

# Superior Tribunal de Justiça

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.428.961 - SP (2014/0004168-7)

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**RECORRENTE** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**RECORRIDO** : P S G P  
**ADVOGADOS** : RAFAEL TUCHERMAN  
AUGUSTO DE ARRUDA BOTELHO NETO E OUTRO(S)

### RELATÓRIO

#### MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo com fundamento na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que concedeu a ordem em *habeas corpus* para trancar, por atipicidade, a ação penal em que o recorrido fora denunciado como incurso nas penas do artigo 10 da Lei nº 9.296/96.

Alega o recorrente negativa de vigência ao artigo 10 da Lei nº 9.296/96 ao argumento de que é típico o fato descrito na peça acusatória, consistente em captar mensagens de e-mail destinadas a terceira pessoa sem o conhecimento dela, e que o termo 'interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática' não tem a interpretação restritiva dada pelo acórdão recorrido, de que somente ocorre no momento em que a mensagem está sendo transmitida.

Em contrarrazões, alega o recorrido que o recurso especial se esbarra nos óbices dos enunciados nº 7/STJ e 282/STF ao argumento de que "para saber se o recorrido meramente haveria acessado a caixa postal eletrônica da sedizente vítima depois de as mensagens lá chegarem - utilizando-se da senha de sua ex-cônjuge, por exemplo -, ou se teria ido além, adotando os tais 'procedimentos de interceptação' para invadir o provedor utilizado por ela, é imprescindível reexaminar a prova do processo" e que a Corte Estadual não se manifestou sobre as questões surgidas no julgamento, relativas ao significado etimológico da palavra interceptar, nem sua equiparação com a conduta de captar.

Aduz, ainda, que o Tribunal deu interpretação razoável à norma, inexistindo violação ou negativa de vigência à lei federal e que a eventual violação do princípio da legalidade não enseja a interposição de recurso especial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso em parecer assim sumariado:

RECURSO ESPECIAL. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DESCABIMENTO.

O trancamento de ação penal por falta de justa causa somente é cabível se a atipicidade da conduta puder ser aferida de plano, o que não se revela no presente caso.

PARECER DO MPF PELO PROVIMENTO DO RECURSO

# *Superior Tribunal de Justiça*

ESPECIAL.

É o relatório.



**RECURSO ESPECIAL Nº 1.428.961 - SP (2014/0004168-7)**

**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO. CORREIO ELETRÔNICO. TIPICIDADE. ARTIGO 10 DA LEI Nº 9.296/96.

1. A conduta imputada ao réu que, segundo narra a denúncia, teria acessado o provedor de serviço de correio eletrônico da ex-esposa, abrindo as comunicações a ela dirigidas de modo reiterado e continuado, realizando monitoramento das mensagens privadas sem autorização judicial, constitui, em tese, fato típico previsto no artigo 10 da Lei nº 9.296/96 (interceptação de comunicações).

2. Sendo em princípio típica a conduta descrita na inicial acusatória, é incabível o prematuro trancamento da ação penal, mormente pela via do *habeas corpus* que é medida excepcional e somente se justifica quando há flagrante constrangimento ilegal demonstrado por prova inequívoca e pré-constituída de não ser o denunciado o autor do delito, estar extinta a punibilidade, inexistir suporte probatório mínimo a justificar a propositura de ação penal ou o fato não constituir crime, inócurre na espécie.

3. Recurso provido.

**VOTO**

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

Diga-se, de início, que a matéria posta no recurso especial é meramente de direito uma vez que se refere exclusivamente à tipicidade do fato tal como imputado na denúncia, e não à comprovação da sua prática para fins de condenação e, ao contrário do que alega o recorrido, foi expressa e suficientemente decidida no acórdão recorrido com todos os contornos necessários ao deslinde da questão infraconstitucional, estando regularmente preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso especial interposto.

Posto isso, é sabido que o trancamento da ação penal em sede de *habeas corpus* é medida excepcional, somente se justificando quando há flagrante constrangimento ilegal, demonstrado por prova inequívoca e pré-constituída de não ser o denunciado o autor do delito, não existir crime, encontrar-se a punibilidade extinta por algum motivo ou pela ausência de suporte probatório mínimo a justificar a propositura de ação penal.

Gustavo Henrique Badaró, no seu Direito Processual Penal, Tomo I, Elsevier Editora, São Paulo, 2008, págs.71/72, discorrendo sobre a justa causa para a ação penal, afirma:

# Superior Tribunal de Justiça

"A justa causa passa a pressupor a existência de um suporte probatório mínimo, consistente na prova da existência material de um crime e em indícios de que o acusado seja o seu autor. A ausência de qualquer um destes dois elementos autoriza a rejeição da denúncia e, em caso de seu recebimento, faltarão justa causa para a ação penal, caracterizando constrangimento ilegal apto a ensejar a propositura de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal.

Há ainda corrente que exige mais. Para Silva Jardim (1994, p. 42), a ação só é viável quando a acusação não é temerária, por estar baseada em um mínimo de prova:

Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo esse conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal."

No presente caso, o recorrido foi denunciado como incurso nas penas do artigo 10 da Lei nº 9.296/96 pelos seguintes fatos:

Consta do incluso inquérito policial que, nos dias 14 de janeiro de 2.011, às 00h58min; 19 de janeiro de 2.011, às 00h14min; 21 de janeiro de 2.011, às 01h22min; 25 de janeiro de 2.011, às 21h08min; 27 de janeiro de 2.011, às 23h26min; 29 de janeiro de 2.011, às 00h22min e às 08h06min; 02 de fevereiro de 2.011, às 00h20min; 04 de fevereiro de 2.011, às 00h29min; 05 de janeiro de 2.011, às 11h40min; 07 de fevereiro de 2.011, às 23h25min; 09 de fevereiro de 2.011, às 08h05min; 09 de fevereiro de 2.011, às 20h39min e às 23h23min e 10 de fevereiro de 2.011, às 21h56min e às 22h22min, na Rua Conceição Marcondes Silva, nº 54, Vila Congonhas, nesta cidade e comarca, utilizando-se do IP 201.83.179.243, PAULO SÉRGIO GAGLIARDI PALERMO, qualificado a fl.149, interceptou comunicações de informática ou telemática, da vítima Hertha Helena Rollemberg Padilha Palermo, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Consta, ainda, que, nos dias 02 de fevereiro de 2.011, às 23h47min e 03 de fevereiro de 2.011, às 00h01min, na Rua Conceição Marcondes Silva, nº 54, Vila Congonhas, nesta cidade e comarca, utilizando-se 189.121.15.143. PAULO SÉRGIO GAGLIARDI PALERMO, qualificado a fl.149, interceptou comunicações de informática ou telemática, da vítima Hertha Helena Rollemberg Padilha Palermo, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Consta, ainda, que, nos dias 19 de fevereiro de 2.011, às 00h36min; 21 de fevereiro de 2.011, às 21h02min e às 21h08min; 22 de fevereiro de 2.011, às 23h48min; 23 de fevereiro de 2.011, às 21h04min; 26 de fevereiro de 2.011, às 20h12min; 27 de fevereiro de 2.011, às 11h23min; 01 de março de 2.011, às 08h07min; 03 de março de 2.011, às 16h54min e às 17h58min e às 19h24min; 04 de março de 2.011, às 15h37min; 16 de março de 2.011, às 00h26min; 18 de março de 2.011, às 22h01min; 20 de março de 2.011, às 11h48min; 21 de março de 2.011, às 22h08min; 23 de março de 2.011, às 20h45min; 25 de março de 2.011, às 22h58min e às 23h03min e 26 de março de 2.011, às 22h24min, na Rua Conceição Marcondes Silva, nº 54, Vila Congonhas, nesta cidade e comarca, utilizando-se do IP 189.121.13.35, PAULO SÉRGIO GAGLIARDI PALERMO, qualificado a fl.149,

interceptou comunicações de informática ou telemática, da vítima Hertha Helena Rollemberg Padilha Palerma, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Consta, ainda, que, nos dias 11 de abril de 2.011, às 22h23min; 13 de abril de 2.011, às 22h36min; 17 de abril de 2.011, às 18h22min; 24 de abril de 2.011, às 21h56min; 25 de abril de 2.011, às 20h38min; 27 de abril de 2.011, às 00h35min e às 22h23min; 28 de abril de 2.011, às 20h11min; 29 de abril de 2.011, às 19h25min; 06 de maio de 2.011, às 22h24min; 07 de maio de 2.011, às 00h50min; 09 de maio de 2.011, às 08h10min e 10 de maio de 2.011, às 21h54min, na Rua Conceição Marcondes Silva, nº 54, Vila Congonhas, nesta cidade e comarca, utilizando-se do IP 189.33.232.164, PAULO SÉRGIO GAGLIARDI PALEÁMO qualificado a fl.149, interceptou comunicações de informática ou telemática, da vítima Hertha Helena Rollemberg Padilha Palermo, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Consta, por fim, que no dia 11 de maio de 2.011, às 18h52min, na Rua Conceição Marcondes Silva, n 2 54, Vila Congonhas, nesta cidade e comarca, utilizando-se do IP 186.220.227.153, PAULO SERGIO GAGLIARDI PALERMO, qualificado a fl.149, interceptou comunicações de informática ou telemática, da vítima Hertha Helena Rollemberg Padilha Palermo, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Segundo o apurado, durante os três primeiros meses do ano de 2.011, a ofendida constatou que diversas mensagens da caixa de entrada de seu correio eletrônico pessoal (e-mail) apareciam abertas, indicando que referidas mensagens já se encontravam lidas, quando acessadas diretamente junto ao provedor UOL. Diante de tal circunstância, a ofendida notificou diretamente a empresa UOL, que forneceu a lista de todos os acessos de seus e-mails no período de 14 de janeiro de 2.011 a 09 de maio de 2.011 (fls.06/117).

Realizadas diligências junto aos fornecedores de acesso à internet - IAP (InternetAccess Provider) - ISP (Internet Service Provider), conhecido como Provedores, constatou-se que o denunciado através dos endereços de IP (Internet Protocol) de números 201.83.179.243, 189.121,15,143 189.121.13.35, 189.33,232.164 e 186.220.227.153 cadastrados em seu nome, acessou o correio eletrônico da ofendida nas datas e horários supra descritos de modo continuado, monitorando, assim, suas mensagens privadas e visualizando os seus conteúdos.

O denunciado agiu por motivo torpe vez que encontrava-se separado judicialmente da ofendida desde julho de 2.009, sendo que na data dos fatos ainda restavam pendentes de solução o processo de partilha litigioso e outras ações correlatas.

Ante o exposto, denuncio PAULO SÉRGIO GAGLIARDI PALERMO como incurso no artigo 10 da Lei nº 9.296/1.996, na forma do artigo 71 do Código Penal, c.c. artigo 61, inciso II, alínea a e requeiro que r. e a. esta, seja ele regularmente processado, conforme o procedimento previsto no artigo 394, parágrafo primeiro, inciso I e seguintes do Código de Processo Penal, citando-o pra oferecer resposta à acusação, seguindo o feito com a designação de audiência de instrução, debates e julgamento, oportunidade em que deverão ser ouvidas as pessoas abaixo arroladas, ser realizado o interrogatório do denunciado, até final condenação.

E o Tribunal de Justiça trancou a ação penal por considerar atípica a

conduta descrita, em acórdão assim fundamentado:

Objetiva o paciente o trancamento da ação penal, eis que a peça acusatória atribuiu a ele fato manifestamente atípico.

Sem embargo do respeito que merece o posicionamento adotado pelo Ministério Público em ambas as instâncias, verifico, data venha, que a denúncia efetivamente atribuiu ao paciente fato manifestamente atípico.

**Art. 10 da Lei 9.296/96: "Constitui crime realizar interceptação de comunicação telefônica, de informática, ou telemática ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivo não autorizado em lei".**

Interceptar comunicação telemática pressupõe uma interferência no curso dessa comunicação, seja para obstar, desviar ou captar. Intercepta-se algo que está acontecendo, jamais o que aconteceu.

Nesse sentido, as lições de Luiz Flavio Gomes e Silvio Maciel e dos Professores Ada Peligrini, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, ao comentarem o art. 1º da Lei 9.296/96 (lições citadas na inicial), "o termo interceptar tem o significado de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação, enquanto ela está acontecendo"; o que importa salientar, dado o diverso tratamento conferido às interceptações telefônicas é que a configuração destes exige sempre a intervenção de um terceiro, ocorrendo a escuta ou gravação enquanto a conversa se desenvolve, até porque, etimologicamente, interceptar quer dizer colher durante a passagem a conversa dos outros.

E numa atenta leitura da peça acusatória, apesar da Promotora de Justiça ter mencionado que o paciente interceptou comunicações de informática ou telemática da vítima Hertha Helena Rollemberg Padilha Palermo, fez constar no corpo da denúncia que diversas mensagens da caixa de entrada do seu correio eletrônico pessoal (e-mail) apareciam abertas, indicando que já estavam lidas. E mais adiante: "acessou seu correio eletrônico, visualizando seus conteúdos", o que significa que não houve interceptação no sentido legal da palavra.

Por outro lado, tenho para mim que nem mesmo poderia se cogitar do paciente haver infringido o art. 151 do Código Penal, uma vez que as figuras típicas previstas no caput e no §1º foram substituídas pela Lei 6.358 que rege os serviços postais, o que se pode constatar pela leitura do art. 40.

E segundo o art. 47, para os efeitos desta lei, foi adotada a definição do que pode ser considerada correspondência como toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através de via postal ou por telegrama. Interpretar, portanto, o "e-mail" como correspondência fechada significa ferir o princípio da taxatividade, que é o desdobramento da legalidade.

Em tese, teria o paciente infringido o art. 154 alínea a do Código Penal, introduzido pela Lei 12.737/2012 de 30 de novembro de 2012: "Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismos de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita".

Pena: detenção, de três a um ano e multa.

Contudo, essa norma legal não vigia ao tempo dos fatos - evento ocorrido nos três primeiros meses de 2011 - sendo certo que somente a

# Superior Tribunal de Justiça

"novatio legis in melius" poderia retroagir para beneficiar o réu, alcançando fatos pretéritos, oý dai concluir pela atipicidade da conduta.

Pelo exposto, concede-se a ordem a fim de trancar a ação penal nº 0074849054.2011.8.26.0002 (Controle 394/13) da Quarta Vara Criminal desta Capital, arquivando-se os autos.

Ao que se tem, o Tribunal de Justiça considerou atípica a conduta porque, no seu entender, a interceptação de comunicação pressupõe **atualidade** (enquanto ela está acontecendo) e **supressão do acesso** (obstar, desviar ou captar) por seu real destinatário.

Pois bem. A norma tipifica a conduta consistente em "realizar interceptação de comunicação telefônica, de informática, ou telemática ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivo não autorizado em lei".

Segundo Antonio Houaiss em seu Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa, **Interceptar** traduz-se em interromper o curso ou a passagem, fazer parar, deter, **captar** aquilo que é dirigido a outrem, não se exigindo, pois, nesta última acepção, a interrupção ou supressão do curso da coisa interceptada.

E **Comunicação** é o processo que envolve a transmissão e a recepção de mensagens entre uma fonte emissora e um destinatário receptor, no qual as informações, transmitidas por intermédio de recursos físicos (fala, audição, visão etc.) ou de aparelhos e dispositivos técnicos, são codificadas na fonte e decodificadas no destino com o uso de sistemas convencionados de signos ou símbolos sonoros, escritos, iconográficos, gestuais etc.

A norma penal não tipifica todas as formas de interceptação de comunicação, mas apenas a telefônica, informática ou telemática, impondo-se ter em conta as peculiaridades inerentes a cada uma destas formas de comunicação.

Com efeito, a comunicação telefônica tem natureza instantânea e, por isso, somente pode ser interceptada concomitantemente à fala. As comunicações informática e telemática, por sua vez, contêm desdobramentos entre as etapas de emissão e recepção da mensagem, podendo ser interceptadas em qualquer das etapas do processo comunicativo, desde que antes da efetiva recepção da mensagem pelo destinatário.

Modalidade de comunicação informática, o correio eletrônico funciona por meio de um **Provedor** que armazena e distribui as mensagens aos destinatários, à moda do que também ocorre na tradicional comunicação postal, em que o envio da mensagem se dá por meio dos Correios, serviço público que efetua o transporte e a distribuição das correspondências.

Em casos tais de mensagem de correio eletrônico, a interceptação da comunicação de sistema de informática pode ocorrer em qualquer etapa durante a armazenagem e o encaminhamento das mensagens pelo Provedor, antes que elas venham a ser recebidas e lidas por seus respectivos destinatários, momento em que efetivamente se

# Superior Tribunal de Justiça

encerra o processo comunicacional.

Feitas tais considerações, no presente caso, segundo narra a denúncia, nas datas e horários descritos, de modo continuado, o recorrido teria acessado diretamente o Provedor de Serviço de Correio Eletrônico UOL, monitorando as mensagens da sua ex-esposa lá armazenadas, e visualizando os seus conteúdos sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Tal conduta, em tese, configura fato típico previsto no artigo 10 da Lei nº 9.296/96, consistente em "realizar interceptação de comunicação informática sem autorização judicial ou com objetivo não autorizado em lei".

Com efeito, o acesso às mensagens armazenadas diretamente no provedor de serviço de correio eletrônico, **antes** que elas venham a ser acessadas e 'abertas' pelo seu real destinatário, ou transferidas pelo destinatário ao seu dispositivo informático particular, ocorre **durante** o processo comunicativo.

Ademais, a interceptação de que cuida a norma em exame, tanto da comunicação telefônica quanto da comunicação informática ou telemática, não se confunde com sonegação ou destruição de correspondência, não suprimindo a recepção da mensagem pelo destinatário que, apenas, deixa de recebê-la com exclusividade.

Assim, a captação da mensagem teria em tese ocorrido enquanto a comunicação estava acontecendo, sendo irrelevante que não tenha havido supressão do acesso ao destinatário final, que teria recebido a mensagem já aberta.

Do exposto resulta que a conduta imputada ao réu que, segundo narra a denúncia, teria acessado o provedor de serviço de correio eletrônico da ex-esposa, abrindo as comunicações a ela dirigidas de modo reiterado e continuado, realizando monitoramento das mensagens privadas sem autorização judicial, constitui, em tese, fato típico previsto no artigo 10 da Lei nº 9.296/96 (interceptação de comunicações), cujo bem jurídico tutelado, a propósito, é tão caro à sociedade que recebeu tratamento de garantia constitucional, a inviolabilidade do sigilo das comunicações assegurada no artigo 5º, inciso XII, da Carta da República.

E, sendo em princípio típica a conduta descrita na inicial acusatória, é incabível o prematuro trancamento da ação penal, mormente pela via do *habeas corpus* que, como já ressaltado, é medida excepcional e somente se justifica quando há flagrante constrangimento ilegal demonstrado por prova inequívoca e pré-constituída de não ser o denunciado o autor do delito, estar extinta a punibilidade, inexistir suporte probatório mínimo a justificar a propositura de ação penal ou o fato não constituir crime, inócua na espécie.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar o acórdão recorrido, determinando o prosseguimento da ação penal.

**É O VOTO.**