recorrido (fls. 45/56).

Em contrarrazões, o Ministério Público do Estado do Paraná argumentou que o recurso não poderia ser conhecido por não preencher os pressupostos de admissibilidade. Nesse sentido, afirmou não ter havido a apresentação expressa e fundamentada da preliminar formal de repercussão geral, bem como incidir o óbice da Súmula 282/STF, decorrente da inexistência de prequestionamento das questões constitucionais invocadas, e da Súmula 279/STF, por não ser possível, nesta sede recursal, o reexame do suporte probatório. Por fim, alegou que *" constatado inexistir preliminar formal (e minimamente fundamentada) acerca da repercussão geral, fica obstada qualquer análise de mérito do recurso extraordinário"* (fls. 67/71).

A 1ª Vice-Presidência do Tribunal *a quo* admitiu o apelo extremo ponderando que *" acerca da matéria combatida no extraordinário e objeto de deliberação no acórdão impugnado, verifica-se inexistir na Corte Suprema jurisprudência apta a dirimir a controvérsia"* (fls. 73/75).

O Plenário desta CORTE, por maioria, reputou constitucional a questão suscitada e reconheceu a existência de sua repercussão geral, em julgamento assim ementado (fls. 100/105):

"DADOS – PACOTE – ENVIO – ABERTURA – SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – PROVA – LICITUDE DECLARADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ARTIGO 5º, INCISO XXII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral controvérsia alusiva à admissibilidade, no âmbito do processo penal, de prova obtida por meio de abertura de encomenda postada nos Correios, ante a inviolabilidade do sigilo das correspondências."

Em sua manifestação, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do apelo e sugeriu a redação da tese a ser fixada, cujo parecer recebeu a seguinte ementa (fls. 89/96):

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. ART. 5º, XII DA CONSTITUIÇÃO. ENCOMENDA POSTAL. NÃO INCIDÊNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE SIGILO, RESERVADA APENAS A CORRESPONDÊNCIA POSTAL."

I – Recurso Extraordinário *leading case* na sistemática da repercussão geral: se a inviolabilidade constitucional do sigilo de correspondências é restrita à comunicação epistolar entre pessoas ou se abrange a chamada encomenda postal.

II – O acórdão recorrido, ao manter condenação por posse de drogas em ambiente militar (crime do art. 290 do CPM), afastou a incidência do art. 5º-XII da Constituição na hipótese, ao entendimento de que o sigilo constitucional não abrange encomenda postal.

III – O sigilo constitucional é atinente à *liberdade de expressão*, à *livre troca de ideias* entre remetente e destinatário, não abrangendo a circulação de mercadorias, ainda que via Correios, seja a título de comércio ou não.

IV – Proposta de tese de repercussão geral: ‘ *Encomenda, ainda que remetida via Correios, seja para fins de comércio ou a título gratuito, não é correspondência protegida pelo sigilo constitucional; presente suspeita de prática de ilícito penal, pode ser averiguada, quanto a seu conteúdo e sem prévia ordem judicial, pelos Correios e pela Administração Pública em geral*’.

– Parecer pelo desprovemento recurso e fixação da tese sugerida.”

Em 24/6/2020, o eminente Relator proferiu despacho acionando, “ *em caráter excepcional, o sistema virtual*” (e Doc. 13) , e incluiu o feito para ser julgado em Sessão Virtual do Pleno (Lista 445-2020), cujo início está agendado para o dia 7/8/2020.

É a síntese do necessário.

1. Considerações iniciais.

No caso concreto em julgamento, a Corte Estadual julgou procedente a denúncia e condenou o ora recorrente pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, previsto no art. 290, § 1º, II, do Código Penal Militar, fazendo constar, quanto à alegada violação de sigilo de correspondência e, via de consequência, da ilegalidade da prova produzida, que a garantia fundamental prevista no art. 5º, XII, da Constituição Federal não é absoluta, como nenhuma é, não podendo servir de manto à impunidade.

Pontuou, ainda, que em hipótese alguma o material constante na caixa apreendida poderá ser considerado como correspondência, mas sim simples remessa de encomenda, descaracterizando, portanto, a aventada violação a conteúdo escrito/ideológico do acusado.

A questão constitucional de que trata o presente Recurso Extraordinário consiste em saber, portanto, se seria lícita a prova obtida por meio de abertura de encomenda postada nos Correios, ante a inviolabilidade do sigilo das correspondências.

2. Âmbito de aplicação do art. 5º, XII, CF: premissas elementares para a interpretação da norma constitucional em apreço.

O presente Recurso Extraordinário baseia-se na alegação de violação ao art. 5º, XII, da Constituição Federal, violação da qual decorreria erro na aplicação da regra de inadmissibilidade de provas ilícitas (art. 5º, LVI, da Constituição Federal).

De acordo com o art. 5º, XII, da Carta Magna:

“XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

Essa norma constitucional prevê a inviolabilidade de uma série de sigilos ali arrolados, e ao final, faz uma ressalva quanto a um desses sigilos.

A despeito da sua aparente simplicidade, esse dispositivo dá margem a diversas interpretações.

No que se refere à natureza das inviolabilidades em estudo, deve-se, de antemão, pontuar que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, dentro de certos parâmetros, a interceptação das correspondências e das comunicações, sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, podendo a lei ou a decisão judicial, excepcionalmente, estabelecer hipóteses de quebra das inviolabilidades previstas no art. 5º, XII, da Constituição Federal.

Conforme destaquei em obra de minha autoria (**Direitos Humanos Fundamentais** : Teoria geral – doutrina e jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 172-173), a análise do direito comparado reforça a ideia de relatividade das inviolabilidades referentes ao sigilo das comunicações, a exemplo das normas constitucionais estrangeiras que lá citei.

A norma em destaque ressaltou expressamente uma hipótese de violação de sigilo, valendo-se, para tanto, da expressão "no último caso".

Alguns autores passaram a entender que essa ressalva se restringia apenas às comunicações telefônicas. Esse é o posicionamento adotado por ADA PELLEGRINI GRINOVER (O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 207, p. 25, jan./mar. 1997); VICENTE GRECO FILHO (**Interceptação Telefônica** : considerações sobre a Lei n. 9.296/96. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 30 e ss.); e TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR (Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 5, p. 447-448. 1993).

Outros autores, todavia, consideraram a referida expressão abrangente das comunicações em geral (isto é, telegráfica, de dados e telefônicas). É o caso de LENIO LUIZ STRECK (**Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 293); e de GUSTAVO H. R. I. BADARÓ, o qual admite, com ressalvas, a possibilidade de interceptação instantânea do "fluxo de dados" entre computadores tão somente quando presente um risco de perda do conteúdo da comunicação (Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas: limites ante o avanço da tecnologia. *In* : LIMA, José Corrêa de; CASARA, R. R. Rubens. (coord.). **Temas para uma perspectiva crítica do direito** : homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

Ainda, a expressão "de dados" ensejou controvérsias acerca da sua função no texto normativo, do que adveio o entendimento de que seria um qualificativo ou complemento do termo "comunicações" (ou seja, a proteção seria da "comunicação de dados", restringindo-se o sigilo ao processo de transmissão intersubjetiva correspondente). Inclusive, o STF, no julgamento do RE 418.416/SC (Rel. Min. MENEZES DIREITO, Pleno, j. 10/5/2006, DJ de 19/12/2006), assentou o entendimento de que "*A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador [...]*".

Paralelamente, discutiu-se a aplicabilidade das regras restritivas das interceptações telefônicas (monitoramento do conteúdo das conversas) para fins de obtenção dos denominados "dados telefônicos" (histórico de chamadas, localização, informações do usuário etc.).

Na doutrina, entendem que não se aplicam aos "dados telefônicos" os requisitos do art. 5º, XII, CF/88: ADA PELLEGRINI GRINOVER (O regime

brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 207, p. 24, jan./mar. 1997); EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE & FRANCISCO SANNINI NETO (Poder requisitório do delegado de polícia e sua abrangência no atual cenário normativo. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, ano 62, n. 446, dez. 2014); LUIZ FLÁVIO GOMES & SILVIO MACIEL (**Interceptação telefônica e das comunicações de dados e telemáticas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 61). Em sentido contrário, cito VICENTE GRECO FILHO (**Interceptação Telefônica : considerações sobre a Lei n. 9.296/96**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24-25).

A problemática do sigilo constitucional também se refletiu no debate sobre a inviolabilidade de dados bancários e fiscais dos cidadãos, e sobre a possibilidade de requisição desses dados por autoridades não judiciárias, celeuma que ainda hoje persiste (e que extrapola o âmbito do presente julgamento). Sobre o assunto, destaco as discussões travadas no STF no julgamento do RE 389.808/PR (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Plenário, j. 15/12/2010, DJe de 10/5/2011) e do RE 601.314/SP (Rel. Min. EDSON FACCHIN, Plenário, j. 24/2/2016, DJe de 16/9/2016). Mais recentemente, o STF reconheceu a repercussão geral da matéria (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.055.941/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Plenário, j. 12/4/2018, DJe de 27/4/2018).

Outras discussões foram enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência. Nesse sentido, as controvérsias quanto à quebra do sigilo telefônico realizada por um dos interlocutores, quanto à possibilidade de a lei infraconstitucional estender os requisitos constitucionais (previsão legal, reserva de jurisdição e escopo penal) para outras espécies de quebras de sigilo, e quanto à possibilidade de interceptação telefônica antes da lei regulamentadora.

Em obra de minha autoria tive a oportunidade de discorrer acerca da discussão travada nesta CORTE sobre a admissibilidade desse meio de prova (**Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral – doutrina e jurisprudência**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 197-201).

No que diz respeito ao posicionamento da doutrina sobre o tema, manifestaram-se questionando a constitucionalidade do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/96, que prevê a interceptação do "fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática", ADA PELLEGRINI GRINOVER (O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista de**

Direito Administrativo , Rio de Janeiro, n. 207, p. 24, jan./mar. 1997); e NELSON NERY JUNIOR & ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (**Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 221). Diversamente, isto é, admitindo a constitucionalidade da aplicação dos requisitos do art. 5º, XII, CF/88, para a interceptação de comunicações que não as telefônicas, manifestaram-se DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS (Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei 9.296, de 24.07.1996. **Revista dos Tribunais** , São Paulo, n. 735, jan. 1997); VICENTE GRECO FILHO, o qual reconsiderou a opinião expressa nas edições anteriores da sua obra (**Interceptação Telefônica** : considerações sobre a Lei n. 9.296/96. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33-35); e ALEXANDRE DE MORAES (**Direitos Humanos Fundamentais**: Teoria geral – doutrina e jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 190-192). Ainda, entendendo pela inadmissibilidade da interceptação à falta de lei regulamentadora, posicionam-se ADA PELLEGRINI GRINOVER (O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista de Direito Administrativo** , Rio de Janeiro, n. 207, p. 38, jan./mar. 1997); e DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS (Interceptação de comunicações telefônicas: notas à Lei 9.296, de 24.07.1996. **Revista dos Tribunais** , São Paulo, n. 735, jan. 1997).

Parte das discussões acima mencionadas decorreram da modificação do texto originalmente aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte, modificação essa feita pela Comissão de Redação, conforme anotou ADA PELLEGRINI GRINOVER (O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 207, p. 22-23, jan./mar. 1997):

“[...] Mas aqui surge importante questão constitucional, que ainda não vi levantada.

O certo é que a Assembleia Nacional Constituinte aprovou texto diverso do que veio afinal a ser promulgado. A redação aprovada em segundo turno, no plenário, foi a seguinte:

'É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual.'

Foi a Comissão de Redação que, exorbitando de seus poderes, acrescentou ao texto as palavras 'comunicações', 'no último caso' e 'penal', limitando consideravelmente o alcance da norma constitucional legitimamente aprovada em plenário.

Esta, da forma como o fora, permitia a quebra do sigilo – observadas a ordem judicial e a reserva legal – não apenas com relação às comunicações telefônicas, mas também às telegráficas e de dados, bem como quanto ao sigilo da correspondência; e, ademais, não restringia o objeto da prova ao processo penal, possibilitando fosse ela produzida em processos não-penais.

No meu sentir, a redação restritiva do inc. XII do art. 5º da Constituição é formalmente inconstitucional, por vício de competência e afronta ao processo legislativo.

O art. 3º da Emenda constitucional n. 26, a qual convocou a Assembleia Nacional Constituinte, determinação (sic) que a votação das novas normas constitucionais seriam feitas em dois turnos, dependendo da aprovação da maioria absoluta da Assembleia. E, evidentemente, o Regimento Interno não previu – nem poderia que a Comissão de Redação pudesse mudar o sentido das normas aprovadas. [...]"

Para os fins do presente julgamento, o que mais importa é ponderar que o sigilo de que trata o art. 5º, XII, da Constituição Federal, trata-se de verdadeiro corolário dos direitos à privacidade e à intimidade (nesse sentido: MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais** . 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 173; e MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 298).

Tais direitos estão expressamente previstos no art. 5º, X, da Constituição Federal, o qual estabelece:

“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

A proteção à privacidade e à intimidade dos indivíduos é essencial no âmbito do Estado Democrático de Direito, sobretudo para a preservação da dignidade da pessoa humana, e não à toa esses direitos foram erigidos à condição de direitos fundamentais pelo Poder Constituinte originário.

A esse respeito, cito as lições de GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (**Curso de Direito Constitucional** . 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 285-286):

“[...] A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre

da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanente de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas.

A privacidade é componente ainda de maior relevo de certas relações humanas, como o casamento, por exemplo. A divulgação de dificuldades de relacionamento de um casal pode contribuir para a destruição da parceria amorosa. E mesmo um núcleo de privacidade de cada cônjuge em relação ao outro se mostra útil à hígidez da vida em comum. [...]"

Fixadas essas breves considerações acerca do alcance do art. 5º, XII, da Constituição Federal, entendo inexistente violação à norma constitucional quando a Administração Pública, respeitados parâmetros que indiquem a presença de elemento razoáveis para suspeitar da prática de atividades ilícitas, abre encomenda postada nos Correios, interceptando o processo de comunicação entre emissor e destinatário.

3. Do conflito entre valores constitucionais presente no caso: privacidade individual vs. segurança pública.

O caso em julgamento atenta ao conflito entre dois grandes valores constitucionais: de um lado, o direito à privacidade e à intimidade do indivíduo, e de outro lado, o interesse público na segurança da sociedade.

O estudo do conflito entre princípios constitucionais, ou entre direitos fundamentais, apresenta enorme complexidade, tratando-se, talvez, do mais difícil e mais importante objeto de estudo do Direito Constitucional na atualidade.

Sobre o assunto, é fundamental levar em conta o papel da técnica da ponderação, conforme bem observou LUÍS ROBERTO BARROSO (**Curso de Direito Constitucional contemporâneo** . 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 377-383):

"[...] A ponderação, como estabelecido acima, socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Idealmente, o intérprete deverá fazer concessões recíprocas entre os

valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer escolhas, determinando, in concreto, o princípio ou direito que irá prevalecer.

[...] Naturalmente, nas hipóteses em que a solução produzida não decorre de uma lógica subsuntiva, o ônus argumentativo se potencializa, devendo o intérprete demonstrar, analiticamente, a construção do seu raciocínio. Daí a necessidade de se resgatar a argumentação jurídica.”

Com efeito, o conflito existente no caso em julgamento exige o exame cuidadoso das normas constitucionais aplicáveis e das circunstâncias fáticas presentes, ponderando-se, à luz de um critério de proporcionalidade, qual valor deve prevalecer e em qual medida (isto é, quando ele deverá ceder aos outros interesses legítimos).

4. Relevante precedente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no sentido da admissibilidade da prova obtida por meio de interceptação de correspondência, desde que presentes indícios de prática de atividades ilícitas .

A análise da extensão do sigilo das correspondências não é questão estranha a esta CORTE, já tenho sido objeto de relevante precedente da Primeira Turma.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já decidiu pela possibilidade excepcional de interceptação de carta de presidiário pela administração penitenciária, entendendo que “ *a inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas*” . Confirma-se a ementa do acórdão proferido no HC 70.814 (Rel. Min. CELSO DE MELLO):

“HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRAFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANALISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO.

- A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato

sentencial que contem a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei.

- A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal.

- A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

- O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus." (HC 70.814, Relator CELSO DE MELLO, Primeira Turma, DJ de 24/6/1994) **(grifo nosso)**

Cumpramos ressaltar, inclusive, que, no caso concreto dos autos, o julgamento supracitado foi utilizado pelo Tribunal de origem em sua fundamentação. Esse entendimento tem sido reproduzido pelo STF, como se vê em julgado mais recente:

"Recurso ordinário em habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Associação criminosa. Falsidade ideológica. Fraude a licitações. Crimes praticados contra a administração pública e o sistema financeiro. Condenação. Interceptação telefônica alegadamente baseada em suposta denúncia anônima. Ausência de investigação preliminar. Não ocorrência. Demonstração nos autos de que a autoridade policial procedeu a diligências prévias para colher subsídios sobre eventual ocorrência de crimes. Improriedade do habeas corpus para analisar a suficiência ou não das diligências para tanto. Procedimento devidamente fundamentado e em consonância com a jurisprudência da Suprema Corte. Precedentes. Afirmada inexistência de indícios razoáveis da autoria e participação nas supostas infrações penais. Aventada possibilidade de apuração de condutas ilícitas por meios diversos (art. 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.296/96). Matéria que exige aprofundado revolvimento fático-probatório, o qual a via estreita do habeas corpus não admite. Precedentes. Excesso de prazo e ilegalidade das prorrogações da interceptação telefônica além do lapso temporal previsto na lei de regência. Não ocorrência. Possibilidade de se prorrogar o prazo de

autorização para essa medida por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem. Precedentes. Intercepção telemática e prorrogações. Mencionada incompatibilidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96 com o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade não verificada. Inexistência no ordenamento jurídico constitucional vigente de garantias individuais de ordem absoluta. Doutrina e precedentes. Exceção constitucional ao sigilo que alcança as comunicações de dados telemáticos, visto que cláusula tutelar da inviolabilidade não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (HC nº 70.814/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 24/6/94). Recurso ordinário não provido.

1. A aventada tese de que as intercepções telefônicas baseadas em denúncia teoricamente anônima não prospera, pois, não obstante o fato de a denúncia ter sido devidamente identificada como sendo proveniente do Instituto de Defesa dos Direitos Humanos (IDDEHA), por intermédio de seu Presidente Paulo Cezar Pedron, ficou demonstrado nos autos que a autoridade policial procedeu a diligências preliminares, com fins de colher subsídios sobre eventual ocorrência de crimes, não sendo o habeas corpus a via adequada à análise da suficiência ou não das diligências para tanto.

2. O pleito de intercepção telefônica foi baseado em diligência prévia, além de informações recebidas do Ministério da Justiça e de dados fornecidos pela Controladoria Geral da União (CGU).

3. O procedimento está em consonância com o entendimento da Suprema Corte segundo o qual a denúncia anônima, por si só, não serve para fundamentar a instauração de inquérito, mas, a partir dela, poderá a autoridade competente realizar diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito.

4. Insubsistência das teses de que inexistiriam indícios razoáveis da autoria ou da participação nas supostas infrações penais, bem como haveria a possibilidade de apuração de tais condutas por meios diversos (art. 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.296/96), pois tais questões constituem matéria que exige aprofundado revolvimento fático-probatório, o qual a via estreita do habeas corpus não comporta.

5. Segundo entendimento da Corte, o reconhecimento da ausência de indícios quanto à autoria do fato, implica exame aprofundado de fatos e provas, inadmissível na via sumaríssima do habeas corpus (RHC nº 126.207-AgR/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 1º/2/17).

6. Registre-se, de qualquer modo, que a decisão proferida pelo Juízo processante autorizando a intercepção telefônica (fls. 186 a 190) foi devidamente fundamentada, sendo os elementos constantes

dos autos suficientes para afastar os argumentos da defesa de que não haveria indícios razoáveis de autoria e materialidade delitiva para se determinar a medida invasiva ou de que as provas pudessem ser colhidas por outros meios disponíveis.

7. O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela licitude da *'interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso'* (Inq nº 2.424/RJ, Pleno, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 26/3/10).

8. Inexiste excesso de prazo ou ilegalidade nas prorrogações da interceptação telefônica além do lapso temporal previsto na lei de regência, pois, além de justificadas as subseqüentes prorrogações, o magistério jurisprudencial da Corte legitimou a possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para essa medida por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem, sendo igualmente dispensável prévia instauração de inquérito para tanto (RHC nº 118.055/PR, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 3/11/11).

9. A interceptação telemática e as suas prorrogações não padecem de vício de inconstitucionalidade.

10. O Supremo Tribunal, em julgamento paradigmático, reconheceu, já sob a égide do ordenamento constitucional vigente, que o sigilo de correspondência não é absoluto, tendo esta Corte conferido validade à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, ' eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de praticas ilícitas' (HC nº 70.814/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 24/6/94).

11. Em face da concepção constitucional moderna de que inexistem garantias individuais de ordem absoluta, mormente com escopo de salvaguardar práticas ilícitas (v.g. HC nº 70.814/SP), a exceção constitucional ao sigilo alcança as comunicações de dados telemáticos, não havendo que se cogitar de incompatibilidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.296/96 com o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Precedente e doutrina. 12. Recurso ordinário ao qual se nega provimento."

(RHC 132.115, Relator DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 19 /10/2018) **(grifo nosso)**

5. Existência de parâmetros específicos previstos na legislação federal no que diz respeito aos serviços postais.

Ora, na linha da orientação firmada no julgamento do HC 70.814, excepcionalmente, e se respeitados parâmetros específicos, deve ser permitido à Administração abrir encomenda postada nos Correios, c om

fundamento em razões de segurança pública ou de preservação da ordem jurídica.

Quanto ao ponto, a Lei 6.538/78, que dispõe sobre os serviços postais, se ocupa em definir as circunstâncias que permitem a referida abertura de encomenda, fundadas em critérios objetivos, conforme se depreende do teor dos arts. 10, III e parágrafo único e 13, I a IX e § 1º:

“ Art. 10 – Não constitui violação de sigilo da correspondência postal a abertura de carta:

III – que apresente indícios de conter valor não declarado, objeto ou substância de expedição, uso ou entrega proibidos;

Parágrafo único – Nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário.

Art. 13 – Não é aceito nem entregue:

I – objeto com peso, dimensões, volume, formato, endereçamento, franqueamento ou acondicionamento em desacordo com as normas regulamentares ou com as previstas em convenções e acordos internacionais aprovados pelo Brasil;

II – substância explosiva, deteriorável, fétida, corrosiva ou facilmente inflamável, cujo transporte constitua perigo ou possa danificar outro objeto;

III – cocaína, ópio, morfina, demais estupefacientes e outras substâncias de uso proibido;

IV – objeto com endereço, dizeres ou desenho injuriosos, Ameaçadores, ofensivos a moral ou ainda contrários a ordem pública ou aos interesses do País;

V – animal vivo, exceto os admitidos em convenção internacional ratificada pelo Brasil;

VI – planta viva;

VII – animal morto;

VIII – objeto cujas indicações de endereçamento não permitam assegurar a correta entrega ao destinatário;

IX – objeto cuja circulação no País, exportação ou importação, estejam proibidos por ato de autoridade competente.

§ 1º – A infringência a qualquer dos dispositivos de que trata este artigo acarretará a apreensão ou retenção do objeto, conforme disposto em regulamento, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.”

Como se vê, a legislação federal delineou de forma abrangente as ocasiões em que a abertura da encomenda é possível, especialmente considerando eventuais indícios de cometimento de crimes.

6. Considerações acerca da natureza da encomenda postada nos Correios.

É necessário discorrer, ainda, acerca da natureza da encomenda postada nos Correios e a abrangência da garantia estabelecida no art. 5º, XII, da CF /88.

O acórdão do Tribunal de origem neste caso debruçou-se especificamente sobre a questão, asseverando que “ *em hipótese alguma o material constante na caixa apreendida poderá ser considerado como correspondência, mas sim simples remessa de encomenda, descaracterizando, portanto, a aventada violação a conteúdo escrito /ideológico do Acusado*” .

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46, esta CORTE decidiu que o serviço postal de entrega de cartas deve ser prestado, com exclusividade, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, pois constitui monopólio estatal. Todavia, sublinhou que as encomendas e impressos não se enquadram no conceito de serviço postal. Veja-se a ementa do julgado:

“ARGÜIÇÃO. DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI.

1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.

2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar.

3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X].

4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969.

5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado.

6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal.

7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.

8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo." (ADPF 46, Relator MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe 26/2/2010)

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na análise do RHC 10.537/RJ, em matéria penal e valendo-se da mesma interpretação, embora em momento anterior, já havia se pronunciado acerca da controvérsia ora analisada, concluindo que encomenda não é correspondência protegida pela disposição do art. 5º, XII, da Constituição Federal. Confirma-se a ementa do referido julgado:

“PENAL. PROCESSUAL. TIGRE DE PELÚCIA CONTENDO COCAÍNA. APREENSÃO DE ENCOMENDA NA AGÊNCIA DOS CORREIOS ANTES DE SER ENTREGUE AO DESTINATÁRIO. AÇÃO PENAL. PROVA ILÍCITA. QUEBRA DE SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA.

1. Correspondência, para os fins tutelados pela Constituição da República (art. 5º, XII) é toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal ou telegráfica. (Lei nº 6.538/78).

2. A apreensão pelo Juiz competente, na agência dos Correios, de encomenda, na verdade tigre de pelúcia com cocaína, não atenta contra a Constituição da República, art. 5º, VII. **Para os fins dos valores tutelados, encomenda não é correspondência.**

3. Recurso Ordinário conhecido mas não provido.” (RHC 10.537 /RJ, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 13 /3/2001, DJ 2/4/2001, p. 311) **(grifo nosso)**

A Procuradoria-Geral da República, em seu parecer nestes autos, manifestou-se nos seguintes termos quanto a este específico ponto:

“(…) a cláusula de sigilo que a Constituição prevê quanto à correspondência visa a, mais que a intimidade, tutelar a liberdade de expressão, a livre circulação de ideias entre o remetente e o destinatário da correspondência. Para o art. 5º-XII da Constituição, a intimidade e a privacidade não são o foco; não obstante previstos esses valores no inciso X do mesmo art. 5º, a proteção a eles conferida pelo inciso XII é decorrente da tutela, *prima facie*, da liberdade de expressão. Vale dizer, dos incisos do art. 5º, o XII tem no inciso IV seu mais próximo normativo e mesmo a livre manifestação do pensamento encontra limites na própria Constituição, que veda o anonimato, a par da cláusula do § 2º do mesmo art. 5º.

Assim, pelo teor dessa norma constitucional, encomenda postal não pode ser equiparada a correspondência, para fins da cláusula de sigilo.

E não impressiona que a encomenda seja remetida via Correios, empresa pública federal. É que os Correios, por sua legislação de regência, diferencia encomenda de correspondência. O art. 47 da Lei 6.538/1978 enuncia que correspondência é toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal, ou por telegrama e que encomenda é objeto com ou sem valor mercantil, por encaminhamento por via postal.

Tanto correspondência quanto encomenda transitam pela via postal, sendo que, legal e tecnicamente, a primeira tem a ver com comunicação entre pessoas; a outra, com mercantia, com comércio de mercadorias. Mesmo na acepção não mercantil de encomenda, aí não

se trata de liberdade de expressão do cidadão. Assim, somente correspondência se adequa à cláusula constitucional de sigilo.

E não se trata de interpretar a Constituição à luz da Lei 5.538/1978, mas sim da constatação de que correspondência não é o mesmo que encomenda e que o art. 5º-XII da Constituição somente tutela correspondência.

O foco não é se a encomenda foi remetida pelos Correios ou por outro serviço de entregas particular, desses que se contata via aplicativos de aparelho celular. O sigilo não é dos Correios, o sigilo não é do serviço de entregas. A Constituição protege a liberdade de expressão, a livre troca de ideias entre remetente e destinatário; e mesmo esta proteção não é absoluta, pois vê-se abstrair, pontualmente, por decisão judicial e em contexto excepcional, como o objeto do já mencionado HC 70814/SP,

(...)

Com acerto, a encomenda postal – que é mercadoria – não pode ser equiparada a correspondência para fins de sigilo, pois o art. 5º-XII da Constituição foi expresso ao não usar o termo encomenda postal ou outro equivalente como mercadoria remetida via postal. De relevo que a Constituição use o termo mercadoria não apenas no Título destinado à matéria tributária, mas em tópicos de transporte de mercadorias, a exemplo de seu art. 178-parágrafo único. Então, se o Constituinte originário não inseriu na cláusula de sigilo termo como encomenda postal ou mercadoria remetida via postal, cuida-se de silêncio eloquente.

Em que pese o esforço da defesa do ora recorrente, verifica-se que o sigilo constitucional é atinente à liberdade de expressão, à livre troca de ideias entre remetente e destinatário, não abrangendo a circulação de mercadorias, ainda que via Correios, seja a título de comércio ou não.

Assim, podem os Correios, presente fundada suspeita de crime, fiscalizar o conteúdo de encomenda, sem necessidade de decisão judicial. E como a remessa via Correios não é a questão essencial aqui, podem as autoridades alfandegárias igualmente inspecionar, sem decisão judicial, mercadorias, como lhe facultam as normas de regência, e não apenas quanto a sonegação fiscal pela ótica administrativa, mas quanto a contrabando e descaminho, crimes em que não raro se usa a via postal.

A prosperar a tese da defesa, ter-se-ia o extremo de que caso os Correios suspeitassem de artefato explosivo em encomenda, antes de chamar o serviço policial especializado, teria que obter ordem judicial para abrir a caixa, aumentando o risco a vidas humanas.”

Trata-se, portanto, de relevante fundamento a indicar a possibilidade de abertura de encomenda e a conseqüente licitude de eventual prova por meio dela obtida.

Se a jurisprudência desta CORTE permite, em casos excepcionais, presentes fundadas suspeitas de prática de crimes, a abertura de correspondência, enquanto comunicação entre emissor e destinatário, certamente deverá ser possível a abertura de encomenda, nos termos delineados pelo órgão ministerial.

7. Solução final adotada. Fixação de tese para fins de repercussão geral.

Diante dessas considerações, voto pelo **desprovemento do Recurso Extraordinário**, com fixação da seguinte Tese, para fins da sistemática da repercussão geral em relação aos casos que tratem ou venham a tratar do **Tema 1.041** :

"É lícita a prova obtida por meio de abertura de encomenda postada nos Correios quando houver fundados indícios da prática de atividades ilícitas".

É como voto.