



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.349 - SP (2009/0101038-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : KURT PAUL PICKEL

EMENTA

HABEAS CORPUS. “OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA”. DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. DESCONEXÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MEDIDA CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO FORMAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVOS IDÔNEOS. BUSCA GENÉRICA DE DADOS.

As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal.

A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa.

A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social.

Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, *in casu*, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual.

Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi, acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, concedendo parcialmente a ordem de habeas corpus e o voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues no mesmo sentido, a Turma, por maioria, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencido o Sr. Ministro Og Fernandes, que conhecia parcialmente do pedido de habeas corpus e, nessa extensão, denegava a ordem, expedindo habeas corpus de ofício." Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 05 de abril de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.349 - SP (2009/0101038-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : KURT PAUL PICKEL

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se do julgamento conjunto de dois procedimentos heroicos. O primeiro *habeas corpus*, com pedido liminar, é este de n.º 137.349/SP, e foi impetrado em 27/5/2009 pelos advogados Alberto Zacharias Toron, Carla Vanessa T. H. de Domenico e Claudia Maria Bernasconi, em favor de KURT PAUL PICKEL, tendo como autoridade coatora Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Relatora do HC nº 2009.03.00.014446-1.

Narra a impetração que, após um ano e dois meses de investigação sigilosa, fundada na quebra de sigilo de dados, interceptação telefônica e telemática, escuta ambiental e monitoramento de pessoas, iniciada com base em denúncia anônima, o paciente foi preso preventivamente, na denominada operação da Polícia Federal denominada **Operação Castelo de Areia**.

Informa que, na mesma decisão que decretou a custódia cautelar do paciente, o Juízo de primeiro grau determinou “o cumprimento de mandado de busca e apreensão em sua residência, onde foram recolhidos todos os seus pertences indiscriminadamente, bem como decretado o bloqueio de suas contas correntes, a quebra do sigilo bancário e fiscal e o sequestro do apartamento em que reside” (fl. 9).

Nos autos do HC nº 2009.03.00009974-1, o Tribunal *a quo* revogou a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente. No entanto, a investigação continua e persistem os efeitos das demais medidas decretadas.

Foi impetrado, pela defesa, prévio *writ*, “em razão das ilegalidades que maculam a investigação e tornam nulos todos os atos e provas lá colhidos” (fl. 10), cujo pleito liminar foi indeferido, em decisão assim fundamentada (fls. 93/95):

A concessão de liminar em *habeas corpus* é medida de caráter excepcional, possível somente quando restar evidenciado, de plano, o alegado constrangimento ilegal, ou seja, quando presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Diante disso, ainda que com ressalvas, nosso ordenamento jurídico admite a denúncia anônima, desde que encerre em seu bojo informações que se revistam de credibilidade e contenham informações que se revistam de credibilidade e contenham informações suficientes à deflagração de procedimento de investigação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifico, dentro desse contexto, que a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico, na verdade, cingiu-se aos dados telefônicos, o que não se confunde com a inviolabilidade das comunicações havidas por telefone. Destaco que a decisão é expressa no sentido de determinar que as empresas operadoras de telefonia forneçam senhas para possibilitar aos agentes federais o acesso aos seus bancos de dados e à obtenção dos dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários.

Oportuno salientar, ainda, que os elementos que embasaram o início das interceptações telefônicas não estão restritos à denúncia anônima, como querem fazer crer os impetrantes.

Com efeito, colho dos autos que, além da denúncia anônima, o procedimento de interceptação telefônica também está lastreado em indícios obtidos a partir de investigações preliminares levadas a efeito pelo Departamento de Polícia Federal.

Ademais, consoante informado pelo magistrado impetrado, os elementos indiciários foram igualmente obtidos por meio do compartilhamento de informações constantes na “Operação Downtown”, em trâmite perante o Juízo Federal da 2ª Vara Criminal de São Paulo-SP.

Doutra parte, entendo não haver qualquer nulidade por não ter sido feita a degravação integral das conversas telefônicas interceptadas, pois a transcrição total das conversas, em muitos casos, acabaria por inviabilizar a investigação, podendo, inclusive, prejudicar a sua celeridade, conforme entendimento proclamado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal:

(...)

No que tange às prorrogações, as decisões estão suficientemente motivadas, sendo certo que o Colendo STF, em decisão recente, já decidiu pela sua possibilidade (Inquérito nº 2424/RJ) desde que devidamente fundamentadas e necessárias, conforme consta no Informativo nº 529 (período de 17 a 21 de novembro de 2008).

Por fim, as traduções dos diálogos feitos em idioma estrangeiro pelos policiais federais, a princípio, não se revestem de nulidade, considerando que os mesmo conhecem o idioma e estão capacitados para tal, mormente por se trata de feito em que o sigilo deve ser resguardado.

Com esteio no expendido, dentro do exame prévio, não verifico qualquer mácula no processo que determine de plano o sobrestamento do feito originário, razão pela qual a liminar pleiteada fica indeferida.

Daí o presente *mandamus*, no qual os impetrantes afirmam que toda a investigação, que culminou com a denominada **Operação Castelo de Areia**, teve início exclusivamente em *notitia criminis* anônima “dando conta de que uma pessoa de nome Kurt Pickel estaria se dedicando à atividade de compra e venda de dólares no mercado paralelo, sem qualquer respaldo legal para tanto. Tratar-se-ia de verdadeiro 'doleiro', atuando no mercado negro de moedas estrangeiras e, como tal, envolvido na prática de delitos contra o sistema financeiro nacional e, provavelmente, de lavagem de dinheiro” (fl. 11).

Com base em tal informação, a autoridade policial, para iniciar a investigação, “solicitou ao magistrado o fornecimento de senhas a policiais federais para que possam acessar os bancos de dados das empresas telefônicas e obterem dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários, o que foi deferido” (fl. 12).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduzem que a autoridade policial, após consultas a bancos de dados e acesso de dados pessoais do paciente e de terceiros desconhecidos, e “sem apresentar qualquer elemento informativo idôneo colhido por meio de investigação realizada pela Polícia Federal, requereu a interceptação telefônica dos telefones do paciente afirmando genericamente que ‘através de investigações preliminares foi obtida a informação de que Kurt prestaria seus serviços ilegais à construtoras de grande porte, como, por exemplo, a construtora Camargo Correa’” (fl. 12).

Esclarecem que o Ministério Público Federal e o magistrado *a quo* entenderam que tal pedido seria genérico, determinando fosse este esclarecido. Em nova manifestação da autoridade policial, afirmou que se tratava de pedido propositadamente genérico, sem lançar qualquer esclarecimento. A despeito disto, o pleito foi deferido.

Asseveram que a decisão que determinou o fornecimento de senhas a policiais federais, permitindo que estes realizassem a quebra do sigilo de dados de pessoas não identificadas, é carente de fundamentação, “vazia, infundada, genérica e sem conexão com a realidade” (fl. 26), não apontando elementos concretos que demonstrassem a necessidade da medida.

Defendem que tudo o que seguiu à denúncia anônima – o resultado das interceptações telefônicas, telemáticas, escutas ambientais e monitoramento de dados de pessoas – são dela derivados e, portanto, frutos de uma árvore envenenada.

Salientam que há flagrante ilegalidade, uma vez que tudo o que ocorreu até o presente momento é derivado exclusivamente de prova inadmitida em nosso ordenamento jurídico.

Entendem que não há que se afirmar que a denúncia anônima tenha se mostrado pertinente durante o curso das investigações, tendo em vista que levou à descoberta de fatos típicos.

Ressaltam que “não socorre a ideia de que os elementos indiciários decorreriam também do compartilhamento de dados com a “*Operação Downtown*”, porque “o pedido de compartilhamento das informações só ocorreu em 4 de agosto de 2008 (...), portanto, sete meses após o início do procedimento que se reputa ilegal” (fl. 16).

Apontam que todas as 33 (trinta e três) decisões que deferiram pedidos de prorrogação da interceptação telefônica, que durou um ano e dois meses, são desmotivadas.

Consideram que foi desrespeitado o prazo estabelecido no art. 5º da Lei nº 9.296/96, constatado evidente excesso de prazo, não cabendo falar-se em “razoabilidade para violar por mais de um ano direitos invioláveis, quais sejam, a liberdade e a intimidade” (fl. 40).

Reputam que o desrespeito à mencionada lei torna ilícita a prova produzida.

Consignam que não há nos autos transcrição integral das conversas gravadas, mas tão somente “diálogos transcritos, seguidos dos comentários da autoridade policial que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nada mais são que uma interpretação parcial do conteúdo de áudio”, o que fere o princípio da ampla defesa.

Destacam que “a simples existência de mídia eletrônica contendo a gravação das conversas não satisfaz a exigência legal” (fl. 47).

Requerem, liminarmente, o sobrestamento de qualquer investigação ou diligência em curso no procedimento em que se aponta o constrangimento ilegal, até o julgamento do presente *writ*. No mérito, pretendem o reconhecimento da imprestabilidade de toda prova que respalda a investigação obtida em razão de denúncia anônima e, por consequência, a nulidade de todo procedimento, inclusive das diligências de busca e apreensão, quebra de sigilos e bloqueios de contas correntes e patrimonial, que foram maculados por derivação. Alternativamente, pleiteiam seja determinada a transcrição integral feita por técnicos habilitados e tradutor juramentado de todas as conversas interceptadas.

Indeferida a liminar, foram solicitadas informações à autoridade coatora, que as prestou nos seguintes termos, no que interessa (fls. 2764/2766):

“...Cuidando-se de procedimento nulo, os impetrantes pedem a concessão de liminar para sobrestar qualquer investigação ou diligência em curso no procedimento originário.

O pedido foi indeferido, em síntese, sob o fundamento de que se admite a denúncia anônima que encerre em seu bojo informações que se revistam de credibilidade e contenham informações suficientes a deflagração de procedimento de investigação. Ademais, no caso *sub examen*, além da denúncia anônima, os elementos indiciários que lastrearam o procedimento de interceptação telefônica foram obtidos a partir de investigações preliminares levadas a efeito pelo Departamento de Polícia Federal e por meio do compartilhamento de informações constantes na "Operação Downtown", em trâmite perante o Juízo Federal da 2ª Vara Criminal de São Paulo-SP.

A degravação integral das conversas telefônicas interceptadas afigura-se desnecessária por inviabilizar a investigação, podendo, inclusive, prejudicar a sua celeridade bastando que sejam degradados os excertos necessários ao embasamento de eventual denúncia.

Por fim, a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico é expressa no sentido de determinar que as empresas operadoras de telefonia forneçam senhas para possibilitar aos agentes federais o acesso aos seus bancos de dados e a obtenção dos dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários, não configurada hipótese de inviolabilidade das comunicações.

Sendo estas as informações que, de momento, me são possíveis prestar, coloco-me a inteira disposição de Vossa Excelência para eventuais esclarecimentos, caso isto se revele necessário.”

Na sequência, observou-se o julgamento do mérito do *writ* originário, o qual foi denegado, concedendo-se, no entanto, ordem de ofício, consoante acórdão assim sumariado:

“PENAL: HABEAS CORPUS. PROCEDIMENTO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. FUNDAMENTOS. DENÚNCIA ANÔNIMA. ADMISSIBILIDADE. INFORMAÇÕES. CREDIBILIDADE. NECESSIDADE DE APURAÇÃO. DEVER FUNCIONAL DA AUTORIDADE. NECESSIDADE DE AGIR COM CAUTELA E DISCRIÇÃO. MEDIDAS CONSTRITIVAS. MÍNIMO RAZOÁVEL DE INDÍCIOS DE ATIVIDADE CRIMINOSA. LEI nº 9.296/96. ARTIGO 2º. INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DEVEM SER SALVAGUARDADAS. ACESSO AOS AUTOS FEITOS CONDUZIDOS SOB SIGILO DECRETADO JUDICIALMENTE. ACESSO ASSEGURADO EM RELAÇÃO ÀS INFORMAÇÕES INTRODUZIDAS NOS AUTOS. SÚMULA VINCULANTE Nº 14 DO STF. PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA. ARTIGO 20 DO CPP. AÇÃO PENAL DEFLAGRADA. INEXISTÊNCIA DE RISCO DO COMPROMETIMENTO DA EFICÁCIA DAS INVESTIGAÇÕES. CONHECIMENTO DA PROVA PRODUZIDA.

I - A jurisprudência tem admitido a instauração de procedimento investigatório com base unicamente em denúncia anônima desde que encerre em seu bojo informações que se revistam de credibilidade e contenham informações suficientes para que a autoridade diligencie a procedência das afirmações feitas.

II - Não se trata de uma faculdade. Quando a **notitia criminis** trazer ao conhecimento fatos revestidos de aparente ilicitude penal, o Estado tem a obrigação de apurar a procedência das afirmações feitas por meio de investigações.

III - Embora a denúncia anônima não possua, por si só, força probatória, é admitida como elemento válido a desencadear as investigações necessárias ao esclarecimento de supostos crimes.

IV - Na esteira do entendimento jurisprudencial perfilhado, não há ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações deflagradas por denúncia anônima, eis que a autoridade tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados, devendo, contudo, proceder com cautela.

V - Embora a denúncia anônima seja apta a ensejar a investigação dos fatos narrados, ela não tem o condão de, por si só, autorizar a adoção de medidas constritivas como a busca domiciliar, a interceptação telefônica e a quebra do sigilo de dados, para as quais se exige um mínimo razoável de indícios de atividade criminosa.

VI - É esse o teor da Lei nº 9.296/96, que dispõe sobre as interceptações telefônicas, cujo artigo 2º expressamente veda a sua realização quando não houver indícios razoáveis de infração penal punida com reclusão e quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, vale dizer, meios que não se contraponham à inviolabilidade constitucionalmente assegurada, ou o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

VII - Mostra-se irrelevante a discussão a respeito da validade das medidas constritivas pois, ao contrário do sustentado pelos impetrantes, as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora são categóricas no sentido de que os elementos que embasaram o início das interceptações telefônicas não estão adstritos à denúncia anônima, tendo se pautado, também, em elementos concretos, colhidos através de investigações preliminares realizadas pela Unidade de Análise e Inteligência da Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros - DELFIN que apontaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para existência de organização criminosa voltada para a prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e eventuais crimes de "lavagem" de valores, bem como no compartilhamento de informações constantes em ação penal diversa.

VIII - Os elementos que embasaram o início das interceptações telefônicas não estão restritos à denúncia anônima, estando lastreado em indícios obtidos a partir de investigações preliminares levadas a efeito pelo Departamento de Polícia Federal e, por meio do compartilhamento de informações constantes em ação penal diversa.

IX - As investigações preliminares consistentes em diligências empreendidas para apurar a denúncia anônima não foram juntadas aos autos, a evidenciar que tanto os réus, como os seus advogados não tiveram acesso a elas.

X - O procedimento investigatório não é informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa. É certo, também, que sempre que contrapostos, o interesse público deve ficar acima do interesse privado, sem que isso signifique, necessariamente e sempre, uma violação de direitos.

XI - Hodiernamente prevalece a orientação de que devem ser conciliados os interesses da investigação e o direito à informação do investigado e, conseqüentemente, de seu advogado, a fim de salvaguardar as suas garantias constitucionais.

XII - Na esteira do entendimento firmado pelo STF, esta Corte tem assegurado a amplitude do direito de defesa em sede de inquéritos policiais em especial no que diz respeito ao exercício do contraditório e ao acesso de dados e documentos já produzidos no âmbito das investigações criminais.

XIII - Tal posicionamento, contudo, ressalva os procedimentos que, por sua própria natureza, não dispensem o sigilo, sob pena de ineficácia da diligência investigatória, hipótese em que o acesso deverá ser assegurado em relação às informações já introduzidas nos autos.

XIV - O acesso a toda informação já produzida e formalmente incorporada aos autos da persecução penal, decorre igualmente do princípio da comunhão (ou da aquisição) da prova segundo o qual a prova é comum, ou seja, estando no processo, ela pertence a todos os sujeitos processuais.

XV - O princípio da comunhão da prova, estabelece situação de igualdade das partes na relação jurídico-processual, de forma a possibilitar ao que sofre persecução penal, ainda que tramite em regime de sigilo, o conhecimento do acervo probatório coligido nos autos e cujo teor possa ser, eventualmente, de seu interesse.

XVI - Assegura-se, portanto, à pessoa investigada, por meio de seu patrono constituído, o acesso aos elementos probatórios que já tenham sido **levados aos autos** da investigação penal, como indícios, fundamentos e/ou informações, os quais deverão ser efetivamente introduzidos no processo, ainda que em apenso aos autos principais.

XVII - O entendimento proclamado não significa negar à autoridade que conduz o procedimento investigatório a possibilidade de impor o sigilo ao inquérito policial quando necessário à elucidação dos fatos ou quando exigido pelo interesse da sociedade, conforme preceitua o artigo 20 do CPP. É inadmissível que findas as investigações e, portanto, sem possibilidade de comprometimento da sua eficácia, e uma vez deflagrada a ação penal, os réus não tenham conhecimento da prova produzida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

XVIII - Negar aos réus o acesso às informações coligidas, cuja influência no convencimento do Julgador se mostra inquestionável, constitui manifesta violação do direito ao contraditório e à ampla defesa, assegurados pelo artigo 5º, inciso LV, da CF.

XIX - Até mesmo em hipótese de delação premiada, o caráter sigiloso cinge-se ao acordo celebrado com o réu colaborador e não às declarações incriminadoras, sob pena de se tornar possível a condenação de alguém com base em "prova secreta".

XX - Assentado o direito ao acesso dos réus delatados às declarações incriminadoras, com muito mais razão não é possível obstar-lhes o acesso às investigações preliminares que deram ensejo à deflagração do procedimento de interceptação.

XXI - À luz do caso concreto, há ação penal em curso, não se justificando eventual impedimento ao acesso amplo dos diversos elementos probatórios já produzidos nos autos da persecução penal e, portanto, a estes devem formalmente ser incorporados.

XXII - As investigações preliminares levadas a cabo pela Polícia Federal devem ser juntadas aos autos, dada a sua imprescindibilidade para a aferição do valor jurídico da denúncia anônima e das provas que dela derivaram e para assegurar a amplitude do direito de defesa.

XXIII - Concedido **habeas corpus** de ofício para garantir ao paciente, por intermédio de seus Advogados regularmente constituídos, o direito de acesso a todas as investigações preliminares, concomitantes, ou mesmo posteriores ao procedimento de interceptação telefônica, e que aos mesmos digam respeito, determinando a sua pronta vinda aos autos. Para tanto, determino a publicidade imediata dos documentos que, lacrados, se encontram juntados aos autos. Prejudicado, por ora, o exame das questões suscitadas na presente impetração, considerando-se que a legalidade das mesmas somente poderá ser aferida frente ao novo quadro processual que se delineará com a juntada aos autos das mencionadas investigações e amplo conhecimento dos réus/investigados e seus respectivos advogados."

O Ministério Público Federal, por sua vez, instado a manifestar-se na condição de *custos legis*, opinou pelo não conhecimento da ordem, em face da previsão sumular 691 do Supremo Tribunal Federal.

Registre-se, ainda, que houve aditamento do *writ*, por parte dos Impetrantes, para que fosse conhecido, uma vez julgado o mérito do processamento originário.

O Segundo *habeas corpus*, o HC de n.º 159.159/SP, no qual foi requerido e decretado o sigilo dos autos, também com pedido de liminar, foi ajuizado nesta Corte em benefício dos corréus P. F. G.-B., D. B. e F. D. G., consoante petição assinada pelos advogados Celso Sanchez Vilardi e Luciano Quintanilha de Almeida, autuado nesta Corte sob o n.º 159.159/SP, e apresentando semelhante discussão, no bojo do qual o eminente Ministro Cesar Asfor Rocha, na presidência, deferiu a liminar, determinando a suspensão de todos os procedimentos relativos à denominada operação "Castelo de Areia".

Veja-se o teor da referida decisão:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“Neste *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, os impetrantes alegam que os pacientes tiveram afrontadas as suas garantias processuais por ter sido deflagrada, contra eles, no âmbito da 6ª Vara Federal da SJ/SP, uma Ação Penal calcada em Procedimento Criminal Diverso-PCD, iniciado no âmbito do Departamento da Polícia Federal, instaurado com base em uma **delação anônima e secreta**, do que decorreu, sem sequer uma mínima averiguação prévia, a quebra de sigilo telefônico, ademais em decisão desfundamentada e genérica (alcançando todos os usuários do serviço de telefonia), tendo as escutas sido prorrogadas - também sem fundamentação - por período superior a 14 meses, já aí alcançando os pacientes.

Antes deste HC, de que ora se cogita, os pacientes ingressaram com idêntica medida no colendo TRF da 3ª Região, tendo a sua egrégia 2ª Turma, aqui apontada como autoridade coatora, se omitido de julgar as teses jurídicas por eles apresentadas àquela Corte, em que vindicaram a nulidade da Ação Penal referenciada, pelos vícios acima expostos.

Os impetrantes reclamam que ao egrégio TRF de origem não era cabível deixar de apreciar e julgar como entendesse de direito as alegações que os pacientes lhe submeteram, para o que teriam que levar em conta, obviamente, os argumentos deduzidos na postulação e a documentação **constante do processo**.

No entanto, assim não agiu tendo para tanto se valido, como consta nas razões de decidir, de uma estranha e intempestiva **comunicação secreta** não apensada aos autos, constante de **ofício reservado** passado pelo Juiz Federal da 6ª. Vara da SJ/SP à Relatora do feito mandamental no TRF, cuja existência só foi anunciada no instante do julgamento (e ainda assim só depois da sustentação oral formulada naquela ocasião), onde constaria a informação de que a deflagração referida estava alicerçada em denúncia anônima e apurações preliminares levadas a efeito pelo Departamento de Polícia Federal.

Apontam, ainda, os impetrantes, em reforço da alegação de que essas investigações preliminares não se acham autuadas, o fato de o próprio Magistrado, no tal **ofício secreto**, ter solicitado que a informação repassada nesse mesmo **expediente sigiloso não fosse juntada aos autos do pedido de Habeas Corpus**.

Registro que o pedido de tutela mandamental neste HC é apenas para sustar o trâmite da Ação Penal 2009.61.81.006881-7, da 6ª Vara Federal da SJ/SP, e os demais feitos a ela relacionados, tendo em vista a ilicitude das provas coligidas, somente até o julgamento do mérito desta impetração, cujo núcleo é o reconhecimento da ilicitude das provas obtidas nas interceptações telefônicas constantes dos autos do PCD 2008.61.81.000237-1, da mesma Vara Federal, para ulterior aplicação do art. 157 do CPP e do seu § 1º.

Esses dispositivos do CPP proclamam que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, e também as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Passo a decidir.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01. Cabe-me apreciar neste HC tão só e apenas o pedido de medida liminar, cuja cognição é essencialmente limitada à verificação da presença simultânea da **aparência de bom direito** e da **iminência de dano de monta a esse mesmo direito**, de forma a impor a necessidade de concessão de tutela de eficácia imediata ou prontíssima, no interesse processual de colocar a salvo de desgaste a inteireza da relação jurídica subjetiva para a qual se postula a proteção judicial mandamental.

Em razão da sua precariedade, a tutela judicial liminar não tem a força de constituir ou desconstituir situação substantiva consolidada, senão somente a de preservá-la ou conservá-la ou ainda de acautelar ou evitar a ocorrência de prejuízo relevante ao direito da parte que a postula, quando esse direito se mostrar visível ao primeiro exame, vale dizer, se mostrar aparente, ainda que a conclusão quanto à sua existência e consistência seja provisória ou modificável.

02. Cumpre observar que o sistema jurídico do País e o seu ordenamento positivo não aceitam que o escrito anônimo possa, em linha de princípio e por si, isoladamente considerado, justificar a imediata instauração da *persecutio criminis*, porquanto a Constituição **proscree o anonimato** (art. 5º, IV), daí resultando o inegável **desvalor jurídico** de qualquer ato oficial de qualquer agente estatal que repouse o seu fundamento sobre **comunicação anônima**, como o reconheceu o Pleno do STF no julgamento do INQ 1957, Rel. Min. Cézar Peluso (DJU de 11.11.2005), ainda que se admita que possa servir para instauração de **averiguações preliminares**, na forma do art. 5º, § 3º, do CPP, ao fim das quais se confirmará – ou não – a notícia dada por pessoa de identidade ignorada ou mediante escrito apócrifo..

Nesta Corte Superior a orientação dos julgamentos segue esse mesmo roteiro, destacando dentre muitos e por todos o que decidido no HC 74.581 (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 10.03.2008) e no HC 64.096 (Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 04.08.2008).

No exame da presente hipótese, tenho como fortes os indicativos de que a referida delação anônima **serviu diretamente** à instauração das medidas persecutórias no Juízo da 6ª Vara Federal da SJ/SP, conforme se pode **claramente ler** na solicitação do Juiz do feito, no ofício reservado que encaminhou à Relatora do HC no TRF da 3ª Região, no qual postula que a informação ali prestada **não seja juntada aos autos do pleito mandamental**.

Essa circunstância, que em outros contextos até poderia ser eventualmente irrelevante, sugere que as mencionadas investigações preliminares, **se é que foram realmente encetadas**, não tiveram os seus resultados postos nos autos ou foram subtraídos ao exame dos pacientes, o que não é abonado pelas normas legais que regem as atividades investigatórias pré-processuais.

03. Noutro viés, a teor do art. 93, IX, da Constituição, é de curial sabença que a fundamentação é requisito de validade de qualquer decisão judicial.

Ora, com muito maior razão há de se ver que terá de ser ainda mais fortemente fundamentada a decisão que excepciona, anula e afasta os sigilos assegurados na Carta Magna, que decorrem de **conquistas civilizatórias**, por isso mesmo que é diretriz uniforme da jurisprudência das Cortes e das lições da doutrina jurídica a sua exigência imposterável a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não tolerar que o afastamento daquelas garantias se faça de modo banal ou simples, calcada apenas, por exemplo, na comodidade da coleta de indícios ou produção de provas. Assim é que se requer, como anotam os impetrantes, que a quebra do sigilo telefônico só se dê por decisão exaustivamente fundamentada e individualizada.

Examinando-se demoradamente a situação retratada neste HC, verifica-se que não passou à margem da acuidade do douto Procurador da República que era por demais genérico o primeiro pedido de quebra de sigilos telefônicos **por isso mesmo que não o acolheu, devolvendo-o à Autoridade Policial**, que, por seu turno, reiterou-o assentando **que o seu pleito fora genérico de propósito**, mas mesmo assim o MPF o aceitou, de idêntico modo procedendo o Juiz Federal da 6ª Vara da SJ/SP.

04. Desponta, noutro passo, o fato de que a quebra do sigilo telefônico deu-se por prazo superior a 14 meses, ainda que por períodos renovados, o que abala o decidido pela eg. 6ª Turma deste colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 76.686 (Rel. Min. Nilson Naves, DJU 10/11/2008).

05. Não fico desatento, de mais a mais, nessa primeira análise, que a ordem para quebra do sigilo tinha uma abrangência tão ampla e irrestrita que poderia até invadir a reserva de intimidade de toda e qualquer pessoa que se utiliza dos sistemas de telecomunicações, como, aliás, observaram, assustadas, as empresas de telefonia (fls. 642/643).

06. Pelo tanto exposto, confesso-me convicto que o contexto dos autos evidencia que a Ação Penal em apreço se mostra fortemente impactada pelos argumentos jurídicos trazidos pelos impetrantes, fazendo surgir aquela **aparência de bom direito, ou seja, a plausibilidade de o direito invocado vir a receber tutela de mérito positiva**, como igualmente antevejo que a persistência da mesma Ação Penal causa aos pacientes dano jurídico de monta, decorrente da própria existência do processo em condições **aparentemente injurídicas**, vulnerando-lhes direito subjetivo que cumpre ser resguardado.

Por outro lado, a tutela judicial liminarmente postulada **não acarreta o trancamento da Ação Penal em apreço, não liberta pessoas detidas, não disponibiliza patrimônios constritos e não produz efeitos definitivos sobre o mérito da pretensão punitiva**; porém, a sua continuidade e assim como dos feitos que derivam do mesmo PCD lavra contra os pacientes efeitos particularmente lesivos, por submetê-los a processo penal aparentemente eivado de insanáveis vícios, isso só já representando um constrangimento ilegal a que se deve pôr cobro de imediato, em atenção ao direito fundamental que tem toda pessoa de não sofrer ação punitiva sem a observância das suas garantias processuais.

Nessas condições, considerando que se o referido PCD não for objeto de suspensão imediata, poderá lastrear ações penais outras, criando contra os pacientes situações plurais de constrangimento ilegal, defiro a suspensão provisória imediata do trâmite da mencionada Ação Penal e das iniciativas sancionatórias que têm por supedâneo os elementos colhidos no PCD 2008.61.81.000237-1, da 6ª Vara Federal da SJ/SP, até o julgamento de mérito deste HC pela Turma a que couber a sua distribuição, obviamente sem embargo de o seu Relator, **que conduzirá o feito a partir do dia 1º de fevereiro do corrente ano**, poder alterar os termos, o alcance ou o conteúdo desta decisão, o que faço com esteio do art. 83, § 1º, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Regimento Interno do STJ, que atribui ao Presidente, nos feriados e nas férias coletivas, decidir pedidos de liminar em mandado de segurança e *habeas corpus*.

Comunique-se com urgência o inteiro teor desta decisão ao egrégio TRF da 3ª Região e ao Juízo da 6ª Vara Federal da SJ/SP, para que lhe seja dado integral cumprimento; após, distribua-se este feito em forma regular para ser submetido ao seu Relator logo após o recesso da Corte.”

Em suma, o presente *habeas corpus* tem os mesmos contornos do anteriormente relatado, apontando os Impetrantes a ilegalidade da quebra do sigilo telefônico em face da existência de denúncia anônima.

Afirmam não ser verdade que a investigação iniciou-se após supostas averiguações preliminares, realizadas pela polícia judiciária, porquanto em nenhum momento foram estas conhecidas ou mesmo citadas para justificar o deferimento da invasão dos dados telefônicos, somente vindo à tona depois de concretizada invasão da privacidade, assim também ocorrendo em relação à eventual delação premiada, que só foi anunciada depois de julgado o *habeas corpus* perante o Tribunal *a quo*, não constando de qualquer pedido da autoridade policial, do ministério público ou mesmo das decisões do Juízo do caso.

Os Impetrantes sustentam, também, que o tempo de realização do monitoramento dos Pacientes viola qualquer regra de bom senso e razoabilidade.

Com o deferimento da liminar, o Ministério Público Federal interpôs agravo interno, no bojo do qual foi mantida a referida medida liminar.

Sobreveio, então, o parecer de fls. 1703/1725, pela denegação da ordem, consoante os termos da ementa:

“HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, DE LAVAGEM DE DINHEIRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA DETECTADOS ATRAVÉS DE INVESTIGAÇÕES REALIZADAS PELA POLÍCIA FEDERAL, NO CURSO DA OPERAÇÃO “CASTELO DE AREIA”. WRIT QUE VISA O RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA QUEBRA DO SIGILIO TELEFÔNICO DETERMINADA NO BOJO DA REFERIDA OPERAÇÃO, COM A CONSEQUENTE ANULAÇÃO DE TODOS OS PROCEDIMENTOS REALIZADOS COM BASE NAS PROVAS PRODUZIDAS. ALEGATIVA DE QUE AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS FORAM DEFLAGRADAS COM APOIO EM SIMPLES DENÚNCIA ANÔNIMA. DESCABIMENTO. AINDA QUE COM RESERVAS, A DENÚNCIA ANÔNIMA É ADMITIDA EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO, SENDO CONSIDERADA APTA A DEFLAGRAR PROCEDIMENTOS DE AVERIGUAÇÃO, SE APRESENTAR ELEMENTOS INFORMATIVOS IDÔNEOS SUFICIENTES E DESDE QUE OBSERVADAS AS DEVIDAS CAUTELAS NO QUE DIZ RESPEITO À IDENTIDADE DO INVESTIGADO. PRECEDENTES DO STJ. MEDIDA INVASIVA PRECEDIDA POR DIVERSAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES, CUJOS RESULTADOS SE MOSTRARAM HARMÔNICOS COM O TEOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA DELAÇÃO APÓCRIFA. ALEGATIVA DE AUSÊNCIA DE MOTIVOS PARA A AUTORIZAÇÃO DA QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, BEM COMO PARA SUA PRORROGAÇÃO POR 14 MESES. DESCABIMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA DE FORMA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA, PELO MAGISTRADO COMPETENTE, NO CURSO DO PROCEDIMENTO CRIMINAL PREPARATÓRIO. OBEDIÊNCIA AOS REQUISITOS DISPOSTOS NA LEI 9.296/96. INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO LEGAL AO NÚMERO DE PRORROGAÇÕES DO MONITORAMENTO TELEFÔNICO, SE A COMPLEXIDADE DAS INFRAÇÕES PENAIS EXIGIR O PROSSEGUIMENTO DE TAL PROVIDÊNCIA INVESTIGATIVA E SE ESSA CIRCUNSTÂNCIA FICAR DEMONSTRADA POR DECISÃO SUFICIENTEMENTE MOTIVADA. PARECER PELO CONHECIMENTO E PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ”

É de se anotar, igualmente, que esta relatora, em face de pedido dos impetrantes, resolveu manter o sigilo dos autos, fazendo lacrar, em duas oportunidades, documentos remetidos da origem que não faziam parte da ação penal.

Por tudo o que ficou delineado, urge, portanto, o julgamento conjunto de ambos os *habeas corpus*, porquanto se reportam a mesma base de suposta ilegalidade, sendo definidos na origem por uma mesma linha de argumentação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.349 - SP (2009/0101038-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. “OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA”. DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. DESCONEXÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MEDIDA CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO FORMAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVOS IDÔNEOS. BUSCA GENÉRICA DE DADOS.

As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal.

A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa.

A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social.

Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, *in casu*, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual.

Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Afira-se, de saída, a viabilidade da apreciação dos temas suscitados nesta primeira impetração em virtude do julgamento do mérito do *writ* originário, conforme aludido em aditamento acostado pelos Impetrantes.

Sem dúvida, a discussão passou ao comando do entendimento do colegiado de origem, não sendo o caso de postergar-se sua análise, notadamente porque as questões postas mantêm-se inalteradas mesmo com a sobrevinda do acórdão do prévio *habeas corpus* (HC n.º 2009.03.00.014446-1).

Assim, seria mero preciosismo impedir a continuidade do procedimento heroico só pelo fato de inicialmente contestar a decisão liminar da Relatora na origem.

Além do que, é de se observar que no HC 159.159/SP, no curso do qual todo o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

debate é reproduzido, o acórdão originário seguiu a mesma linha de argumentação, tendo, inclusive, o Ministério Público Federal, nesta Corte, oferecido substancial manifestação, o que deverá ser levado em conta para o fim do exame pretendido.

Retomando o exame das pretensões, segundo se depreende da exposição, bem como da discussão promovida pela defesa dos Pacientes, a questão prioritária tem suas bases fincadas na alegação da ilicitude da prova colhida na investigação inicial, bem assim no seu desenrolar.

Antes de adentrar nos temas da impetração, diga-se que a perquirição das nuances do caso, dada a complexidade e a existência de inúmeros procedimentos dele dependentes, reclama o exame necessário e conjugado de princípios e normas com assento na ordem dos direitos fundamentais.

O que se está a debater praticamente esgota e desvenda o âmbito de atuação das autoridades públicas, com vistas à proteção da segurança social, em comparação com o leque de normas de proteção da liberdade individual, no qual se encontra, também, o direito à intimidade.

Qual o limite, no caso concreto, do direito da coletividade à persecução penal?

Esse parece ser o ponto candente da discussão heroica.

Sem dúvida, controvérsias como as que tais serão sempre ditadas pelo conflito de princípios fundamentais onde a solução tende a alicerçar-se no equilíbrio entre a liberdade do cidadão, de grande valia para a preservação do Estado Democrático de Direito, nos fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III, da CR), e o sentido da segurança social, sem a qual o próprio Estado deixaria de existir.

Se de um lado a pessoa deve ter preservada a sua individualidade, de outro, o Poder Público tem a prerrogativa de fazer prevalecer a ordem, afastando e coibindo, **dentro do plano da legalidade**, eventuais desestímulos à paz social. E tudo se interpondo no curso da previsão constitucional do devido processo legal.

A título de menção, esclareça-se que a doutrina, de modo geral, tem dado ênfase à necessidade de se buscar um ponto médio entre o direito libertário e a salvaguarda da sociedade.

Neste ponto é que Inês Moreira Santos, em obra organizada pelos Professores Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, com apoio na doutrina lusitana acerca do direito fundamental à privacidade versus persecução criminal, lembra com bastante percuciência que:

“O direito à reserva da intimidade, 'não é ilimitado ou absoluto, uma vez que, a relativização das liberdades públicas constitui a têmpera necessária para manter o equilíbrio do ordenamento jurídico e o processo criminal compreende o vector que assume a responsabilidade em estabelecer uma harmonia entre as esferas das exigências comunitárias da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

repressão do crime (interesse social) e a proteção de liberdades fundamentais, como é o direito à intimidade (interesse individual).” (Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pág. 106).

Diante do embate normal de direitos fundamentais, por óbvio que a análise do fato concreto afigura-se, para o julgador, um atuar sempre comprometido, o que qualifica a discussão, na medida em que, sendo ele partícipe dos papéis sociais, algumas vezes se deixa levar por esta ou aquela ideologia, ora tendente a considerar subordinante a ordem das garantias individuais, ora vislumbrando a prevalência da segurança pública, por meio da imposição rígida do ordenamento jurídico.

Ocorre que a visão de supremacia da proteção social, embate que se avizinha do contexto ora examinado, envolve mais do que a simples atuação dos poderes constituídos em prol da segurança comunitária.

Isso se dá, no plano do direito pátrio, porque, ao atuar, o agente público deve ter o cuidado de fazê-lo **dentro da legalidade**, porquanto, mesmo exercendo seu múnus contra possíveis atos desviantes, é-lhe defeso abrigar meios de concreção “absolutamente ilegais”. Aí está o fundamento da atuação estatal, na medida em que “*O sujeito investido no exercício de competências estatais se encontra em situação de responsabilização administrativa no sentido de submissão ao direito e vinculação à realização dos fins que justificam a existência do Estado.*” (Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 664).

Reafirme-se: a perquirição dos pontos de estrangulamento entre o que se deve ter como liberdade individual e o que deve ser entendido como prerrogativa de persecução criminal, há de merecer o cuidado absoluto do julgador, inclusive no tocante a reconhecer as limitações do procedimento escolhido para análise do caso concreto.

É momento de averiguar os parâmetros da causa penal.

Consta dos autos, a partir das fls. 241 do primeiro h.c., que a Polícia Federal, após receber denúncia anônima de que o suíço, naturalizado brasileiro, KURT PAUL PICKEL estaria se dedicando à atividade ilegal de compra e venda de dólares, representou ao Juízo da Vara Especializada em Crimes Financeiros da Seção Judiciária de São Paulo, em 10/1/2008, pela quebra do sigilo telefônico dos usuários de telefonia, para que se pudesse dar início às investigações formais, já que “...nestes tipos de delitos, há enorme dificuldade na obtenção de provas” (Ofício n.º 2504/2008). Foi a parte inicial do pedido (fl. 245 dos autos do HC 137.349):

“Recebemos nesta Unidade de Análise e Inteligência (UADIP/DELEFIN/DRCOR/SR/DPF/SP) notitia criminis anônima dando conta de que uma pessoa de nome KURT PICKEL estaria se dedicando à atividade de compra e venda de dólares no mercado paralelo, sem qualquer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

respaldo legal para tanto.

Trata-se de verdadeiro “doleiro”, atuando no mercado negro de moedas estrangeiras e, como tal, envolvido na prática de delitos contra o Sistema Financeiro Nacional e, provavelmente, de lavagem de dinheiro.”

Encaminhado o pedido à análise do Ministério Público Federal, o seu representante manifestou-se no sentido de que fosse esclarecida a diligência pela autoridade policial, já que o pedido se apresentava genérico no tocante a disponibilizar senhas a determinados policiais para que pudessem “acessar os bancos de dados das empresas telefônicas e obterem dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários” (fl.250). E mais: esperava o M.P.F. fosse aclarada a diligência quanto ao alvo escolhido.

Também é de rigor a transcrição da promoção ministerial, *verbis* (fl. 250):

“O MPF entende que efetivamente é o caso de investigação do nominado.

No entanto, ao final, o pedido da ilustre autoridade policial é por demais genérico ao solicitar senha para 'que possam acessar os bancos de dados das empresas telefônicas e obterem dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários'.

Assim, de modo a não sugerir nada que possa afetar as investigações imaginadas pela autoridade policial, opino pelo retorno dos autos ao DPF, em caráter sigiloso, para que as diligências sejam melhor especificadas considerando-se o alvo escolhido.”

Em resposta, a autoridade policial informou que o pedido era proposital justamente para se impedir o vazamento de informações (fl. 255), conforme já teria ocorrido em outra investigação (“Trata-se de proposital pedido genérico com o fito de assegurar o sigilo das investigações” – fl. 255).

Com isso, sobreveio a chancela do representante do Ministério Público e, ao depois, o deferimento da medida. Vejam-se os fundamentos da decisão assinada em 22/1/2008, pelo Juiz Substituto da 6ª Vara Federal (fls. 258/259):

“Trata-se de representação formulada pela I. Autoridade Policial visando o fornecimento de senhas para que os policiais federais integrantes da Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros - DELEFIN possam acessar os bancos de dados das empresas telefônicas e obterem informações relativas aos cadastros de assinantes e usuários.

Informa a Autoridade Policial que a Unidade de Análise e Inteligência daquela Delegacia recebeu notícia anônima dando conta de que KURT PICKEL estaria, sem respaldo legal, praticando atividade de compra e venda de dólares no mercado paralelo e, dessa forma, incidindo na prática de delitos contra o Sistema Financeiro Nacional e eventualmente “lavagem” de valores.

Invocando a dificuldade na obtenção de provas nos delitos em questão a Autoridade Policial requer a quebra do sigilo telefônico.

Inicialmente o representante do “parquet” federal, entendendo o pedido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

excessivamente genérico, solicitou o retorno dos autos ao Departamento de Federal para que as diligências fossem melhor especificadas.

Com a justificativa apresentada à fl. 13 dos autos, o Ministério Público Federal manifestou-se favoravelmente ao pedido (fl. 14).

É o relatório.

Decido.

Os sigilos constitucionais não são absolutos, como, aliás, todos os demais direitos e garantias fundamentais, devendo ceder passo, por meio de competente determinação judicial, em hipótese devidamente fundamentada, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, advindos do caráter material do princípio do devido processo legal, previsto constitucionalmente no inciso LIV do art. 5º.

Não se olvida que no momento em que os direitos fundamentais sejam empregados como escudo para possibilitar o cometimento de práticas ilícitas, é correto que se dê prevalência a outros princípios constitucionais, implícitos ou explícitos, sobre tais direitos, sem que haja qualquer ofensa a ordem jurídica.

O balizamento que se deve fazer busca atender uma das finalidades do direito, que é o da pacificação social. Entretanto, esta não se tornará possível se se permitir o cometimento de delitos protegidos por direitos fundamentais que visam exatamente combater tais práticas.

Averiguando a informação recebida, a Autoridade Policial, após pesquisa em seu banco de dados, identificou a pessoa de KURT PAUL PICKEL, nascido na Suíça e detentor do CPF n.º 090.271.208-03, como sendo o possível envolvido na atividade de compra e venda de dólares no mercado paralelo.

Desse modo, como meio de prosseguimento das investigações, a quebra do sigilo telefônico revela-se indispensável à investigação, pois cuidam-se de fatos graves que envolveriam delitos contra o Sistema Financeiro Nacional e eventual “lavagem” de valores.

Portanto, diante da existência de indícios apurados em trabalhos de inteligência de que KURT PAUL PICKEL possa ser um “doleiro” e consequentemente estar atuando na prática de delitos contra o Sistema Financeiro Nacional e na “lavagem” de valores, e não havendo outros meios para apurar os fatos, impõe-se o acolhimento da medida acautelatória para identificar o suposto *modus operandi* e a origem dos recursos.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 1º da Lei n.º 9.296, de 24.07.1996, defiro o pedido de QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO, e DETERMINO a expedição de ofícios às empresas de telefonia (Telefônica, Embratel, Vésper, Vivo, Tim, Claro, Oi e Nextel) a fim de que sejam fornecidas senhas, com o prazo de 30 (trinta) dias, aos policiais federais KARINA MURAKAMI SOUZA, OTAVIO MARGONARI RUSSO, PAULO CORREA ALMEIDA, RENATO SADAIKE e ALEXANDRE LINO DE SOUZA, todos em exercício na UADIP/DELEFIN/SR/DPF/SP, para que possam acessar os bancos de dados das referidas empresas telefônicas e obterem dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários.

OFICIE-SE a Autoridade Policial encaminhando cópia da presente decisão e dos ofícios a serem remetidos às operadoras de telefonia.

Os ofícios a serem encaminhados às operadoras de telefonia poderão ser enviados via fac-símile, devendo os originais ser encaminhados posteriormente, no prazo de 07 (sete) dias úteis.

Considerando-se que as informações constantes dos autos estão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

protegidas pelo sigilo de dados, e a fim de resguardar os interesses das pessoas eventualmente envolvidas, determino, desde já, o sigilo dos autos, apondo-se a tarja SIGILOSO, devendo a eles ter acesso somente as partes e autoridades que nele oficiarem, anotando-se.”

Feito o levantamento inicial, foram descobertos os terminais telefônicos do sujeito objeto da apuração, em face dos quais foi solicitada nova quebra de sigilo telefônico com a respectiva interceptação das linhas relacionadas, sendo a representação atendida por decisão proferida em 13/2/2008.

Novamente, com a finalidade de facilitar o contexto da análise ora vindicada, vejam-se as seguintes passagens da decisão (fls. 277/279 do HC 137.349):

“Trata-se de representação formulada pela I. Autoridade Policial visando a quebra de sigilo de dados das comunicações telefônicas e respectiva interceptação das linhas indicadas às fls. 30/33.

Em síntese, aduz a Autoridade Policial acerca da imprescindibilidade da adoção da presente medida porquanto por meio de *notitia criminis* foi possível verificar que supostamente um indivíduo suíço, naturalizado brasileiro, identificado como KURT PICKEL, estaria atuando possivelmente no mercado ilegal de câmbio, tudo com indícios, em tese, do cometimento de delitos contra o Sistema Financeiro Nacional, bem como de "lavagem" de valores.

Consta na Representação Policial, ainda, o fato de que referido sujeito também estaria atuando junto a construtoras de grande porte, tais como a CONSTRUTORA CAMARGO CORREIA, através da suposta prestação de serviços ilegais.

Relata ser indispensável a interceptação telefônica do alvo apontado, em razão de que os delitos de tal natureza são de difícil comprovação.

O Ministério Público Federal manifestou-se favoravelmente ao pedido (fl. 34).

(...)

Em síntese, aduz a Autoridade Policial acerca da imprescindibilidade da adoção da presente medida porquanto por meio de *notitia criminis* foi possível verificar que supostamente um indivíduo suíço, naturalizado brasileiro, identificado como KURT PICKEL, estaria atuando possivelmente no mercado ilegal de câmbio, tudo com indícios, em tese, do cometimento de delitos contra o Sistema Financeiro Nacional, bem como de "lavagem" de valores.

Consta na Representação Policial, ainda, o fato de que referido sujeito também estaria atuando junto a construtoras de grande porte, tais como a CAMARGO CORREIA, através da suposta prestação de serviços ilegais.

Relata ser indispensável a interceptação telefônica do alvo apontado, em razão de que os delitos de tal natureza são de difícil comprovação.

(...)

In casu, por meio de *notitia criminis*, restou verificado que KURT PAUL PICKEL, nascido na Suíça e naturalizado brasileiro, possivelmente estaria atuando no mercado de câmbio, sendo também, em tese, o responsável pela prestação de serviços ilegais junto a grandes construtoras, fatos que revelam indícios acerca do cometimento de crimes contra o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sistema Financeiro Nacional e eventual "lavagem" de valores.

Assim, diante de tais indícios, a quebra do sigilo de dados e a interceptação das comunicações telefônicas, revela-se como meio indispensável a esta investigação, pois cuida-se de fatos graves que envolveriam delitos transnacionais de "lavagem" de dinheiro, bem como de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, demandando, pois, uma investigação acurada acerca da eventual prática de atividades delituosas.

Assim, não havendo outros meios para apurar os fatos, impõe-se o acolhimento da medida acautelatória para identificar o *modus operandi* dos responsáveis pela eventual conduta delituosa, a origem dos recursos e o modo de atuação.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 1º da Lei n.º 9.296, de 24.07.1996, DEFIRO o pedido de QUEBRA DE SIGILO DE DADOS E INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS nos seguintes termos...".

Com isso, vieram as interceptações, sendo que o primeiro relatório da autoridade policial, às fls. 310/347 – HC 137.349, dá conta de que foi feito o monitoramento entre os dias 19/2/2008 a 4/3/2008, havendo constatado inicialmente a existência de negócios do investigado com pessoas da Construtora Camargo Correia e outros, o que possibilitaria a prorrogação da medida.

O pedido foi deferido em 4/3/2008 (fls.350/357), escudando-se o MM. Juiz no teor de algumas conversas, máxime com o suposto contato com pessoa da construtora Camargo Correia e em razão de outros negócios eventualmente ilícitos.

Na sequência, uma vez identificado o contato da Camargo Correia como sendo o seu diretor administrativo-financeiro, representou-se pela interceptação dos números de telefone utilizados por ele, o que foi deferido por decisão proferida em 10/3/2010, consoante os termos de fls. 370/373.

Posteriormente, veio novo pedido de prorrogação e ampliação da interceptação em face do uso de vários aparelhos conectados ao sistema PABX de empresa coligada à Camargo Correia, comunicação via *skype*, o que foi deferido em 18/3/2008.

À medida em que as interceptações e outros procedimentos eram realizados pelos agentes, novos contatos surgiam e novos fatos eram conhecidos, incluindo a verificação de negócios com outra construtora, o que gerava novos pedidos da autoridade policial ao Juiz do caso. Isso gerou a indicação de monitoramento por mais de um ano, ao cabo do qual foram identificadas, segundo a própria denúncia (fls. 100/149) mais de trezentas ações ilícitas.

Enfim, este é o contexto dos fatos, sobre os quais pesam as seguintes alegações dos Impetrantes:

a) Nulidade da persecução penal em face da ilicitude da prova, decorrente, na sua origem, de denúncia anônima;

b) Nulidade da prova obtida por meio de interceptação telefônica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autorizada sem a devida motivação, além de perdurar por mais de um ano;

c) Nulidade, por derivação, das demais diligências realizadas a partir da origem ilícita, a exemplo, de busca e apreensão, interceptação telemática, escuta ambiental, bloqueio de contas e de bens etc.

d) Direito à degravação integral dos áudios captados.

A controvérsia, por certo, deve ser iniciada pela alegação da inviabilidade da investigação em face de denúncia anônima, cabendo transcrever, dentro do que interessa, a discussão como definida no acórdão vergastado, *verbis* (fls. 2803/2808):

"Inicialmente, cumpre perquirir, sobre a admissibilidade da denúncia anônima, isoladamente considerada, como suficiente a ensejar a adoção de investigação e medidas constritivas tais como prisões, busca domiciliar e interceptação telefônica, dentre outras.

A validade da investigação iniciada por denúncia anônima é questão controvertida até os dias de hoje, oscilando a jurisprudência sobre a sua admissibilidade.

Entretanto, ainda que com ressalvas, a jurisprudência tem admitido a instauração de procedimento investigatório com base unicamente em denúncia anônima desde que encerre em seu bojo informações que se revistam de credibilidade e contenham informações suficientes para que a autoridade diligencie a procedência das afirmações feitas.

Não se trata de uma faculdade. Quando a **notitia criminis** trazer ao conhecimento fatos revestidos de aparente ilicitude penal, o Estado tem a obrigação de apurar a procedência das afirmações feitas por meio de investigações.

Diante disso, embora a denúncia anônima não possua, por si só, força probatória, é admitida como elemento válido a desencadear as investigações necessárias ao esclarecimento de supostos crimes.

(...)

Na esteira do entendimento jurisprudencial perfilhado, tenho que não há ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações deflagradas por denúncia anônima, eis que a autoridade tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados, devendo, contudo, proceder com cautela.

Não diverge desse entendimento o Órgão Ministerial, como se vê do parecer ofertado, cujo excerto transcrevo:

"Desse modo, ao contrário do que alega o Impetrante, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, ainda que com reservas, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o Processo Administrativo Disciplinar, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado."

Todavia, embora a denúncia anônima seja apta a ensejar a investigação dos fatos narrados, penso que ela não tem o condão de, por si só, autorizar a adoção de medidas constritivas como a busca domiciliar, a interceptação telefônica e a quebra do sigilo de dados, para as quais se exige um mínimo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razoável de indícios de atividade criminosa.

É esse o teor da Lei nº 9.296/96, que dispõe sobre as interceptações telefônicas, cujo artigo 2º expressamente veda a sua realização quando não houver indícios razoáveis de infração penal punida com reclusão e quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, vale dizer, meios que não se contraponham à inviolabilidade constitucionalmente assegurada, ou o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Entretanto, se mostra irrelevante a discussão a respeito da validade das medidas constritivas pois, ao contrário do sustentado pelos impetrantes, as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora são categóricas no sentido de que os elementos que embasaram o início das interceptações telefônicas não estão adstritos à denúncia anônima, tendo se pautado, também, em elementos concretos, colhidos através de investigações preliminares realizadas pela Unidade de Análise e Inteligência da Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros - DELFIN que apontaram para existência de organização criminosa voltada para a prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e eventuais crimes de "lavagem" de valores, bem como no compartilhamento de informações constantes na Operação "DOWNTOWN", em trâmite na 2ª Vara Federal Criminal/SP.

(...)

De igual sorte, cópia da representação policial pela interceptação telefônica também nos leva a crer que o procedimento não foi instaurado apenas em função da denúncia anônima em questão, mas sim por outros elementos de convicção. Naquela representação, o Delegado de Polícia Federal foi claro ao afirmar a existência de investigações preliminares.

Forçoso concluir que os elementos que embasaram o início das interceptações telefônicas não estão restritos à denúncia anônima, e devem estar lastreados em indícios obtidos a partir de investigações preliminares levadas a efeito pelo Departamento de Polícia Federal e, por meio do compartilhamento de informações constantes na "Operação Downtown", em trâmite perante o Juízo Federal da 2ª Vara Criminal de São Paulo-SP, conforme informado pela I. autoridade impetrada, bem como pelo Ministério Público Federal e, ainda, pelo relatório da Polícia Federal."

A questão é por demais tormentosa no âmbito desta Corte, para não dizer, no âmbito da própria jurisprudência.

Penso que os demais componentes da Turma conhecem o meu firme posicionamento acerca do procedimento da denúncia anônima.

Devo lembrar aos eminentes pares o que externei no voto-vencido em julgamento ocorrido no final do primeiro semestre de 2010, do HC 128776/SP (Acórdão publicado em 12/11/2010), de que relator o Ilustre Desembargador convocado Celso Limongi e originário do mesmo TRF da 3ª Região, sobre a ilicitude de procedimentos como os que tais, em que há pedido genérico de quebra de dados telefônicos, sem a indicação de terminais e abrangendo todos os usuários do sistema, tudo por decorrência do anonimato.

Volto ao norte inicialmente posto acerca do binômio proteção do interesse social versus garantia do interesse individual.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O tema é, por essência, árido, máxime pelo fato de envolver certas posições ideológicas, supostamente encampadas pela opinião pública, como a que projeta o comprometimento das autoridades públicas com planos de segurança absolutamente invasivos, alicerçados no manto da proporcionalidade e da razoabilidade.

Com essa idealização, é preciso verificar as bases da atuação proporcional, sob pena de se banalizar muitas garantias constitucionais, como a que está assentada no art. 5º, IV, da CR: vedação do anonimato.

Por mencionar o princípio da proporcionalidade, nada melhor do que navegar pelos ensinamentos do professor Antonio Scarance Fernandes, que descreve, em artigo pertinente, os seus requisitos basilares, dentre os quais:

“O segundo requisito é o da necessidade, também denominado 'de intervenção mínima', 'de alternativa menos gravosa' ou de 'subsidiariedade'. Não basta a adequação do meio ao fim. Além de ser o mais idôneo, o meio usado deve ocasionar a menor restrição possível. É preciso, para não ser desproporcional, que o meio seja necessário ao objetivo almejado, verificando-se essa necessidade pela análise das alternativas postas para o alcance do fim. Assim, para resolver sobre a imprescindibilidade de medida excepcional destinada a apurar crime organizado, normalmente muito gravosa ao indivíduo, deve o juiz concluir que não há outra medida apta a alcançar o mesmo fim.” (O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 70, Ano 16 - Janeiro/Fevereiro de 2008 -, págs. 238/239)

Tudo a ver, de antemão, perpassar as recomendações de Maurício Zanoide de Moraes, para quem o princípio da proporcionalidade só tem sentido com o cumprimento da motivação do ato judicial, sendo esta pressuposto inarredável do juízo proporcional. Preconiza o Ilustre jurista:

“O outro requisito extrínseco é a “motivação”, imprescindível a qualquer decisão judicial. A Constituição, em seu art. 93, IX, determina de maneira peremptória a fundamentação de toda decisão, sancionando-a de nula se estiver dela carente. A motivação é garantia política e processual de legitimidade das manifestações jurisdicionais e única forma pela qual o juiz, exteriorizando e materializando sua convicção, permite ao cidadão impugnar o ato determinado se o entender inconstitucional.

A motivação deve ser a mais completa possível, abarcando todos os aspectos jurídicos envolvidos na questão e com eles relacionando os dados fáticos específicos da realidade levada ao conhecimento do julgador e referentes à medida pleiteada. Esses atributos, ínsitos a qualquer decisão jurisdicional, ganham mais peso e relevo quando dirigidos a justificar a compressão de direitos fundamentais por via da proporcionalidade. A ponderação de valores deve emergir clara e exaustiva tanto em seu aspecto jurídico como em seu aspecto fático.” (Sigilo no Processo Penal – Eficiência e garantismo. Coord. Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Revista dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunais, 2008. págs. 36/37)

De início, diante das particularidades do caso concreto, tenho que o ferimento da garantia fundamental engloba não só o aspecto da vedação do anonimato, mas, sobretudo, a escolha de medida incisiva, típica da investigação formal, que não poderia ser deferida com base **tão-só** em denúncia anônima.

Não se está, com isso, a negar, por si só, a formulação da denúncia anônima, mas, no caso presente, a fulminar os seus contornos de averiguação porquanto despropositada ao objetivo de vasculhar a intimidade da pessoa.

Esta Turma, por sinal, tem valiosos momentos de apreciação do tema, devendo-se mencionar que muitas vezes consignou a importância desse meio de informação como expediente para elucidar vários crimes, ao tempo em que também cuida de preservar vítimas e/ou testemunhas.

É exemplo disso:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. INQUÉRITO POLICIAL. INSTAURAÇÃO. “DENÚNCIA ANÔNIMA”. SUPERVENIENTE COLHEITA DE PROVAS ANTES DA INSTAURAÇÃO DA FORMAL INVESTIGAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. NOTÍCIA DE FALECIMENTO DE UM DOS PACIENTES. ORDEM PREJUDICADA EM PARTE.

1. A Constituição Federal veda o anonimato, o que tinge de ilegitimidade a instauração de inquérito policial calcada apenas em comunicação apócrifa. Todavia, na hipótese, a notícia prestou-se apenas a movimentar o Ministério Público que, após diligenciar, cuidou de, higiadamente, requisitar o formal início da investigação policial.

2. Com a notícia do falecimento de um dos pacientes, resta prejudicada em parte a ordem.

3. Ordem em parte prejudicada e, na parte conhecida, denegada.” (HC 53.703/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 17/08/2009)

Mas, é de bom alvitre impor limites e esclarecer o âmbito de legitimidade da providência.

Destina-se ela a conduzir a autoridade policial a hipóteses em que se deparará com a flagrância ou, ao menos, com a materialidade delitiva. Por isso, diante de comunicação apócrifa, não é possível instaurar-se inquérito policial para se averiguar sua veracidade. O que tal providência possibilita é a condução da autoridade para um cenário em que, se o caso, *per se*, diante do encontrado, possa se iniciar formalmente o procedimento investigatório.

Neste sentido, confira-se o entendimento do Pretório Excelso:

ANONIMATO - NOTÍCIA DE PRÁTICA CRIMINOSA -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PERSECUÇÃO CRIMINAL - IMPROPRIEDADE. Não serve à persecução criminal notícia de prática criminosa sem identificação da autoria, consideradas a vedação constitucional do anonimato e a necessidade de haver parâmetros próprios à responsabilidade, nos campos cível e penal, de quem a implemente. (HC 84827/TO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe-147 DIVULG 22-11-2007 PUBLIC 23-11-2007).

Consigne-se, então, o entendimento acolhido por esta Sexta Turma:

- "Procedimento criminal (acusação anônima). Anonimato (vedação). Incompatibilidade de normas (antinomia). Foro privilegiado (prerrogativa de função). Denúncia apócrifa (investigação inconveniente).
1. Requer o ordenamento jurídico brasileiro – e é bom que assim requeira – que também o processo preliminar – preparatório da ação penal – inicie-se sem mácula.
 2. Se as investigações preliminares foram iniciadas a partir de correspondência eletrônica anônima (e-mail), tiveram início, então, repletas de nódoas, tratando-se, pois, de natimorta notícia.
 3. Em nosso conjunto de regras jurídicas, normas existem sobre sigilo, bem como sobre informação; enfim, normas sobre segurança e normas sobre liberdade.
 4. Havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade, porque a liberdade anda à frente dos outros bens da vida, salvo à frente da própria vida.
 5. Deve-se, todavia, distinguir cada caso, de tal sorte que, em determinadas hipóteses, esteja a autoridade policial, diante de notícia, autorizada a apurar eventual ocorrência de crime.
 6. Tratando-se, como se trata, porém, de paciente que detém foro por prerrogativa de função, ao admitir-se investigação calcada em denúncia apócrifa, fragiliza-se não a pessoa, e sim a própria instituição à qual pertence e, em última razão, o Estado democrático de direito.
 7. A Turma ratificou a liminar – de caráter unipessoal – e concedeu a ordem a fim de determinar o arquivamento do procedimento criminal."

(HC 95838/RJ, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 26.02.2008, DJe 17.03.2008)

A aceitação da denúncia anônima, como dito, tem sido defendida pela jurisprudência majoritária, aí incluindo recentes posições do Supremo Tribunal Federal, como bem lembrado pelo Ilustre Ministro Og Fernandes, em seu voto proferido no julgamento do HC 128.776, acima indicado e no qual me tornei vencida, que na mesma linha supramencionada assentou que esse meio pode embasar investigações preliminares para o fim de colher elementos de possível prática de infração penal.

Novamente insisto no ponto de que a denúncia anônima, em grau de proporção, não pode alicerçar medidas coercitivas sem haver um mínimo de outros elementos indiciários, porque a recomendação majoritariamente aceita dá conta de que, primeiro, deve-se colher elementos de confirmação da notícia anônima, para, a partir daí, se embrenhar nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meandros de comprovação do fato alegado.

Uma coisa é dar-se início à investigação preliminar para se comprovar a lisura da denúncia anônima, outra, totalmente diversa, é cercar-se desta para arregimentar mecanismos cautelares excepcionais de colheita de provas e de comprovação de fatos supostamente delituosos, que somente seriam possíveis diante da abertura do inquérito policial.

É por essa vertente que verifico, na espécie, a desconexão entre a medida cautelar de quebra do sigilo de dados de um sem-número de usuários do sistema de telefonia e a necessidade de comprovação inicial do teor da denúncia anônima.

Como visto, a Polícia Federal tinha acesso aos dados da pessoa investigada, sabendo a sua identidade e, certamente, podia averiguar a sua movimentação diária, já que era acompanhada pelos procedimentos da “inteligência” policial, conforme afirmado nos expedientes endereçados ao Juiz do caso.

Portanto, cabia-lhe desvendar a situação do investigado, o que fazia, de que forma procedia, etc., e não, a partir do fundamento da denúncia anônima, desde logo invadir a intimidade de número indeterminado de pessoas, num procedimento de prospecção e de busca aleatória.

Neste passo, verifique-se que o Ministério Público Federal, no primeiro momento, compreendeu ser genérica a medida postulada; porém, não obstante inexistir justificativa hábil, assentiu, ao depois, ao seu deferimento.

Na verdade, dessume-se do contexto que o objetivo da investigação preliminar não era a busca de informações sobre o cidadão naturalizado KURT PAUL PICKEL; sobre o que ele fazia; mas identificar, por meio aleatório de acesso aos dados de usuário da telefonia, todas as pessoas que com ele tiveram ou realizaram algum negócio ou mesmo confirmar que determinadas pessoas, desconhecidas para os autos, de fato, mantinham relacionamento com o referido cidadão.

É, no meu entender, uma busca invasiva absolutamente desproporcional, o que faz prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública, já que não explicitado os verdadeiros motivos da constrição.

Veja-se que a denúncia anônima, segundo a autoridade policial, dava conta de que o referido cidadão era doleiro e atuava no mercado paralelo, fato que poderia ser comprovado por verificação de outros meios que não a quebra do sigilo de dados de todos os usuários da telefonia.

Por esse motivo, na hipótese do sistema albergado por nós acerca da ilicitude da prova produzida por meio ilícito, não há benevolência:

“Toda vez que houver infringência a princípio ou norma constitucional-processual que desempenhe função de garantia, a ineficácia do ato praticado em violação à Lei Maior será a consequência que surgirá



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da própria Constituição ou dos princípios gerais do ordenamento” (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Filho. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Malheiros, 1995, pág. 20).

Aqui se encontra, talvez, o grande diferencial entre o sistema norte-americano da exclusão da prova (*exclusionary rule*), que gerou, no âmbito da Suprema Corte a denominada teoria dos frutos da árvore envenenada (*Fruits of the Pousonous Tree*) e suas peculiaridades, com o nosso sistema de garantias constitucionais contra a admissão da prova ilícita.

Sobre as diferenças conceituais e específicas do sistema norte-americano, é de se mencionar o artigo do professor Marcos Zilli, na Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 79, págs. 185/208, com o título "We the people...", em que se faz abordagem de caso concreto julgado pela Suprema Corte americana.

Conclui o eminente professor:

"Mas, se uma discussão em tal nível empreendida pelo direito norte-americano apresenta-se ali adequada, a importação dessas soluções por estas bandas é altamente questionável. Afinal, por aqui o legislador constituinte expressamente inseriu a inadmissibilidade das provas ilícitas no campo dos direitos e das garantias fundamentais o que torna a proibição valor supremo, porquanto constitucionalmente afirmado. A mensagem é clara: a inadmissibilidade é garantia individual contra todo e qualquer arbítrio estatal que comprometa o exercício, o gozo e o respeito dos direitos fundamentais. Esta dimensão, note-se, não é encontrada no direito norte-americano, até mesmo porque a exclusão - efeito da proibição implícita - não foi expressamente declarada no texto constitucional. Como se sabe, tratou-se de uma criação jurisprudencial. Não cuida, portanto, de um direito individual, mas, sim, de uma decorrência deste, instituída com o objetivo de conferir-lhe maior eficácia. Por esse prisma, soa justificável a preocupação da Suprema Corte (*americana*) em fixar limites à regra por ela criada.

(...)

...No caso brasileiro, por mais que o princípio da proporcionalidade tenha sido invocado por alguns com meio para minimizar eventuais distorções, não será possível reduzir a garantia da proibição das provas ilícitas ao terreno da excepcionalidade. Afinal, como garantia constitucional que é as interpretações não podem ser restritivas." (Artigo citado, págs. 205/206).

Essa mesma preocupação, vale lembrar, não atrai somente os olhares da doutrina especializada, já que também pulula das apreciações judiciais.

No âmbito desta Corte, por sinal, a questão é bastante debatida e faz parte do entendimento dos componentes das duas Turmas de Direito Penal.

Por exemplo, no seio da Quinta Turma, há ponderadas divergências



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conceituais sobre a controvérsia em torno da aplicação dos princípios constitucionais.

Ao ensejo, peço licença para colacionar parte diminuta do voto do eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, da Quinta Turma, que, após robusta argumentação sobre discussão similar, acerca da ponderação de princípios, concluiu:

“28. A criminalidade de qualquer nível ou natureza deve ser combatida com eficiência e pertinácia constantes e crescentes, mas esse objetivo à segurança da Sociedade não serve de escudo e nem justifica que as autoridades responsáveis pela sua consecução procedam de forma incontrolada ou segundo os ditames de suas percepções particulares do sistema de garantias jurídicas, ainda que explicáveis, de outro ponto de vista.

29. Só seria possível relevar essas exigências se se aceitasse a tese de que os fins justificam os meios, impropriamente atribuída a Nicolau Maquiavel; porém, no atual estágio em que se encontra o Direito Processual Penal Brasileiro, cujo norte é a fiel obediência ao princípio do Devido Processo Legal, não se pode admitir a infringência dos princípios e garantias constitucionais sob a justificativa de combate à criminalidade.” (Voto proferido no HC 124253/SP).

No mesmo julgamento, o Ministro Jorge Mussi lembrou:

“Por tratar-se de medida excepcional, o afastamento do sigilo de dados deve ser precedido de concretas e fundadas razões, não se podendo admitir que o abrandamento desta garantia constitucional seja realizado sem a demonstração efetiva da sua necessidade, comprovando-se a impossibilidade de obtenção da prova pretendida por outros meios disponíveis.”

A questão como posta, portanto, encaminha a solução do caso para considerar a ilicitude tanto da quebra do sigilo de dados inicialmente deferida, quanto das demais provas diretamente dali decorrentes, uma vez violados, por qualquer prisma considerado, os postulados das garantias constitucionais do processo penal, devendo-se observar, neste passo, que a decisão abrangeu situação indevidamente genérica com poder de atingir indiscriminado número de assinantes da telefonia.

Cumprindo ainda apurar a informação do Juízo de primeiro grau de que, na verdade, os indícios para o deferimento da medida inicial não decorreram especificamente de "denúncia anônima", mas de procedimento de delação premiada ou mesmo como decorrência de outra operação policial, o que é absolutamente previsto em lei.

Por respeito ao Juízo Singular, cumpre pinçar algumas passagens das informações prestadas, constantes dos autos do HC 159.159/SP - fls. 1350/1355:

"A partir dos relatos do delator, apurações preliminares foram levadas a efeito pelo Departamento de Polícia Federal, tendo sido possível vislumbrar, ainda, a informação de que KURT PAUL PICKEL, em tese, "prestaria seus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

serviços ilegais a construtoras de grande porte, como, por exemplo, a construtora CAMARGO CORREA " (fls. 30/33).

(...)

A investigação denominada CASTELO DE AREIA além de estar alicerçada em denúncia anônima e apurações preliminares levadas a efeito pelo Departamento de Polícia Federal, também teria sido confirmada por 'réu colaborador' junto à Polícia Federal.

Existe um procedimento para apuração da figura de "reú colaborador" que, a pedido deste e do Ministério Público Federal, deve ser mantido sob sigilo. Importa salientar que a figura do "delator" deve permanecer no anonimato a seu pedido, como invariavelmente tem ocorrido.

Esclareço que foi autorizado por este juízo o início do procedimento de delação premiada, aos 08.06.2007, ocasião em que se iniciaram as oitivas dos delatores, em especial pela autoridade policial, aos 09.06.2007, ou seja, sete meses antes da instauração dos autos n.º 2008.61.81.000237-7 (Obtenção de Senhas e Interceptação Telefônica), em meados de 2008, dos autos n.º 2009.61.81.004839-9 (IPL 12-0071/09), com Portaria de instauração datada aos 25.03.2009, e consequentemente da Ação Criminal n.º 2009.61.81.006881-7, cuja denúncia foi oferecida aos 29.05.2009, recebimento datado aos 18.06.2009 e o aditamento em 19.06.2009.

Ademais, os elementos indiciários igualmente restaram obtidos por meio do compartilhamento de informações constantes na Operação "DOWNTOWN", em trâmite na 2ª Vara Federal/SP também especializada em crimes financeiros e em "lavagem" de dinheiro, tudo por meio de decisão judicial exarada por aquele juízo.

Consigne-se que a interceptação telefônica atinente à Operação CASTELO DE AREIA já estava em andamento quando da autorização por aquele juízo para o compartilhamento das informações.

(...)

No caso da Delação Premiada mencionada, o delator, como praxe, tem solicitado invariavelmente que permaneça no anonimato, apesar de, em todos os termos, haver sua identificação e firma.

Não se trata de prova secreta como aduziram os impetrantes. Toda a prova produzida a partir de relatos de réus colaboradores sempre, como obviamente tem que ocorrer, deve integrar os autos para propiciar a ampla defesa. *In casu*, o colaborador em feito diverso teceu considerações sobre a atividade de câmbio clandestino por parte da Camargo Correa com sua própria participação, o que forneceu elementos suficientes para permitir a sequência do procedimento de Delação Premiada, lastreada nas suas palavras e nos documentos que a respaldariam.

Conforme as cópias que seguem em anexo, os delatores nos autos n.º 2007.61.81.005185-7 (conhecido por Kaspar I e que buscaram primordialmente apurar a atividade de câmbio clandestino), teceram importantes afirmações sobre fatos diversos que envolveriam, em tese, sua atividade de "doleiro", havendo citação de políticos, advogado, empresas e instituições financeiras.

Dentre as pessoas citadas, estaria indicado KURT PAUL PICKEL, o mesmo que foi inicialmente objeto de apuração nos autos da chamada Operação "CASTELO DE AREIA".

Ora, o próprio teor do interrogatório judicial, bem ainda, dos termos colhidos na Polícia Federal com relação a várias pessoas, físicas e jurídicas, aí incluindo a Camargo Correa, não poderia deixar de ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

protegido pelo sigilo, não somente para proteção do réu colaborador, mas e principalmente para proteção de terceiros citados e de futuras investigações.

Não se trata, pois, de prova secreta, mas de informação sigilosa que mereceria um cauteloso tratamento para evitar a exposição desnecessária. Veja que ambos os réus colaboradores mencionam o suposto envolvimento de KURT PICKEL em atividade de câmbio clandestino realizado em tese para a Camargo Correa e na ordem de um milhão de dólares por mês.”

A tomar pelo noticiado nas informações do Ilustre magistrado, de que havia procedimento de delação premiada, ou mesmo investigações preliminares, como defendido no acórdão ora atacado, os quais teriam embasado também a investigação inicial no caso da “Operação Castelo de Areia”, resta igualmente duvidosa a legalidade dos fundamentos da medida excepcional deferida, tendo em vista a previsão do art. 93, IX, da CR.

Com efeito, a exigência de motivação das decisões judiciais traz em si a obrigatoriedade ética da comprovação dos dados que eventualmente sustentam determinado provimento, porquanto, no processo dialético-democrático não é crível imaginar que ao juiz seja conferido o poder de decidir por meio de situações ocultas, não verificadas nos autos ou somente apuráveis nas entrelinhas da investigação.

Ao que tudo indica, há um desacerto entre os motivos inicialmente postos e a verdade da perseguição, trazendo, como consequência, infeliz confusão de institutos.

De fato, as contradições do caso mostram que, primeiro, houve a indicação de denúncia anônima. Depois, houve a indicação de autos de delação premiada advinda de outra situação persecutória. E, por fim, que os indícios preliminares decorriam de testemunho protegido, portanto, oculto, ou mesmo de informante em outra operação policial.

No meu entender, com a devida vênia, tal situação soa absolutamente nova ao ordenamento jurídico, máxime porque, a despeito de se cogitar da proteção do agente delator, não se pode aceitar a proteção da verdade por meio de sua ocultação. Dizer que existe delator ou testemunha protegida, ou informante que seja (figura, a meu ver, ainda desconhecida do nosso sistema), não tem o mesmo sentido do que dizer que os indícios e provas tenham de ser sub-reptícios em razão da necessidade de ocultar a verdade até quando necessária aos órgãos de perseguição.

Parece que não é isso que consta da previsão legal e não pode ser isso sugerido pela ponderação de princípios albergada no manto da proporcionalidade.

E não se diga que o compartilhamento de provas com outra apuração justificava o início do procedimento de investigação, já que, segundo mesmo reconheceu o Juízo Singular, isso se deu seis meses após a quebra de dados.

Afinal de contas, a evolução da ideia de relação processual, na qual também se inclui o juízo de garantias do acusado, trouxe para o Direito correlato uma das mais importantes conquistas, a de que o órgão julgador, sobretudo ele, está vinculado à verdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

real, ao contraditório, à ampla defesa e a outros tantos primados, sem os quais o raciocínio jurisdicional perde conteúdo, ao mesmo tempo em que esvaziam os seus fundamentos de integridade e correção.

A propósito, a vitoriosa independência do Direito Processual acarretou a necessidade do processo como instrumento inafastável da jurisdição, sendo a forma de contenção do ímpeto da autoridade em julgar conforme o seu alvedrio ou mesmo conforme a sua discricionariedade.

Por isso, exigível a verificação da veracidade dos argumentos decisórios, sob pena de ferimento da garantia fundamental.

Ao ensejo, o magistério lapidar de Antonio Magalhães Gomes Filho:

"Pela ordem de importância, e diante da exigência constitucional, o primeiro requisito da motivação é o da integridade: ao sublinhar que todas as decisões serão fundamentadas, a Constituição não somente estabelece a regra de extensão desse dever a qualquer tipo de provimento jurisdicional, mas igualmente prescreve que 'todo' o provimento deve ser justificado.

(...)

Assim, levando em conta o antes ressaltado vínculo entre motivação e decisão, o parâmetro para aferir-se o requisito de integridade é dado pelas exigências de justificação que surgem a cada deliberação parcial, pois somente pode ser considerada completa a motivação que cobre toda a área decisória. Em outros termos, devem ser necessariamente objeto de justificação todos os elementos estruturais de cada particular decisão, como a escolha e interpretação da norma, os diversos estágios do procedimento de verificação dos fatos, a qualificação jurídica destes etc., bem como os critérios (jurídicos, hermenêuticos, cognitivos, valorativos) que presidiram as escolhas do juiz em face de cada um desses componentes estruturais do procedimento decisório.

(...)

Um terceiro requisito substancial da motivação das decisões é a sua correção, ou seja, a correspondência entre os elementos considerados como base da decisão e aqueles efetivamente existentes no processo." (In A Motivação das Decisões Penais, São Paulo: RT, 2001, págs. 174/175 e 178)."

Não se olvide que o procedimento de delação promovido com a "Operação Downtown" só foi efetivamente conhecido da persecução criminal na "Operação Castelo de Areia" após a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que no julgamento dos *habeas corpus* originários concedeu a ordem para tornar possível o conhecimento do seu conteúdo e veracidade, ao passo que as tais apurações preliminares jamais foram aclaradas pela autoridade policial.

Ademais, curiosamente, a denúncia ministerial não faz qualquer referência aos autos da delação premiada, tampouco afirma que as investigações preliminares decorreram de outra investigação da Polícia Federal, tendo citado o compartilhamento de provas da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“Operação Downtown” de forma diminuta; ao contrário, sempre se reporta às interceptações realizadas no curso da investigação denominada “Castelo de Areia”. Isso se comprova, igualmente, com a representação primeva da autoridade policial, que nada esclarece sobre a existência de outra operação e de que os indícios preliminares dela decorriam.

Por sua vez, as decisões de deferimento das medidas cautelares não trazem qualquer menção sobre tais elementos indiciários ou quanto ao curso de investigação anteriormente deflagrada.

Aliás, do pouco que ficou demonstrado nos autos, jamais se poderia designar a investigação denominada "Operação Downtown" como sendo "investigações preliminares", porquanto se tratava, aquela altura, de verdadeira investigação formal (inquérito policial) de onde resultaria o procedimento de “delação premiada”.

Assim, tenho que não há a menor possibilidade de se justificar as medidas efetivadas na fase introdutória de investigação com o teor de eventual delação premiada ou mesmo com a existência de indícios sobrevividos de outra operação da Polícia Federal, sob pena de considerar a indicação de fundamento decisório oculto, somente conhecido da autoridade policial e/ou do Juízo.

Consigne-se, por oportuno, que a exigência de fundamentação das decisões judiciais não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social.

Vejam-se, novamente, os ensinamentos do professor Maurício Zanoide de Moraes:

“...Deve haver, na consciência judicial, uma clara diferença entre a 'responsabilidade social do juiz' de informar com clareza e precisão todos os caminhos fáticos e jurídicos escolhidos em sua decisão, sem com isso se deixar guiar por razões outras que se distanciem dos fatos demonstrados nos autos ou das razões constitucionais impostas pela lei. É a manutenção da legitimidade e do prestígio jurisdicional pela coerência contida na decisão diante das condições fático-jurídicas, não pela obrigatória identificação de sua decisão com razões estabelecidas por outros critérios manipuláveis e momentâneos.” (In Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, pág. 322).

Outra não foi a preocupação da Suprema Corte ao extirpar do cenário processual, em face do vício da inconstitucionalidade, o art. 3º da Lei 9.034/95, que dava ao Juiz a possibilidade de coletar a prova, em verdadeira atuação de acusador, e, o que é pior, de modo sigiloso para as partes. (ADIN 1570-2/DF).

Aduza-se, por outro lado, que a escolha desde logo da quebra do sigilo de dados, ao invés da interceptação telefônica, não muda o contexto do vício de origem, porque o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meio de justificação da medida era absolutamente ilegal em virtude de não ter vindo alicerçado por parâmetros de correlação necessária.

Por tudo o que restou delineado, não vejo outra saída que não considerar nulo o procedimento de invasão de dados telefônicos autorizado pela decisão de fls. 258/259 dos autos deste *writ*, devendo ser igualmente anulados os demais procedimentos dali derivados **diretamente**, nos termos do art. 157 e parágrafos do CPP, cabendo ao Juiz do caso a análise de tal extensão, já que nesta sede de via estreita não se afigura possível averiguá-la.

Cumpre ainda esclarecer, em resposta a passagem específica da impetração, que outros expedientes realizados fora do contexto da presente ação penal, a exemplo de diligências da “Operação Downtonwn”, posteriormente compartilhadas, procedimentos realizados por instituições financeiras, fiscalização ou apuração do Banco Central, do TCU, investigações de superfaturamento de obra pública e de certame licitatório e ações outras em trâmite em diversas localidades, não estão abarcadas, em tese, por esta decisão, podendo os processos, caso existentes, continuar o seu curso normal, cabendo aos Juízos competentes analisar eventual alegação de nulidade.

Isso se dá porque afigura-se indevida tal perquirição no seio dos procedimentos heroicos ora apresentados, os quais não trazem elementos seguros de convicção para se apurar possíveis comprometimentos de tais proposições.

Além do que, os demais pontos da impetração, que fazem menção à nulidade das interceptações e demais procedimentos de prova (busca e apreensão, monitoramento de pessoas, escutas ambientais, bloqueio de contras e de bens etc), em face do tempo excessivo de monitoramento e da ausência de motivação, assim como a discussão sobre a necessidade de degravação integral de todas as conversas telefônicas colhidas com as interceptações, não foram enfrentadas pelos acórdãos do TRF da 3ª Região, na medida em que restou consignado na parte final do voto-condutor de ambos os *habeas corpus* originários:

"Ante o exposto, concedo **habeas corpus** de ofício para garantir ao paciente, por intermédio de seus Advogados regularmente constituídos, o direito de acesso a todas as investigações preliminares, concomitantes, ou mesmo posteriores ao procedimento de interceptação telefônica, e que aos mesmos digam respeito, determinando a sua pronta vinda aos autos.

Para tanto, determino a publicidade imediata dos documentos que, lacrados, se encontram juntados aos autos. **Prejudicado, por ora, o exame das questões suscitadas na presente impetração, considerando-se que a legalidade das mesmas somente poderá ser aferida frente ao novo quadro processual que se delineará com a juntada aos autos das mencionadas investigações e amplo conhecimento dos réus/investigados e seus respectivos advogados.**"

Então, é de se ponderar que os temas suscitados não foram devidamente examinados pela Corte Regional, o que impede o seu conhecimento desde logo por este



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior Tribunal, mas podem ser enfrentados no juízo de primeiro grau a partir do que é decidido nesta oportunidade.

Por igual razão, fica superada a sugestão desta relatora, encampada no voto do eminente Ministro Og Fernandes, de se conceder, de ofício, ordem de *habeas corpus*, para o fim de determinar novo pronunciamento da Corte de origem no tocante aos temas não examinados.

Concluindo, voto no sentido de conceder parcialmente a ordem, em ambos os *habeas corpus* (HC 137.349 e HC 159.159) para anular o recebimento da denúncia nos autos da Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7, permitindo-se o oferecimento de outra peça sem a indicação da prova considerada nula por esta decisão, estando prejudicadas as demais alegações.

Anote-se, por último, a substituição da medida liminar deferida nos autos do HC 159.159 por esta decisão, devendo-se devolver ao Juízo da 6ª Vara Federal de São Paulo os documentos lacrados por determinação desta Relatora.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.349 - SP (2009/0101038-5)

ESCLARECIMENTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Em primeiro lugar, penso que esta Casa vive, hoje, um dia exponencial pelo detido estudo doutrinário que V. Exa. fez.

Trata-se de uma matéria, realmente, que eleva esta Casa ao nível efetivamente da excelência. Porém, a matéria, como disse V. Exa., é complexa, envolve exame, inclusive de posições jurisprudenciais distintas, aqui e alhures, pelo que peço vista.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0101038-5

HC 137.349 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200903000099741 200903000144461 200961810032100

EM MESA

JULGADO: 14/09/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO FRANCISCO SOBRINHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

PACIENTE : KURT PAUL PICKEL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). ALBERTO ZACARIAS TORON, pela parte PACIENTE: KURT PAUL PICKEL

Subprocurador-Geral da República Exmo. Sr. Dr. **JOÃO FRANCISCO SOBRINHO**

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora concedendo parcialmente a ordem, pediu vista o Sr. Ministro Og Fernandes. Aguardam os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE)."

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 14 de setembro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.349 - SP (2009/0101038-5) (f)

VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: No dia **10.1.08**, a autoridade policial (Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros) encaminhou ofício, distribuído ao Juízo da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo, no qual aludia ao recebimento de **denúncia anônima**, "dando conta de que uma pessoa de nome K. P. estaria se dedicando à atividade de compra e venda de dólares no mercado paralelo, sem qualquer respaldo legal para tanto" (fls. 382).

Ainda segundo a referida comunicação oficial, **teriam sido efetuadas pesquisas nos bancos de dados da polícia**, sendo possível "identificar a pessoa mencionada como K. P. P., nascido na Suíça, detentor do CPF nº..." (fls. 382).

Após mencionar "enorme dificuldade na obtenção de provas" (fls. 382), relacionadas aos crimes a serem apurados, pleiteava-se fosse determinado às empresas operadoras de telefonia o fornecimento de senhas para os policiais lotados naquela unidade, a fim de que esses agentes do Estado pudessem **"acessar os bancos de dados das empresas telefônicas e obterem dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários"** (fls. 383).

Em virtude de inicial resistência por parte do órgão ministerial, foram prestados esclarecimentos pelo Delegado condutor das investigações, após o que o *Parquet* opinou favoravelmente ao pedido, deferido pelo Magistrado Federal substituto daquela Vara, em decisão **22.1.08**. Da referida decisão, colho estas passagens (fls. 395/6):

Averiguando a informação recebida, a Autoridade Policial, após pesquisa em seu banco de dados, identificou a pessoa de K. P. P., nascido na Suíça e detentor do CPF nº (...), como sendo o possível envolvido na atividade de compra e venda de dólares no mercado paralelo.

Desse modo, como meio de prosseguimento das investigações, a quebra do sigilo telefônico revela-se indispensável à investigação, pois cuidam-se de fatos graves, que envolveriam delitos contra o Sistema



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Financeiro Nacional e eventual 'lavagem' de valores.

*Portanto, diante da existência de indícios apurados em trabalhos de inteligência de que K. P. P. possa ser um 'doleiro' e conseqüentemente estar atuando na prática de delitos contra o Sistema Financeiro Nacional e na 'lavagem' de valores, e não havendo outros meios para apurar os fatos, impõe-se o acolhimento da medida acautelatória para identificar o suposto **modus operandi** e a origem dos recursos.*

*Ante o exposto, com fundamento no artigo 1º da Lei nº 9.296, de 24.7.1996, **defiro o pedido de QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO, e DETERMINO a expedição de ofícios às empresas de telefonia (...) a fim de que sejam fornecidas senhas, com o prazo de 30 (trinta) dias, aos policiais (...), todos em exercício na UADIP/DELEFIN/SR/DPF/SP, para que possam acessar os bancos de dados das referidas empresas telefônicas e obterem dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários.** (sem destaques no original)*

Já no dia **8.2.08**, a autoridade policial representou pela **interceptação telefônica** de linhas constantes em nome do acusado K. P. P., esclarecendo o seguinte (fls. 410):

Foram realizados levantamentos prévios pela Unidade de Inteligência desta Especializada que constatou que K. P. P. é suíço naturalizado brasileiro, RNE (...), CPF nº (...), residente na (...).

Constam nos bancos de dados disponíveis que já participou do quadro societário das seguintes empresas: Cornwall Representações e Participações e Empreendimentos Comerciais LTDA., Swiss bank Corporation e Venture Partness Negócios e Finanças S/C LTDA.

Através de investigações preliminares foi obtida a informação de que K. prestaria seus serviços ilegais a construtoras de grande porte, como, por exemplo, a construtora Camargo Correa.

*Todavia, não foi possível prosseguir nas investigações. Como é de conhecimento de Vossa Excelência, por trabalhar em uma das varas especializadas em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem de dinheiro, os delitos desta natureza são de difícil comprovação, seja pelo próprio **modus operandi**, que normalmente envolvem operações de 'cabo', nas quais não existem transferências físicas de valores, seja pela dificuldade de identificação de agentes, ou mesmo pela praxe de destruição de provas, na maioria das vezes, faxes e anotações pessoais.*

Desta forma, para prosseguirmos com as investigações, há necessidade de nos valermos da interceptação telefônica, de acordo com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpretação a contrario sensu do artigo 2º, da Lei nº 9.296/96.

O Juiz Federal substituto novamente **deferiu o pedido** (fls. 414/8 – **13.2.08**), após manifestação favorável do representante do Ministério Público.

No curso das investigações, sucederam-se pedidos de prorrogação da interceptação telefônica, sempre acolhidos pela autoridade judicial.

Em **20.3.09**, o Juiz Federal titular apreciou novos pedidos formulados pelas autoridades policiais, destacando-se estas pretensões:

- a) decretação de prisões (preventiva ou temporária) de pessoas supostamente envolvidas no esquema criminoso desvendado a partir das investigações;*
- b) expedição de mandados de busca e apreensão;*
- c) quebra do sigilo fiscal e bancário dos envolvidos; e*
- d) bloqueio de contas.*

Parte desses pleitos foi acolhida e, no dia **29.5.09**, sobreveio o oferecimento da peça acusatória, recebida em **18.6.09**.

Menciono a relação de denunciados com a correspondente imputação:

DENUNCIADO	IMPUTAÇÃO
P. F. G. B.	Artigos 6º e 22, da Lei nº 7.492/86; artigo 1º, incisos VI e VII, § 1º, inciso I e II, da Lei nº 9.613/98; e artigo 288, do Código Penal.
D. B.	Artigos 6º e 22, da Lei nº 7.492/86; artigo 1º, incisos VI e VII, § 1º, inciso I e II, da Lei nº 9.613/98; e artigo 288, do Código Penal.
F. D. G.	Artigos 6º e 22, da Lei nº 7.492/86; artigo 1º, incisos VI e VII, § 1º, inciso I e II, da Lei nº 9.613/98; e artigo 288, do Código Penal.
R. B. N.	Artigo 22, da Lei nº 7.492/86 e artigo 288, do Código Penal.
K. P. P.	Artigos 6º, 16 e 22, da Lei nº 7.492/86; artigo 1º, incisos VI e VII, § 1º, inciso I e II, da Lei nº 9.613/98; e artigo 288, do Código Penal.
J. D. M.	Artigos 6º, 16 e 22, da Lei nº 7.492/86; artigo 1º, incisos VI e VII, § 1º, inciso I e II, da Lei nº 9.613/98; e artigo 288, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

J. F. de A.	Artigos 6º, 16 e 22, da Lei nº 7.492/86; artigo 1º, incisos VI e VII, § 1º, inciso I e II, da Lei nº 9.613/98; e artigo 288, do Código Penal.
M. S. D. (ou M. B.)	Artigos 16 e 22, da Lei nº 7.492/86; artigo 1º, incisos VI e VII, § 1º, inciso I e II, da Lei nº 9.613/98; e artigo 288, do Código Penal.
M. B. I.	Artigo 22, da Lei nº 7.492/86 e artigo 288, do Código Penal.
D. F. A.	Artigo 22, da Lei nº 7.492/86 e artigo 288, do Código Penal.
G. S.	Artigos 6º e 22, da Lei nº 7.492/86; e artigo 288, do Código Penal.

Houve aditamento, recebido em **19.6.09**, quando se incluiu Raimundo Antônio de Oliveira, acusado da suposta prática dos delitos previstos nos arts. 6º, 16 e 22 da Lei nº 7.492/86; art. 1º, incisos VI e VII, § 1º, incisos I e II, da Lei nº 9.613/98; e art. 288 do Código Penal.

Irresignados, os defensores dos acusados impetraram dois **habeas corpus** junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região – HC-2009.03.00.014446-1 (paciente K. P. P.) e HC-2009.03.00.027045-4 (pacientes P. F. G. B. e F. D. G.).

No dia **1º.12.09**, foi apreciado o mérito do HC- 2009.03.00.027045-4. Na ocasião, foi **concedida a ordem em parte**, "para garantir aos pacientes, por intermédio de seus advogados regularmente constituídos, o direito de acesso a todas as investigações preliminares, concomitantes, ou mesmo posteriores ao procedimento de interceptação telefônica, e que aos mesmos digam respeito, determinando a sua pronta vinda aos autos" (fls. 265).

Na mesma data, foi também julgado o HC-2009.03.00.014446-1, sendo concedida a ordem, de ofício, nos termos supramencionados.

Daí a impetração dos **habeas corpus** ora trazidos a julgamento (**Habeas Corpus** nºs 137.349/SP e 159.159/SP).

O primeiro dos writs aqui impetrados (HC nº 137.349/SP) tem como beneficiário K. P. P. e aponta como autoridade coatora a Desembargadora Relatora do HC-2009.03.00.014446-1.

Os impetrantes salientam que, embora tenha sido revogada a segregação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cautelar do ora paciente, ele continuaria a responder ação penal originada das investigações da Polícia Federal levadas a efeito na chamada **Operação Castelo de Areia**.

Dizem que, no curso dessas investigações, foram determinadas várias medidas invasivas, tais como quebras de sigilos de dados, interceptações telefônicas, escutas ambientais, além do monitoramento de pessoas e determinação de busca e apreensão em diferentes locais, inclusive a residência do citado paciente.

Alegam os doutos defensores que as investigações são nulas desde seu nascedouro, em virtude de terem sido iniciadas a partir de denúncia anônima.

Sustentam que todas as provas que sucederam aquela primeira seriam também imprestáveis, dada a incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of poisonous tree*).

Asseveram faltar efetiva fundamentação à decisão que determinou o fornecimento de senhas aos agentes policiais, a fim de que estes pudessem acessar o banco de dados das companhias telefônicas, pontuando que a generalidade da determinação, que envolveria pessoas não identificadas, configura constrangimento ilegal.

Apontam que a alegação de que as investigações seriam embasadas também no compartilhamento de provas com a Operação Downtown é inverídica, pois o referido compartilhamento só teria sido autorizado alguns meses após o início dos trabalhos na Operação Castelo de Areia.

Entendem ser exacerbada a duração da interceptação telefônica, que perdurou por mais de um ano. Aduzem, nesse ponto, ter sido desrespeitado o prazo previsto na Lei nº 9.296/96.

Pedem, ao final, seja reconhecida como imprestável toda a prova colhida a partir da denúncia anônima, incluídos os elementos obtidos através das quebras de sigilo, interceptações telefônicas e mandados de busca e apreensão.

Subsidiariamente, pugnam pela transcrição integral dos diálogos interceptados.

A liminar foi indeferida e, após prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pelo **não conhecimento** da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os impetrantes do segundo **habeas corpus** (HC nº 159.159/SP) tem como beneficiários P. F. G. B., D. B. e F. D. G., e se volta contra acórdão proferido pelo TRF 3ª Região no HC-2009.03.00.027045-4.

Trazendo em seu bojo alegações semelhantes ao remédio constitucional acima mencionado, o *writ* **teve a liminar deferida** pelo então Presidente desta Corte, para sobrestar o curso da ação penal de que aqui se trata.

Houve agravo regimental contra a decisão deferitória da liminar, não conhecido por esta Sexta Turma.

Após prestadas as informações de estilo, o Ministério Público Federal opinou pela **denegação** da ordem, em parecer assim ementado:

Habeas Corpus. Crimes contra o sistema financeiro nacional, de lavagem de dinheiro e formação de quadrilha, detectados através de investigações realizadas pela Polícia Federal, no curso da Operação "Castelo de Areia". *Writ* que visa o reconhecimento da ilicitude da quebra do sigilo telefônico determinada no bojo da referida operação, com a consequente anulação de todos os procedimentos realizados com base nas provas produzidas. Alegativa de que as interceptações telefônicas foram deflagradas com apoio em simples denúncia anônima. Descabimento. Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, se apresentar elementos informativos idôneos suficientes e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedentes do STJ. Medida invasiva precedida por diversas investigações preliminares, cujos resultados se mostraram harmônicos com o teor da delação apócrifa. Alegativa de ausência de motivos para a autorização da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, bem como para sua prorrogação por 14 meses. Descabimento. Interceptação telefônica autorizada de forma devidamente fundamentada, pelo Magistrado competente, no curso do procedimento criminal preparatório. Obediência aos requisitos dispostos na Lei 9.296/96. Inexistência de restrição legal ao número de prorrogações do monitoramento telefônico, se a complexidade das infrações penais exigir o prosseguimento de tal providência investigativa e se essa circunstância ficar demonstrada por decisão suficientemente motivada. Parecer pelo conhecimento e pela denegação do *writ*.

Na sessão do último dia 14.9.2010, a douta Relatora, Ministra Maria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Thereza, trouxe voto pela concessão parcial das ordens, "para anular a denúncia recebida nos autos da Ação Penal nº 2009.61.81.004839-9, permitindo-se o oferecimento de outra peça sem a indicação da prova considerada nula por esta decisão, estando prejudicadas as demais alegações".

Sua Excelência apontou, ainda, desfecho subsidiário, se a tese encampada no voto não fosse vencedora. Resumidamente, concluíam-se pela concessão de **habeas corpus** de ofício, a fim de se determinar que a Corte Regional seguisse no enfrentamento das teses lá sustentadas e julgadas prejudicadas quando da apreciação do mérito dos writs originários.

Sem embargo da clareza do substancial voto da culta Relatora, pedi vista dos autos para análise.

Feito esse necessário relato, passo a proferir meu voto, dividindo-o nos temas que considero centrais para elucidação da questão.

1) Sobre a possibilidade de utilização da denúncia anônima como ponto de partida de investigações:

A vedação ao anonimato busca evitar a impunidade daqueles que, de maneira irresponsável e valendo-se de variados subterfúgios, culminem por imputar a prática de delitos a outras pessoas, escudando-se nessa ocultação da identidade para se furtar à acusação de denúncia caluniosa.

É esse o motivo para que a aceitação da denúncia anônima pelas autoridades públicas – marcadamente na seara penal – seja cercada de todas as cautelas, de modo a não fomentar um "denuncismo" irresponsável.

Por outro lado, o Poder Judiciário não pode fechar os olhos à realidade global do nosso tempo, onde grupos criminosos atuam ora de forma insidiosa, ora de maneira violenta, achacando aqueles que ousam denunciar os delitos por eles praticados. Impõem, assim, uma invisível "Lei do Silêncio" aos que, tementes das funestas consequências de eventuais delações, optam por permanecer inertes, sem colaborar na elucidação de delitos, na identificação dos culpados. A história da criminalidade do século passado e do início deste século apontam exemplos como nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estados Unidos, na Itália e, mais recentemente, no México.

Demonstrando idêntica preocupação, manifestou-se Eugênio Pacelli:

*A questão é deveras complexa, tendo em vista que, não raras vezes, o autor da **notitia criminis** permanece no anonimato precisamente como meio de proteção pessoal e de seus familiares. Então, exatamente por isso, é de se receber com ressalvas a aludida decisão [de admissão da denúncia anônima como apta a deflagrar procedimentos de averiguação], até mesmo porque ela deixa consignada a necessidade de cautela no exame de cada caso.*

(OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2009, pág. 52)

Foi nesse contexto que surgiram ferramentas como os conhecidos Disque-Denúncia, os quais são importantes meios para auxiliar o Estado a desvendar um sem número de delitos.

Em artigo publicado no Boletim **IBCCRIM**, Gustavo Henrique Moreira do Valle fez interessante apanhado dos resultados advindos da utilização desse mecanismo, circunscrito ao Estado de Minas Gerais. Disse o doutrinador:

*No âmbito do Estado de Minas Gerais, a experiência do foro criminal tem revelado ser extremamente comum o início de perseguições penais em virtude de **noticia criminis** anônima, na maioria das vezes realizada por meio do 'Disque Denúncia', também conhecido como 'Disque 181', serviço implantado pela Secretaria de Estado de Defesa Social do Estado de Minas Gerais em parceria com o Instituto Minas pela Paz.*

.....
*Para se ter uma ideia de sua utilização, destaca-se, com base em dados fornecidos pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (Disponível em: <http://www.sesp.mg.gov.br/internas/noticias/materiais/NOT-00728MAR2008.php>. Acesso em: 27 fev 2009), que, **nos primeiros três meses de funcionamento**, o serviço recebeu cerca de **trezentas e noventa mil ligações**, sendo que, desse total, **doze mil, quinhentas e trinta e seis 'denúncias' foram encaminhadas para investigação**, resultando em **cento e noventa e cinco pessoas presas, trinta e seis adolescentes apreendidos e trinta e nove foragidos da Justiça recapturados**.*

(A denúncia anônima no processo penal brasileiro. In Boletim IBCCRIM – Ano 17 – nº 208 – março/2010, sem destaques no original)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esses dados superlativos, referentes a curto período de tempo – lembro: apenas três meses, somente em uma unidade da federação – dão mostras da importância das denúncias anônimas (ou delações apócrifas ou **notitia criminis** inqualificada).

A doutrina pátria, de hoje e de ontem, perfilha a orientação de que não deve a autoridade policial pura e simplesmente desprezar as notícias chegadas através de denúncia anônima. Ao revés, a ela cabe diligenciar em busca de novos elementos, principalmente quando essa delação sem identificação aponte de maneira satisfatória possível prática delitiva.

Veja-se, a esse respeito, os ensinamentos de Frederico Marques:

*No direito pátrio, a lei penal considera crime a denúncia caluniosa ou a comunicação falsa de crime (Código Penal, arts. 339 e 340), o que implica a exclusão do anonimato na **notitia criminis**, uma vez que é corolário dos preceitos legais citados a perfeita individualização de quem faz a comunicação de crime, a fim de que possa ser punido, no caso de atuar abusiva e ilicitamente. Parece-nos, porém, que nada impede a prática de atos iniciais de investigação da autoridade policial, quando delação **anônima** lhe chega às mãos, uma vez que a comunicação apresente informes de certa gravidade e contenha dados capazes de possibilitar diligências específicas para a descoberta de alguma infração ou seu autor. Se, no dizer de G. Leone, **não se deve incluir o escrito anônimo entre os atos processuais, não servindo ele de base à ação penal, e tampouco como fonte de conhecimento do juiz, nada impede que, em determinadas hipóteses, a autoridade policial, com prudência e discricção, dele se sirva para pesquisas prévias.** Cumpre-lhe, porém, assumir a responsabilidade da abertura das investigações, como se o escrito anônimo não existisse, tudo se passando como se tivesse havido **notitia criminis inqualificada.***

(MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, 2ª edição. Volume I. Campinas: Millennium. 2000, pág. 147, sem destaques no original)

Em igual sentido, tem-se o posicionamento de Capez:

*A delação anônima (**notitia criminis inqualificada**) não deve ser repelida de plano, sendo incorreto considerá-la sempre inválida; contudo, requer cautela redobrada, por parte da autoridade policial, a qual deverá, antes de tudo, investigar a verossimilhança das informações.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2001, pág. 77)

Ainda sobre a possibilidade de deflagração de investigações a partir de denúncia anônima, escrevi, quando do julgamento do **Habeas Corpus** nº 94.546/RJ, que:

Esta Corte tem proclamado ser possível o desencadeamento da persecução penal a partir de denúncia anônima, desde que sejam realizadas antes da instauração de inquérito policial ou procedimento investigativo equivalente diligências ou averiguações preliminares que atestem, por meio de elementos indiciários, a verossimilhança da notícia-crime apócrifa. Afinal, não se pode descurar que a autoridade policial, por mister constitucional, tem o poder-dever de apurar as infrações penais e a sua autoria (art. 4º do CPP), valendo-se dos meios legítimos que lhe são disponibilizados (art. 6º do CPP), não podendo quedar-se inerte diante do conhecimento da prática de fato criminoso.

Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes julgados:

Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, quando presentes indícios da participação do agente na prática delitiva, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado.

(HC-76.749/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 11.5.09)

Inexiste ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações iniciadas por notícia anônima, eis que a autoridade policial tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados. (Inteligência do artigo 4º, § 3º CPP).

(HC-106.040/SP, Relatora Desembargadora convocada Jane Silva, DJe de 8.9.08)

Não há ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações deflagradas por denúncia anônima, eis que a autoridade tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados, desde que se proceda com a devida cautela, o que se revela no presente caso, pois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tanto a investigação quanto o inquérito vêm sendo conduzidos sob sigilo. (HC-38.093/AM, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 17.4.04)

De acordo com a jurisprudência da Quinta Turma desta Corte, não há ilegalidade na instauração de inquérito policial com base em investigações deflagradas por denúncia anônima, eis que a autoridade policial tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados, desde que se proceda com a devida cautela (HC 38.093/AM, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 17/12/2004). Além disso, as notícias-crimes levadas ao conhecimento do Estado sob o manto do anonimato têm auxiliado de forma significativa na repressão ao crime (HC 64.096/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 04/08/2008). A propósito, na mesma linha, recentemente decidiu a c. Sexta Turma desta Corte no HC 97.122/PE, Relª. Minª. Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJ/MG -, DJ de 30/06/2008. Enfim, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a determinar a instauração de inquérito policial, desde que contenham elementos informativos idôneos suficientes para tal medida, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado (HC 44.649/SP, 5ª Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 08/10/2007). (HC-93.421/RO, Relator Ministro Felix Fischer, DJe de 9.3.09)

A culta Relatora lembrou-nos do que se decidiu nesta Sexta Turma, quando do julgamento do **Habeas Corpus** nº 95.838/RJ, de relatoria do ínclito Ministro Nilson Naves. Sua Excelência, naquela ocasião, redigiu a seguinte ementa:

Procedimento criminal (acusação anônima). Anonimato (vedação). Incompatibilidade de normas (antinomia). Foro privilegiado (prerrogativa de função). Denúncia apócrifa (investigação inconveniente).

1. Requer o ordenamento jurídico brasileiro – e é bom que assim requeira – que também o processo preliminar – preparatório da ação penal – inicie-se sem mácula.

2. Se as investigações preliminares foram iniciadas a partir de correspondência eletrônica anônima (e-mail), tiveram início, então, repletas de nódoas, tratando-se, pois, de natimorta notícia.

3. Em nosso conjunto de regras jurídicas, normas existem sobre sigilo, bem como sobre informação; enfim, normas sobre segurança e normas sobre liberdade.

4. Havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade, porque a liberdade anda à frente dos outros bens da vida, salvo à frente da própria vida.

5. Deve-se, todavia, distinguir cada caso, de tal sorte que, em determinadas hipóteses, esteja a autoridade policial, diante de notícia, autorizada a apurar eventual ocorrência de crime.

6. Tratando-se, como se trata, porém, de paciente que detém foro por prerrogativa de função, ao admitir-se investigação calcada em denúncia apócrifa, fragiliza-se não a pessoa, e sim a própria instituição à qual pertence e, em última razão, o Estado democrático de direito.

7. A Turma ratificou a liminar – de caráter unipessoal – e concedeu a ordem a fim de determinar o arquivamento do procedimento criminal. (HC-95.838/RJ, Relator Ministro Nilson Naves, DJe de 17.3.08)

Deve ser destacado que, no bojo do voto, o Relator originário ressaltou questão peculiar, qual seja, a existência de prerrogativa de foro.

Essa circunstância foi por ele utilizada como sustentáculo para justificar e garantir, em última análise, o resguardo das instituições democráticas, e não do agente singularmente considerado. Houve, também, a ressalva da possibilidade de utilização do serviço do disque-denúncia.

Recupero, a propósito, o que consta no mencionado voto:

*Talvez seja lícito distinguirmos casos, de sorte que, **em determinados momentos, possa a autoridade policial, de posse de notícia, ainda que anônima, apurar eventual ocorrência de crimes.** É o que vemos, por exemplo, no chamado "disque-denúncia". Penso, entretanto, estarmos nós diante de **outra peculiaridade: o paciente, como vimos de ver, detém foro por prerrogativa de função.** Conceituando tal instituto, Faustin Hélie dizia-o "une garantie assurée à l'indépendance et à l'impartialité de la justice, et qui, par conséquent, est destinée à protéger un intérêt général" (apud Frederico Marques. "Apontamentos sobre o processo penal brasileiro". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959).*

Ao se admitir a submissão de pessoa com tal prerrogativa a investigação calcada em denúncia apócrifa – mesmo eletrônica –, fragiliza-se não a pessoa, e sim, a própria instituição à qual ela pertence e, em última razão, o próprio Estado democrático de direito.
(sem destaques no original)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vou além para também consignar que os precedentes mencionados no multicitado voto (QO na **Sindicância nº 81/SP**, DJ de 28.8.06 e QO na **Notícia-Crime nº 280/TO**, DJ de 5.9.05) igualmente diziam respeito a acusados com foro privilegiado, aplicando-se as ressalvas já deduzidas.

Uma vez assentada a possibilidade de as investigações partirem de denúncia anônima, deve-se perquirir se essa **notitia criminis** inqualificada, isoladamente considerada, seria instrumento hábil a embasar o deferimento de acesso aos dados cadastrais, junto às empresas de telefonia.

Consultando a jurisprudência deste Pretório, encontrei um julgado da Quinta Turma desta Corte, no qual se rechaçou a possibilidade de a denúncia anônima servir, por si só, de supedâneo à autorização de interceptação telefônica.

Sem olvidar esse precedente, ao que quero crer, a hipótese presente guarda maior relação com o decidido no **Habeas Corpus** nº 150.820/SC, assim ementado:

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA JÁ PROFERIDA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL, POR ILICITUDE DA PROVA COLHIDA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, QUE TERIA SIDO DEFERIDA A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA TESE SUSTENTADA. INVIABILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA EM HC. INVESTIGAÇÃO DEVIDAMENTE INSTAURADA PELA AUTORIDADE POLICIAL, QUE, JUSTIFICADAMENTE, REQUEREU A QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO PARA IDENTIFICAÇÃO DE OUTROS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA PELO JUÍZO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. A assertiva de que **denúncias anônimas** automaticamente conduziram à quebra de sigilo telefônico de um dos envolvidos, o que possibilitou a identificação dos demais, bem como deflagrou as buscas e apreensões, e, por isso, todas as provas derivadas daquela interceptação seriam nulas, em verdade, não restou comprovada; ao contrário, ao que se tem dos autos, algumas pessoas, inclusive o primeiro paciente, estavam sendo investigadas por tráfico de entorpecentes na região de Itajaí/SC. A representação da Autoridade Policial pela quebra de sigilo telefônico restou bem fundamentada e objetivou, principalmente, a identificação de outros membros da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

organização criminosa, tendo sido deferida a medida em decisão judicial devidamente motivada.

2. Não comprovado, de plano, pelos documentos constantes nos autos, que o inquérito foi iniciado com base apenas em denúncia anônima e sendo inviável ampla dilação probatória em HC, não há como dar azo à irresignação. Precedentes.

(HC 150.820/SC, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 3.5.2010), sem destaques no original.

De fato, a controvérsia em torno da existência – ou não – de outros elementos servindo de amparo às medidas restritivas de liberdades individuais ultrapassa, a meu ver, os estreitos limites da garantia constitucional do **habeas corpus** e encontra terreno fértil em sua sede natural, a saber, na própria ação penal ora suspensa, por força de liminar.

De todo modo, consta que **na hipótese presente existiriam investigações preliminares, efetivadas pela autoridade policial**. A propósito, recupero o que consta no primeiro ofício encaminhado ao Juízo do processo, quando se requereu o acesso aos dados cadastrais de K. P. P. (fls. 382):

*Recebemos nesta Unidade de Análise e Inteligência (UADIP/DELEFIN/DRCOR/SR/DPF/SP) **notitia criminis** anônima, dando conta de que uma pessoa de nome K. P. estaria se dedicando à atividade compra e venda de dólares no mercado paralelo, sem qualquer respaldo legal para tanto.*

Tratar-se-ia de verdadeiro 'doleiro', atuando no mercado negro de moedas estrangeiras e, como tal, envolvido na prática de delitos contra o Sistema Financeiro Nacional e, provavelmente, de lavagem de dinheiro.

Através de pesquisas em nossos bancos de dados foi possível identificar a pessoa mencionada como K. P. P., nascido na Suíça, detentor do CPF nº ... (sem destaques no original)

Ainda quando a culta Relatora fazia a leitura de seu alentado voto, veio-me à lembrança outro **habeas corpus** que, a meu sentir, guarda estrita relação com os agora julgados. Trata-se do **Habeas Corpus** nº 128.776/SP, cuja relatoria coube ao ilustre Desembargador convocado Celso Limongi.

A fim de constatar a íntima semelhança entre o precedente citado e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipótese presente, recupero alguns trechos do voto então proferido pelo Relator:

A similitude entre o aresto citado e a hipótese presente está delineada em toda a extensão do julgado.

Primeiramente, o eminente Relator, ao fazer a narrativa das alegações vazadas na impetração, salientou que teria havido "um requerimento de autorização judicial para **interceptação telefônica** dos pacientes, **baseado apenas em uma denúncia anônima.**"

Diziam lá os impetrantes, também, que **não estaria "demonstrada nos autos a imprescindibilidade do monitoramento telefônico**, uma vez que se observa que a autoridade policial não tentou nenhum outro meio de dar prosseguimento às investigações."

O Relator, entretanto, não acolheu os argumentos defensivos, salientando que "**as medidas adotadas pelo MM. Juiz, entre elas a interceptação telefônica, foram necessárias** para o prosseguimento das investigações sobre a ocorrência dos crimes pelos quais os pacientes foram, posteriormente, denunciados."

Em outra passagem, ele asseverou, com propriedade:

*Como se vê, **as investigações estavam em curso e, diante da impossibilidade de obtenção de provas por meios diversos, foi requerido o monitoramento telefônico.***

*O movimento reduzido das operadoras de turismo, comprovado após a denúncia anônima, reforçou a convicção de anormalidade da agência e mostra a necessidade de prosseguimento das investigações, de modo que **não se pode afirmar que a denúncia anônima fora o único elemento a lastrear a autorização do monitoramento.** (sem destaques no original)*

Após o voto do Desembargador Haroldo Rodrigues seguindo o Relator e o da Ministra Maria Thereza, pela concessão da ordem, pedi vista dos autos, trazendo-os a julgamento na sessão de **22.6.2010**, quando me manifestei nestes termos:

Cinge-se o writ, em suma, na alegação de que a ação penal a que respondem os pacientes teria se iniciado a partir de interceptação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

telefônica deferida pelo magistrado de primeiro grau, com base exclusiva em denúncia anônima. Requer, diante disso, a extinção do feito, sustentando que a Constituição Federal veda o anonimato e que não foi demonstrada, no caso, a imprescindibilidade do monitoramento telefônico.

Observe, como muito bem salientado pelo ilustre Relator, que cuidou a autoridade policial de proceder a investigações preliminares, a fim de verificar a verossimilhança dos fatos narrados na denúncia anônima. É o que se deduz do seguinte trecho da representação formulada pela autoridade policial:

Em investigações realizadas percebeu-se que os escritórios dessas agências não apresentam movimento normal de operadoras de turismo, o que mais uma vez aponta a possível veracidade das denúncias proferidas anonimamente.

Em casos tais, o Supremo Tribunal Federal tem entendido ser a denúncia anônima perfeitamente aceitável. A propósito, cito como exemplo o recente julgado:

.....
Por fim, verifico que a interceptação telefônica só foi deferida diante da impossibilidade de obtenção de provas por outros meios. Nesse particular, ponderou a autoridade policial:

De tal sorte que a investigação se mostra necessária de acordo com as orientações legais no contexto de polícia judiciária. A complexidade na produção de provas de crimes financeiros aconselha a medida de exceção admitida constitucionalmente de interceptações telefônicas e de dados desses investigados, uma vez que a operacionalização de transações financeiras ocorre não somente através de papel-moeda, como também por diversos meios eletrônicos conhecidos.

Aliás, tal circunstância restou salientada pelo magistrado quando do deferimento da medida excepcional (fl. 48):

O sigilo telefônico que tem por objetivo a preservação da intimidade do indivíduo não pode dar abrigo à prática de crimes e pode ser quebrado mediante autorização judicial, desde que a medida se demonstre concretamente necessária à investigação dos fatos, tal como se apresenta no caso.

Ademais, havendo indícios razoáveis da autoria ou participação das pessoas mencionadas na representação da autoridade policial em infrações penais punidas com pena de reclusão (...) e "diante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inexistência de outros meios disponíveis que não ponham em risco a investigação" (...) "considerando-se ser, no presente momento, a única medida capaz e eficaz para permitir a apuração das infrações penais em curso, com a identificação dos detalhes das práticas fraudulentas, bem como a autoria das pessoas físicas e jurídicas envolvidas"...

*Como se vê, **cai por terra a alegação de que não foi demonstrada a imprescindibilidade do monitoramento telefônico.***

*Com tais considerações, acompanho o Desembargador convocado Celso Limongi e **denego a ordem.*** (sem destaques no original)

Nos casos agora em debate, há ainda uma outra peculiaridade. Além dessas diligências preliminares, existiriam também declarações prestadas por parte de pessoas acusadas em outro processo. Esses delatores teriam, **meses antes da própria delação apócrifa**, firmado acordo com as autoridades do Estado em troca dos benefícios constantes na Lei nº 9.807/99.

Nessa diretriz, haveria de vir à baila o entendimento sufragado por **este Tribunal** em casos assemelhados. Trago julgados de **ambas as Turmas Criminais**:

*Ainda que com reservas, a **denúncia anônima** é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, quando presentes indícios da participação do agente na prática delitiva, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado.*

2. O deferimento do pedido de interceptação telefônica, ao contrário do que afirma o Impetrante, não foi fundado em denúncia anônima, mas em outros elementos probatórios colhidos na averiguação inicial realizada de forma regular, com a devida observância dos preceitos legais.

*(HC 76749/SP, **Quinta Turma**, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 11.5.09, sem destaques no original)*

Para a determinação da quebra do sigilo telefônico dos investigados, mister se faz a demonstração, dentre outros requisitos, da presença de razoáveis indícios de autoria em face deles. Inteligência do artigo 2º, I da Lei 9.296/1996.

A presença de denúncia anônima e de matérias jornalísticas indicando a possível participação dos investigados na empreitada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminosa é suficiente para o preenchimento desse requisito.

É certo que elementos desse jaez devem ser vistos com relativo valor, porém, não se pode negar que, juntos, podem constituir indícios razoáveis de autoria de delitos.

(HC 116.375/PB, **Sexta Turma**, Relatora Desembargadora convocada Jane Silva, DJe de 16.12.08, sem destaques no original)

Em outro julgado, a Desembargadora convocada Jane Silva repisou a orientação colacionada, consoante se depreende da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – CORRUPÇÃO PASSIVA – INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO E QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO COM BASE EM DENÚNCIAS ANÔNIMAS – POSSIBILIDADE – WRIT DENEGADO.

1- Para determinação da quebra de sigilo telefônico, há exigências de que existam indícios de autoria, não havendo, por outro lado, impedimento de que o inquérito policial tenha se iniciado após denúncias anônimas.

2- Writ denegado.

(HC 97.212/PE, Relatora Desembargadora convocada Jane Silva, DJe de 30.6.08, sem destaques no original)

Inconformados com a denegação da ordem supra-aludida, os defensores foram ao Supremo Tribunal, que, em decisão majoritária, assim decidiu:

Habeas corpus. Constitucional e processual penal. Possibilidade de denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela. Instauração de inquérito. Quebra de sigilo telefônico. Trancamento do inquérito. Denúncia recebida. Inexistência de constrangimento ilegal.

1. O precedente referido pelo impetrante na inicial (HC nº 84.827/TO, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 23/11/07), de fato, assentou o entendimento de que é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa "denúncia" são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações.

2. No caso concreto, ainda sem instaurar inquérito policial, policiais federais diligenciaram no sentido de apurar as identidades dos investigados e a veracidade das respectivas ocupações funcionais,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo eles confirmado tratar-se de oficiais de justiça lotados naquela comarca, cujos nomes eram os mesmos fornecidos pelos "denunciante". **Portanto, os procedimentos tomados pelos policiais federais estão em perfeita consonância com o entendimento firmado no precedente supracitado, no que tange à realização de diligências preliminares para apurar a veracidade das informações obtidas anonimamente e, então, instaurar o procedimento investigatório propriamente dito.**

3. *Habeas corpus* denegado.

(HC 95.244/PE, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 23.3.2010, DJe de 30.4.2010, sem destaques no original)

No mesmo sentido, a Suprema Corte decidiu o **Habeas Corpus** nº 98.345/RJ (**Primeira Turma**, julgado em 16.6.2010 – DJ de 17.9.2010), vencido o eminente Ministro Marco Aurélio .

De se ressaltar, ainda, que **esses dois julgados do Tribunal Maior confirmaram aquilo que fora decidido por esta Sexta Turma**. Isso porque o **Habeas Corpus** nº 98.345/RJ – segundo precedente citado – se voltava contra acórdão proferido no **Habeas Corpus** nº 103.566/RJ, igualmente de relatoria da laboriosa Desembargadora Jane Silva.

Destaco, outrossim, que a orientação levada a efeito pela Primeira Turma do STF foi também perfilhada pelo outro órgão fracionário daquele Tribunal.

Veja-se, a propósito, trecho este precedente:

HABEAS CORPUS. "DENÚNCIA ANÔNIMA" SEGUIDA DE INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO POLICIAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AÇÕES PENAIIS NÃO DECORRENTES DE "DENÚNCIA ANÔNIMA". LICITUDE DA PROVA COLHIDA E DAS AÇÕES PENAIIS INICIADAS. ORDEM DENEGADA. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada 'denúncia anônima', desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (86.082, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 22.08.2008; 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJe de 26.03.2010; e HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJe de 30.04.2010). No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada 'notícia anônima', mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial. A alegação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o deferimento da interceptação telefônica teria violado o disposto no art. 2º, I e II, da Lei 9.296/1996 não se sustenta, uma vez que a decisão da magistrada de primeiro grau refere-se à existência de indícios razoáveis de autoria e à imprescindibilidade do monitoramento telefônico. Ordem denegada.

(HC 99.490/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 23.11.2010, DJe de 1º.2.2011)

É de ver que **todos os julgados referidos ocorreram no ano de 2010** e sinalizam a orientação da Suprema Corte sobre o tema.

Feito esse enquadramento, dúvidas não tenho acerca da higidez das investigações iniciais levadas a efeito no bojo da ação penal ora em análise.

A uma, porque a autoridade policial, após o recebimento da denúncia anônima, **efetivamente efetuou diligências preliminares**, tal qual preceituam a doutrina e a jurisprudência desta Casa e do Supremo Tribunal, identificando, as sociedades comerciais constituídas pelo paciente K. P., além de outros dados vinculados à Receita Federal.

A duas, porque havia delação premiada, levada a efeito **meses antes** da própria delação apócrifa, o que corrobora com a necessidade das investigações. Sobre a sua juntada nos autos em momento posterior, manifestar-me-ei adiante.

Dito isso, afasto a nulidade inicial, aventada nas impetrações aqui dirigidas.

2) Da necessidade/licitude das medidas determinadas primeiramente pelo Juízo condutor do feito:

Entendo necessário, primeiramente, esclarecer acerca da aplicação da Lei nº 9.296/96 às hipóteses de quebra de sigilo de dados telefônicos.

Ressalto que essa Lei surgiu da prescrição contida no inciso XII do art. 5º de nossa Constituição, de seguinte redação:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A questão aqui versada é controvertida na doutrina. Há vigorosos argumentos tecidos por doutrinadores no sentido de que a Lei nº 9.296/96 regularia não só as hipóteses de interceptação telefônica.

A primeira corrente defende que a norma editada pelo legislador ordinário abrangeria igualmente o sigilo de dados telefônicos.

Para outros, no entanto, estaria afastada da incidência da Lei nº 9.296/96 a disciplina referente aos dados telefônicos. Veja-se, a propósito, o que escreveu Luiz Flávio Gomes: **"não é o caso (...) de se aplicar a Lei nº 9.296/96 aos registros ('dados') telefônicos, pois ela só disciplina a interceptação (ou escuta) telefônica"** (GOMES, Luiz Flávio. A CPI e a quebra do sigilo telefônico. *In Direito & Justiça*. Correio Braziliense. 28.4.1997).

Corroborando esse entendimento, o ministro Gilmar Mendes assevera:

*Para o STF, ademais, o sigilo garantido pelo art. 5º, XII, da CF refere-se apenas à comunicação de dados, e não aos dados em si mesmos. A apreensão de um computador, para dele se extraírem informações gravadas no hard disk, por exemplo, não constitui hipótese abrangida pelo âmbito normativo daquela garantia constitucional – RE 418.416, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, 10-5-2006. (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2008, pág. 386, sem destaques no original)*

Seja qual for a corrente a ser seguida, um outro ponto que me parece relevante é dar escoreito enquadramento jurídico ao que fora determinado, inicialmente, pelo Juízo do processo.

Em ofício de nº 2.504/08, datado de 10.1.2008, a autoridade policial, após breve relato dos fatos, formulou este pedido (fls. 1.429):

Desta forma, para iniciarmos a investigação, requeiro seja determinado às empresas operadoras de telefonia (Telefônica, Embratel, Vésper, Vivo, Tim, Claro, Oi, Nextel) o fornecimento de senhas para os Policiais Federais Karina Murakami Souza, Otavio Margonari Russo, Paulo Correa Almeida, Renato Sadaike, Alexandre Lino de Souza, todos em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exercício na UADIP/DELEFIN/SR/DPF/SP, para que possam acessar os bancos de dados das empresas telefônicas e obterem dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários. (sem destaques no original)

Quinze dias depois, após manifestação favorável do representante do *Parquet*, o magistrado substituto da 6ª Vara Federal de São Paulo deferiu o pleito, nestes termos (fls. 1.439):

*Ante o exposto, com fundamento no artigo 1º da Lei nº 9.296, de 24.07.1996, **defiro a quebra de sigilo telefônico e determino a expedição de ofícios às empresas de telefonia** (Telefônica, Embratel, Vésper, Vivo, Tim, Claro, Oi, Nextel) **a fim de que sejam fornecidas senhas, com o prazo de 30 (trinta) dias**, aos Policiais Federais Karina Murakami Souza, Otavio Margonari Russo, Paulo Correa Almeida, Renato Sadaike, Alexandre Lino de Souza, todos em exercício na UADIP/DELEFIN/SR/DPF/SP, **para que possam acessar os bancos de dados das referidas empresas telefônicas e obterem dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários**. (sem destaques no original)*

Vimos, pois, que a permissão dada, na verdade, foi para que os agentes do Estado tivessem acesso aos bancos de dados das concessionárias de telefonia, com o fim de obterem **dados cadastrais dos assinantes**.

Verifique-se:

*Especificamente no que concerne à alegação da senha fornecida aos agentes policiais federais, tem-se que **referidas senhas foram deferidas ao Delegado de Polícia Federal e aos agentes de Polícia Federal**, participantes da operação, **para consulta ao cadastro de assinantes e usuários**, tais como dados qualificativos do assinante do usuário, endereços de cobrança, telefones de contato e extrato, tendo, então, sido expedido ofício às Operadoras de Telefonia, informando tal determinação judicial. (fls. 1.129)*

*... mister se faz diferenciar o que é acesso a dados de contrato de prestação de serviços telefônicos e o que é acesso à interceptação das comunicações telefônicas. Inicialmente, **a autoridade policial pediu o acesso ao cadastro contratual** em 10.01.2008 e **a autoridade impetrada deferiu o pedido no dia 22.01.2008, com prazo de 30 dias – e não por prazo indeterminado**, como alegam os impetrantes. (fls.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.279)

Esses dados cadastrais, de um modo geral, ficavam, até bem pouco tempo, disponíveis para serem consultados no serviço telefônico "102" ou, ainda, nos catálogos telefônicos, entregues periodicamente em **todos** os domicílios.

Por certo, caso houvesse legítima resistência por parte do usuário da linha telefônica, esses registros poderiam ser restringidos do grande público.

A partir dessa situação, tenho que a hipótese versada não atrairia a norma vazada no inciso XII da Lei Maior (inviolabilidade de sigilos), mas, sim, aquela que protege a intimidade da vida privada, esculpida no inciso X do mesmo diploma.

Em artigo publicado na Revista da AJUFERGS, José Paulo Baltazar Júnior, escorado em precedentes deste Tribunal e também da Suprema Corte, escreveu:

3.4. DADOS CADASTRAIS TELEFÔNICOS:

Os dados cadastrais, como nome dos assinantes do serviço telefônico e as relações de chamadas feitas e recebidas não estão sujeitos ao regime da Lei nº 9.296/96, constituindo-se em registros públicos quanto a dados cuja autorização é divulgada pelo tomador do serviço, nos termos do artigo 213 da Lei nº 9.472/97. Quanto aos demais dados, devem-se atender ao princípio da proporcionalidade.

.....
Afasta-se aqui, a tentativa de fundamentar o sigilo de dados telefônicos no inciso XII do art. 5º da Constituição, que trata das comunicações de dados, e não dos dados, que não estão, por si, cobertos por sigilo, mas encontram-se protegidos enquanto objeto de correspondência ou de comunicação. Tanto é assim, que se admite a interceptação apenas no caso de comunicação telefônica, em virtude de sua instantaneidade.

.....
Caso se entenda que os dados referidos no inciso XII do art. 5º da Constituição são quaisquer dados, entendidos estes como informações, independentemente de estarem sendo ou não comunicados, todo e qualquer registro de informações, em qualquer suporte, como papel, fitas gravadas, disquetes, computadores, estaria coberto por sigilo. Essa solução inviabilizaria, na prática, a prova de qualquer ilícito, administrativo ou penal, bem como as provas no processo civil, de modo que não pode ser esta a interpretação do dispositivo constitucional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse ponto, merece ser transcrito o seguinte trecho de autoria do Min. **Francisco Rezek**, em voto proferido no MS nº 21.729-4/DF:

Do inciso XII, por seu turno, é de ciência corrente que ele se refere ao terreno das comunicações: a correspondência comum, as mensagens telegráficas, a comunicação de dados, e a comunicação telefônica. **Sobre o disparate que resultaria de entendimento de que, fora do domínio das comunicações, os dados em geral – e a seu reboque o cadastro bancário – são invioláveis, não há o que dizer.** O funcionamento mesmo do Estado e do setor privado enfrentaria um bloqueio. A imprensa, destacadamente, perderia sua razão de existir.

No mesmo sentido a manifestação do Min. **Sepúlveda Pertence** no julgamento do MS nº 23.452/RJ, como segue:

Com relação especificamente à requisição de dados telefônicos – que aqui só se enfrentou de raspão – **a minha convicção é a de que o problema há de ser encarado à luz do princípio da proteção constitucional da intimidade, e não propriamente do inc. XII do art. 5º**, que diz respeito ao sigilo das comunicações, em suas diversas modalidades: são desdobramentos que a tecnologia impôs ao multissecular princípio da inviolabilidade da correspondência. **O que ali se protege, pois, é a comunicação telemática de dados:** a não ser assim, então, todos os dados, todos os apontamentos, todos os fichários antigos e modernos existentes no mundo estariam protegidos por uma reserva que até se pode sustentar absoluta, porque a alusão final do inc. XII do art. 5º, é restrita às comunicações telefônicas. A meu ver, o absurdo a que levaria conferir quanto a tudo o mais uma reserva absoluta mostra que, naquele inciso, só se cogitou das diversas técnicas de comunicação. E, por isso mesmo, teve-se de resguardar mesmo de intromissão judicial o próprio ato de comunicação, salvo se cuidar da comunicação telefônica, única em que a interceptação é necessária, porque não deixa prova de seu conteúdo.

Consequência da fundamentação da proteção de dados, incluídos os dados telefônicos, no inciso XII do art. 5º da Constituição seria a impossibilidade de sua quebra para fins extrapenais, uma vez que o dispositivo somente prevê sua relativização para fins de investigação criminal ou instauração processual penal. Mais que isso, albergada a proteção de dados no inciso XII do art. 5º da Constituição, somente poderiam ser fornecidos com autorização judicial, como está expressamente previsto no dispositivo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Ainda assim, se entende fundada a proteção de dados telefônicos no direito fundamental à vida privada, objeto do inciso X do art. 5º. **Sendo a proteção da vida privada um direito disponível, os dados fornecidos pelo usuário da linha telefônica – como número, nome completo e endereço – poderão ser divulgados livremente pela companhia – em lista impressa, na rede mundial de computadores ou por telefone – se houver autorização expressa ou tácita do contratante do serviço.***

A questão sobre a preservação da vida privada surgirá quando inexistir autorização do usuário para a divulgação dos dados cadastrais, por não ter autorizado a sua publicação em lista ou quando se referir a contatos feitos, à relação de chamadas, horários, duração, ligações recebidas e estações de origem, em caso de telefônica celular. Em tais casos, não é permitido à empresa de telefonia a divulgação das informações (STJ, ROHC, 8.493/SP, Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., un., DJ 2.8.99).

É inaplicável a tais dados a disciplina das interceptações telefônicas, objeto da Lei nº 9.296/96, que recai sobre as comunicações telefônicas (STF, MS 23.452/RJ, Celso de Mello, Pl., un., DJ 12.5.00), ressalvada a possibilidade de sua aplicação analógica (TRF 4ª R., ACR 2000.70.02.001445-6/PR, José Luiz B. Germano. T. Especial, un., DJ 20.2.02). Não há, de outro lado, lei disciplinadora de tal questão, faltante em nosso ordenamento uma lei geral de proteção de dados.

*(BALTAZAR Jr., José Paulo. Dez anos da Lei da Interceptação Telefônica (Lei nº 9.296/96, de 24 de julho de 1996). Interpretação jurisprudencial e anteprojeto de mudança, **in Revista da AJUFERGS/03**, pág. 124-7, sem destaques no original)*

De todo modo, **qualquer que seja o princípio constitucional a ser equacionado** (X ou XII ambos do art. 5º da CR), **não vislumbro, na decisão judicial que originou o acesso aos dados cadastrais, a mácula apontada pelos ilustres defensores.**

Com efeito, não se pode negar que **a quebra do sigilo de dados cadastrais/registros telefônicos como o das comunicações telefônicas constituem medidas invasivas**, que devem ser levadas a efeito em situações excepcionais, somente após uma cautelosa **ponderação de valores/interesses envolvidos.**

Nos dizeres de Gilmar Mendes,

O sigilo haverá de ser quebrado em havendo necessidade de preservar um outro valor com status constitucional, que se sobreponha ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*interesse na manutenção do sigilo. Além disso, deve estar caracterizada a adequação da medida ao fim pretendido, bem assim a sua efetiva necessidade – i.e., não se antever outro meio menos construtivo para alcançar o mesmo fim. O pedido de quebra do sigilo bancário ou fiscal deve estar acompanhado de prova da sua utilidade. **Cumpra, portanto, que se demonstre que "a providência requerida é indispensável, que ela conduz a alguma coisa"; vale dizer, que a incursão na privacidade do investigado vence os testes da proporcionalidade por ser adequada e necessária.***

(MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2008, pág. 386), sem destaques no original.

Volta-se, assim, à necessidade de se observar detidamente o princípio constitucional da proporcionalidade, bem assim seus subprincípios.

A esse respeito, trago à consideração as lições de Paulo Bonavides:

A adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual, com a aplicação desse princípio, saiu admiravelmente fortalecido. Converteu-se em princípio constitucional, por obra da doutrina e da jurisprudência, sobretudo na Alemanha e Suíça. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** 20ª edição. São Paulo: Malheiros. 2007. págs. 399, sem destaques no original)

Em outra passagem, o mestre cearense arremata:

Constatou a doutrina a existência de três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios que governam a composição do princípio da proporcionalidade.

*Desses elementos, **o primeiro é a pertinência ou aptidão (geeignetheit), que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa 'o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público'**, conforme a linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se aí a **adequação**, a conformidade ou a validade do fim.*

.....
O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade (erforderlichkeit), ao qual também alguns autores costumam dar tratamento autônomo e não raro identificá-lo com a proporcionalidade propriamente dita. Pelo princípio ou subprincípio da necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária.

.....
Finalmente, depara-se-nos o **terceiro** critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, que **consiste na proporcionalidade mesma, tomada stricto sensu**. Aqui, assinala Pierre Muller, **a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo**. Quem utiliza o princípio, segundo esse constitucionalista, se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; **obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados**. (sem destaques no original)

Voltando-me aos elementos do princípio da proporcionalidade acima referidos, entendo que a decisão judicial era **adequada** aos fins pretendidos, **necessária** no caso presente **e também proporcional** ao vulto dos delitos supostamente perpetrados. Vejamos:

Digo ser **adequada**, pois, como bem nos lembra Reinaldo Rossano:

...é possível até mesmo a decretação do grampo como início de investigação, respeitados os requisitos legais, ou seja, devem existir indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com reclusão, ordem judicial competente e a prova não pode ser feita por outros meios disponíveis. Não se exige, pois, que haja um procedimento penal em andamento ou que a investigação criminal já se tenha iniciado.

(ALVES, Reinaldo Rossano. **Direito Processual Penal**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Ímpetus. 2010, pág. 345)

Reputo **necessária**, por entender que **não havia outros meios menos gravosos/invasivos de as provas serem eficazmente coletadas**. Nessa quadra, basta uma leitura aligeirada da peça acusatória para nos depararmos com toda a sorte de artifícios utilizados sempre e sempre com o objetivo de se furtar ao aparelho estatal.

Trago, a título de exemplo, algumas das práticas utilizadas nesse desiderato:

a) uso de criptografia, "instalada em alguns telefones utilizados, inclusive



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- a partir da aquisição de equipamento israelense" (fls. 103);
- b) utilização de códigos com nomes de animais (fls. 106) e de linguagem em idioma alemão (fls. 105);
- c) realização de transferências de altos numerários de forma fracionada, com vistas a passar incólume à fiscalização do COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras (fls. 105/106);
- d) comunicação através dos sistemas *Voip* e *Skype* (fls. 103), além de as conversas acontecerem, preferencialmente, de forma presencial (fls. 104), de modo a evitar que os diálogos fossem possivelmente interceptados;
- e) utilização de empresas 'fantasma' e de 'fachada' para viabilizar movimentações financeiras clandestinas (fls. 119/120);
- f) intenção, demonstrada por um dos acusados, de trocar o HD – *hard disk* – de seu computador pessoal, temeroso de que o referido aparelho fosse apreendido pela autoridade policial (fls. 107);
- g) preocupação na "destruição dos comprovantes das transações realizadas" (fls. 112).

A descoberta desses elementos indiciários foi viabilizada através da quebra do sigilo de dados e, principalmente, de interceptações telefônicas.

A propósito, confira-se (fls. 1.280):

Cumpre salientar, ainda, que, ao contrário do alegado pelos impetrantes, a autoridade policial, em sua Representação pela Interceptação Telefônica, frisou que, através de investigações preliminares, foi obtida a informação de que Kurt Paul Pickel, trabalharia como 'doleiro' em favor da CCCC, mantendo, para tanto, intenso e diário relacionamento com os pacientes Pietro Francesco Giavina-Bianchi, Darcio Brunato e Fernando Dias Gomes (diretores estatutários da empresa e chefes da operação) e, em razão das dificuldades de se comprovar delitos desta natureza, as interceptações telefônicas eram imprescindíveis para a continuidade das investigações.

Desta forma, verifica-se que o acesso aos cadastros e a realização das escutas eram medidas imprescindíveis, tendo sido realizadas por autoridade pública, sob supervisão do Juízo Federal e do Ministério Público Federal. Todos os documentos atinentes à colheita da prova indicam a cautela no seu registro e o controle sobre os atos realizados. Não houve qualquer abuso.

Por outro lado, o conteúdo das conversas gravadas e registradas nos autos não pode ser objeto de análise aprofundada nos autos do HC,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*como propõem os impetrantes. Questões de fato controvertidas são insuscetíveis de análise em sede de **habeas corpus**, que não comporta no seu rito sumário dilação probatória.*

Dada a complexidade e dificuldade de apuração dos fatos, os responsáveis pelas investigações tiveram de lançar mão, até mesmo, das denominadas **TEI** – Técnicas Especiais de Investigação – incorporadas ao ordenamento jurídico nacional (Lei nº 9.034/95) e usualmente explicitadas em tratados internacionais dedicados à repressão da criminalidade (sofisticadamente) organizada.

Uma dessas técnicas especiais foi a instalação de escutas ambientais, instrumento que se mostrava mais apropriado à apuração dos diálogos feitos pessoalmente. A prova daí advinda foi reputada lícita pelo Plenário da Suprema Corte (decisão majoritária) .

A propósito, transcrevo trecho do **Informativo nº 529/STF**:

Escuta Ambiental e Exploração de Local: Escritório de Advogado e Período Noturno - 4

Prosseguindo, rejeitou-se a preliminar de ilicitude da prova de escuta ambiental, por ausência de procedimento previsto em lei. Sustentava a defesa que a Lei 9.034/95 não teria traçado normas procedimentais para a execução da escuta ambiental, razão pela qual a medida não poderia ser adotada no curso das investigações. Entendeu-se não proceder a alegação, tendo vista que a Lei 10.217/2001 deu nova redação aos artigos 1º e 2º da Lei 9.034/95, definindo e regulando meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Salientou-se o disposto nesse art. 2º, na redação dada pela Lei 10.217/2001 ("Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: ... IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;"), e concluiu-se pela licitude da escuta realizada, já que para obtenção de dados por meio dessas formas excepcionais seria apenas necessária circunstanciada autorização judicial, o que se dera no caso. Asseverou-se, ademais, que a escuta ambiental não se sujeita, por motivos óbvios, aos mesmos limites de busca domiciliar, sob pena de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

frustração da medida, e que, não havendo disposição legal que imponha disciplina diversa, basta a sua legalidade a circunstanciada autorização judicial.

Inq 2.424/RJ, rel.

Escuta Ambiental e Exploração de Local: Escritório de Advogado e Período Noturno - 5

Afastou-se, de igual modo, a preliminar de ilicitude das provas obtidas mediante instalação de equipamento de captação acústica e acesso a documentos no ambiente de trabalho do último acusado, porque, para tanto, a autoridade, adentrara o local três vezes durante o recesso e de madrugada. Esclareceu-se que o relator, de fato, teria autorizado, com base no art. 2º, IV, da Lei 9.034/95, o ingresso sigiloso da autoridade policial no escritório do acusado, para instalação dos referidos equipamentos de captação de sinais acústicos, e, posteriormente, determinara a realização de exploração do local, para registro e análise de sinais ópticos. Observou-se, de início, que tais medidas não poderiam jamais ser realizadas com publicidade alguma, sob pena de intuitiva frustração, o que ocorreria caso fossem praticadas durante o dia, mediante apresentação de mandado judicial. **Afirmou-se que a Constituição, no seu art. 5º, X e XI, garante a inviolabilidade da intimidade e do domicílio dos cidadãos, sendo equiparados a domicílio, para fins dessa inviolabilidade, os escritórios de advocacia, locais não abertos ao público, e onde se exerce profissão (CP, art. 150, § 4º, III), e que o art. 7º, II, da Lei 8.906/94 expressamente assegura ao advogado a inviolabilidade do seu escritório, ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência, e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB. Considerou-se, entretanto, que tal inviolabilidade cederia lugar à tutela constitucional de raiz, instância e alcance superiores quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime concebido e consumado, sobretudo no âmbito do seu escritório, sob pretexto de exercício da profissão.** Aduziu-se que o sigilo do advogado não existe para protegê-lo quando cometa crime, mas proteger seu cliente, que tem direito à ampla defesa, **não sendo admissível que a inviolabilidade transforme o escritório no único reduto inexpugnável de criminalidade.** Enfatizou-se que os interesses e valores jurídicos, que não têm caráter absoluto, representados pela inviolabilidade do domicílio e pelo poder-dever de punir do Estado, devem ser ponderados e conciliados à luz da proporcionalidade quando em conflito prático segundo os princípios da concordância. Não obstante a equiparação legal da oficina de trabalho com o domicílio, julgou-se ser preciso recompor a ratio constitucional e indagar, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*efeito de colisão e aplicação do princípio da concordância prática, qual o direito, interesse ou valor jurídico tutelado por essa previsão. Tendo em vista ser tal previsão tendente à tutela da intimidade, da privacidade e da dignidade da pessoa humana, considerou-se ser, no mínimo, duvidosa, a equiparação entre escritório vazio com domicílio **stricto sensu**, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem. De toda forma, **concluiu-se que as medidas determinadas foram de todo lícitas por encontrarem suporte normativo explícito e guardarem precisa justificação lógico-jurídico constitucional**, já que a restrição conseqüente não aniquilou o núcleo do direito fundamental e está, segundo os enunciados em que desdobra o princípio da proporcionalidade, amparada na necessidade da promoção de fins legítimos de ordem pública. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Eros Grau, que acolhiam a preliminar, ao fundamento de que a invasão do escritório profissional, que é equiparado à casa, no período noturno estaria em confronto com o previsto no art. 5º, XI, da CF.*
Inq 2.424/RJ, rel. (sem destaques no original)

Como visto, entendeu aquela Corte ser **proporcional** a instalação de escutas ambientais em escritório de advocacia – abarcado pelo conceito de domicílio – durante o período noturno.

Na ocasião, lembrou o eminente Relator, Ministro Cezar Peluso, **inexistir direito absoluto**. Naquele caso foi reafirmado que um direito constitucional (na hipótese, a intimidade da vida privada e a inviolabilidade de domicílio) não poderia ser usado como escudo para a prática de toda sorte de delitos.

Daí que vislumbro a similitude de situações, a atrair também aqui a adequação, necessidade e, principalmente, proporcionalidade das medidas procedidas no bojo das referidas investigações.

Certo é que **temos, na presente hipótese, uma situação de tensão**, de há muito anunciada, **entre preceitos constitucionais de igual envergadura**.

Diante desse inevitável conflito surgido entre princípios/regras de mesma estatura jurídica, cabe ao intérprete recorrer ao método da **ponderação de interesses**, perquirindo, caso a caso, qual – ou quais – dessas normas haverá – ou haverão – de prevalecer.

Nesse contexto de tensão dialética, assevera Sérgio Cavalieri Filho caber



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao "intérprete encontrar o ponto de equilíbrio entre princípios constitucionais em aparente conflito, porquanto, em face do '**princípio da unidade constitucional**', a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém" (Programa de Responsabilidade Civil. 6ª edição. São Paulo: Malheiros. 2005. págs. 129/131, item nº 19.11).

Esse juízo interpretativo não tem o condão de inquinar como inconstitucional nenhum dos direitos/garantias envolvidos, até mesmo porque não se adota, no ordenamento pátrio, a teoria das normas constitucionais inconstitucionais (ou inconstitucionalidade de normas originárias), defendida pelos professores Otto Bachof e Jorge Miranda.

Ressalto que a necessidade dessa ponderação de interesses é propalada por toda a doutrina, nacional e estrangeira. Ela se liga diretamente com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, conforme declara Gilmar Mendes, citando Robert Alexy. Verifique-se:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irredutível de dois direitos por ela consagrados. O juízo de ponderação diz respeito ao último teste do princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito).

.....
É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode-se, todavia, colher de um precedente um viés para solução de conflitos vindouros. Assim, diante de um precedente específico, será admissível afirmar que, repetidas as mesmas condições de fato, num caso futuro, um dos direitos tenderá a prevalecer sobre o outro.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Volto os olhos ao caso presente.

De um lado, busca-se a preservação da intimidade da vida privada e de seus consectários (inviolabilidade de sigilos de dados e das comunicações telefônicas). De outro lado, temos a segurança da coletividade, o poder-dever do Estado de reprimir a prática delitiva e também a probidade da Administração.

Reporto-me a esse princípio regedor da Administração Pública, pois a partir da leitura dos autos, deparo-me com a acusação de possível atuação delitiva – indicadamente reiterada – em licitações públicas, abrangendo cifras exponenciais.

Diante das supostas condutas, dúvidas não me acorrem quanto à necessidade de se investigar a possível prática de crimes, que teriam causado prejuízo aos cofres públicos.

Consta da incoativa que aos pacientes dos *writs* em análise são atribuídos delitos com suposto enraizamento na máquina estatal.

Demais disso, a decisão do Magistrado de piso está devidamente fundamentada e, ao contrário do que asseverou a defesa, teve prazo determinado – 30 (trinta) dias.

Houve prorrogações autorizadas das interceptações, tema não analisado pelo Tribunal de origem, motivo pelo qual evito tecer considerações, ante a supressão de instância.

O Juiz teve a cautela de determinar o sigilo dos autos e de limitar o acesso deles "somente às partes e autoridades que nele oficiarem" (fls. 1.439), agindo, notadamente, com vistas a resguardar a intimidade das pessoas a serem investigadas.

Após me debruçar sobre todos os elementos até então evidenciados, convenço-me da semelhança entre a hipótese presente e o que se decidiu na Suprema Corte, no Mandado de Segurança nº 24.369-MC/DF.

Vejamos:

É inquestionável que a delação anônima pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, tal seja o contexto em que se delineie, torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cláusula inscrita na própria Constituição.

O caso ora exposto pela parte impetrante - que é entidade autárquica federal - pode traduzir, eventualmente, a ocorrência, na espécie, de situação de conflituosidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos.

Com efeito, ***há, de um lado, a norma constitucional, que, ao vedar o anonimato (CF, art. 5º, IV), objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade (como a honra, a vida privada, a imagem e a intimidade), buscando inibir, desse modo, delações anônimas abusivas. E existem, de outro, certos postulados básicos, igualmente consagrados pelo texto da Constituição, vocacionados a conferir real efetividade à exigência de que os comportamentos funcionais dos agentes estatais se ajustem à lei (CF, art. 5º, II) e se mostrem compatíveis com os padrões ético-jurídicos que decorrem do princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput).***

Presente esse contexto, resta verificar se o direito público subjetivo do cidadão à rigorosa observância do postulado da legalidade e da moralidade administrativa, por parte do Estado e de suas instrumentalidades (como as autarquias), constitui, ou não, limitação externa aos direitos da personalidade (considerados, aqui, em uma de suas dimensões, precisamente aquela em que se projetam os direitos à integridade moral), em ordem a viabilizar o conhecimento, pelas instâncias governamentais, de delações anônimas, para, em função de seu conteúdo - e uma vez verificada a idoneidade e a realidade dos dados informativos delas constantes -, proceder-se, lícitamente, à apuração da verdade, mediante regular procedimento investigatório.

.....
Parece registrar-se, na espécie em exame, uma situação de colidência entre a pretensão mandamental de rejeição absoluta da delação anônima, ainda que esta possa veicular fatos alegadamente lesivos ao patrimônio estatal, e o interesse primário da coletividade em ver apuradas alegações de graves irregularidades que teriam sido cometidas na intimidade do aparelho administrativo do Estado.

Isso significa, em um contexto de liberdades em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte, do método - que é apropriado e racional - da ponderação de bens e valores, de tal forma que a existência de interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade, em torno de supostas ilicitudes penais e/ou administrativas que teriam sido praticadas por entidade autárquica federal, bastaria, por si só, para atribuir, à denúncia em causa (embora anônima), condição viabilizadora da ação administrativa adotada pelo E. Tribunal de Contas da União, na defesa do postulado ético-jurídico da moralidade administrativa, em tudo incompatível com qualquer conduta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desviante do improbus administrator.

Na realidade, o tema pertinente à vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, in fine) posiciona-se, de modo bastante claro, em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes, considerada a obrigação estatal, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput), torna imperioso apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público.

(MS nº 24.369-MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 16.10.2002, sem destaques no original)

Essas considerações foram feitas pelo Ministro Celso de Mello em mandado de segurança impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União.

Sem embargo disso, entendo-as perfeitamente ajustadas ao caso presente, pois, como já explicitiei, **as condutas supostamente praticadas transbordariam a seara privada, entrelaçando-se nocivamente no aparelho estatal e contaminando a esperada licitude de procedimentos licitatórios.** Assim, inegável também a afronta a outros postulados de cariz constitucional, tais como a legalidade e a moralidade administrativas.

Faço tais considerações sem olvidar toda a problemática relativa também à suposta prática dos delitos de 'lavagem' de capitais, formação de quadrilha etc.

Quanto a essas infrações, ressalto a acusação de possível transferência de valores a diferentes países (muitos deles considerados 'paraísos fiscais'), evidenciando, em tese, a transnacionalidade dos delitos.

Sob essa ótica, entendo necessário registrar a preocupação – que compartilho – do referenciado Ministro Celso de Mello em relação à repressão às infrações que excedam as fronteiras nacionais. Veja-se:

A ausência de efetiva reação estatal ao desrespeito sistemático das leis, por parte daqueles que atuam no âmbito de organizações criminosas transnacionais, traduz omissão que frustra a autoridade do Direito, que desprestigia o interesse público, que gera o descrédito das instituições e que compromete o princípio da solidariedade internacional na repressão incondicional aos delitos que ofendem a consciência universal e o sentimento de decência e dignidade dos povos. Por isso mesmo, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impunidade representa preocupante fator de estímulo à delinquência, gerando, no espírito do cidadão honesto, o sentimento de justa indignação contra a indiferença ética do Estado, que se revela incapaz ou destituído de vontade política para punir aqueles que transgridem as leis penais. (www.stf.jus.br)

Foi exatamente para coibir a prática de delitos dessa magnitude que a comunidade internacional firmou a **Convenção de Palermo**, Tratado Internacional contra o "Crime Organizado Transnacional".

O referido tratado traz em seu bojo, entre outras, a regra segundo a qual "as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro (incluindo, quando tal esteja previsto no seu direito interno, as autoridades judiciais), tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno".

E mais, no intuito de viabilizar a apuração das infrações, também se consignou que "os Estados Partes diligenciarão no sentido de desenvolver e promover a cooperação à escala mundial, regional, sub-regional e bilateral entre as autoridades judiciais, os organismos de detecção e repressão e as autoridades de regulamentação financeira, a fim de combater a lavagem de dinheiro".

Já no plano interno, o Estado brasileiro vem editando leis, no sentido de corroborar a necessidade de cooperação entre os órgãos de combate à criminalidade organizada.

Nesse sentido, cito a **Lei Complementar nº 104/01**, que, em seu art. 199, parágrafo único, dispõe:

*A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, **poderá permutar informações com Estados estrangeiros** no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.*

A norma acima colacionada diz respeito à matéria tributária. Esse compartilhamento, com muito mais vigor, pode ocorrer também na repressão a crimes.

A propósito, confira-se o que consta na **Lei Complementar nº 105/01**:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 2º (...)

.....
§ 4º **O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, em suas áreas de competência, poderão firmar convênios:**

I - com outros órgãos públicos fiscalizadores de instituições financeiras, objetivando a realização de fiscalizações conjuntas, observadas as respectivas competências;

II - com bancos centrais ou entidades fiscalizadoras de outros países, objetivando:

a) a fiscalização de filiais e subsidiárias de instituições financeiras estrangeiras, em funcionamento no Brasil e de filiais e subsidiárias, no exterior, de instituições financeiras brasileiras;

b) a cooperação mútua e o intercâmbio de informações para a investigação de atividades ou operações que impliquem aplicação, negociação, ocultação ou transferência de ativos financeiros e de valores mobiliários relacionados com a prática de condutas ilícitas.

Não se pode deixar de lado uma pronta resposta estatal à atuação de requintadas organizações criminosas, que se valem de robustos artifícios, buscando escapar dos mecanismos de controle.

Em data recente – 10.12.2010 –, foi realizado o seminário "**Provas e Gestão da Informação: Novos Paradigmas**". Na oportunidade, o insigne Ministro Cezar Peluso, salientando a necessidade da busca de novas técnicas de investigação, anotou:

Não só o processo penal pode, senão deve, ser eficiente, sem que isso represente violação aos limites do processo penal constitucional. O caminho para essa solução de compromisso entre legalidade e eficiência está, necessariamente, na utilização de novas tecnologias para colheita e gerenciamento das informações probatórias.

(<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=16782>)

É de ver que há um crescente esforço, nacional e internacional, em fechar o cerco à criminalidade organizada, a qual, no mais das vezes, não respeita as fronteiras de nenhuma Nação, rumando a uma "atuação globalizada" na prática delitiva.

Todos os cuidados têm sido tomados pelos legisladores – e também



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelos operadores do Direito – no intuito de não esvaziar um núcleo essencial, conteúdo mínimo a ser preservado invariavelmente.

Na hipótese de que aqui se trata, entendo, com a vênia devida dos que pensam em sentido diverso, que esse núcleo intangível não foi ferido de morte.

Ao que quero crer, as investigações encetadas na ação penal em epígrafe vão ao encontro da necessidade de resguardo da coletividade, à repressão da criminalidade organizada, desestimulando a busca da prática do "crime perfeito".

3) Das provas produzidas antes da denúncia e mantidas fora do alcance da defesa:

Insurgem-se também os zelosos defensores sobre as provas que teriam sido coletadas em arrepio ao princípio do contraditório, pois que só mencionadas pelo Juiz do processo quando prestou informações à ilustre Desembargadora Relatora dos *writs* originários.

Sob este ponto, não é de hoje a controvérsia sobre a aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa durante a fase pré-processual (inquérito policial).

Alexandre de Moraes, citando jurisprudência, pontua:

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória à acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.

(MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2008, pág. 108)

Tal entendimento, no entanto, vem sofrendo uma releitura nos mais recentes julgados. Prova disso é a edição da Súmula Vinculante nº 14, de seguinte teor:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mas, no desate da controvérsia ora posta, essa questão fica em um segundo plano.

Vale dizer, **após o recebimento da denúncia e instauração da ação penal, havia provas coletadas pelo órgão acusador que, sendo de conhecimento do Juiz do processo, permaneceram fora do alcance dos acusados.**

A existência desses elementos probatórios só foi tornada pública com o julgamento do *writ* originário, após a Desembargadora Cecília Mello determinar a juntada de ofício encaminhado, em caráter sigiloso, pelo Magistrado condutor do feito.

Lembro, outrossim, que devem ser mantidos em sigilo os termos do acordo de delação e não as informações que digam respeito aos delatados. Essas devem ser trazidas ao feito, a fim de que possam ser contraditadas.

A propósito, recupero as palavras do Ministro Gilson Dipp em voto proferido no **Habeas Corpus** nº 59.115/PR, quando discorria acerca do instituto da delação premiada:

O que importa nos acordos é que haja o controle jurisdicional. No caso, o que os juízes, principalmente os juízes das varas federais criminais especializadas, têm feito, é proporcionar a celebração do acordo entre defesa, ou seja, co-réu colaborador e seu advogado, e o Ministério Público, seguida da homologação pelo Magistrado. Esse acordo tem, certamente, ocorrido em autos em sigilo de justiça, naqueles chamados procedimentos criminais diversos na Justiça Federal. O teor do acordo está na proteção, não só das pessoas que possam ser envolvidas pelo teor das informações, mas da própria garantia de que o co-réu colaborador vá ter aplicado a seu favor as benesses que a lei lhe proporciona, dependendo da efetividade do seu grau de cooperação. A palavra do co-réu colaborador, por si só, não serve para embasar uma condenação, não serve sequer para embasar uma denúncia. Ela precisa vir nos autos, no bojo da ação penal, acompanhada de outros indícios de prova que corroborem suas assertivas. Está dito no acordo, na garantia do co-réu colaborador, que este será beneficiado relativamente ao grau de sua informação, ou seja, no acordo é dito que se for efetiva a colaboração, ele terá a pena atenuada ou substituída por restritiva de direitos ou até mesmo beneficiado pelo perdão judicial, que a lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permite. Tudo isso talvez fira a nossa suscetibilidade em termos de cultura histórica do Direito Penal.

Agora, o réu não tem direito a ter acesso a esse acordo, que é homologado pelo juiz e na garantia do próprio co-réu colaborador. O teor das informações, no momento do procedimento da ação penal, seja pelo depoimento do co-réu colaborador como testemunha, ou pelos fatos narrados que foram decorrentes do acordo de delação premiada, estes sim são objeto do crivo do contraditório e da ampla defesa, como foi feito, no presente caso, pelo que deduzi da leitura do voto da Ministra Relatora. Então, aquilo que foi informado no acordo e que interessa à sociedade. Acordo de delação premiada é para crimes graves, não só do co-réu colaborador como daquele co-réu delatado, porque acordo de delação premiada não foi feito para furto de galinha, não pode ser banalizado nem pode ser objeto de intermediários, de "corretores" de delação premiada. Por isso, cabe o controle jurisdicional. Neste caso, se as provas, se as informações prestadas, seja pela forma de depoimento testemunhal, seja por fatos narrados por interceptações telefônicas, se esses dados obtidos em decorrência de acordo de delação premiada foram objeto na ação penal do crivo do contraditório e da ampla defesa, não há nada a ser sanado.

(HC-59.115/PR, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 12.2.2007, sem destaques no original)

Relembro aqui que os princípios do contraditório e da ampla defesa abrangem a **participação efetiva e a possibilidade de influência na decisão**. Sem elas, estão inarredavelmente feridas de morte a paridade de armas e a ideia do processo devido, justo.

Não há como se conceber que prova ocultada da defesa permita a ela, defesa, exercer uma verdadeira influência na decisão do Magistrado.

Consignem-se estas lições de Alexandre de Moraes:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

.....
Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto **o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa** de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (sem destaques no original)*

Por mais relevantes que fossem os motivos pelos quais se postergou a apresentação dos elementos já produzidos, não havia respaldo para essa prática.

Feito esse registro, observo que essas minhas preocupações também mereceram o cuidado da Eminente Ministra Maria Thereza.

Mais que isso: esse tema ocupou, em quase toda a sua extensão, o voto dos primeiros **habeas corpus**, julgados pelo Tribunal Federal da 3ª Região.

Vejamos as seguintes passagens do **voto da eminente Desembargadora Cecília Melo**:

*Cabe advertir que, assentada essa premissa, **deparei-me com questão relevante** que, no meu sentir, sobrepõe-se à questão da validade da investigação iniciada ou não unicamente por denúncia anônima, consistente na **EXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES das quais, nem os impetrantes, advogados constituídos, nem os pacientes, e até mesmo esta relatora, até hoje, tiveram acesso.***

*Aliás, **tampouco esta relatora teve acesso a tais investigações preliminares**, as quais, não obstante terem sido referidas nas informações prestadas pelo Magistrado impetrado, aos autos não foram enviadas.*

*Um exame detido das razões da impetração, instruída com cópia integral do procedimento de interceptação telefônica, revela que a autorização para o compartilhamento de informações data de **30/07/2008**, ao passo que as primeiras interceptações telefônicas no caso concreto foram determinadas em **22/01/2008** (quebra de sigilo de dados) e **13/02/2008** (interceptação de conversas), ou seja, quase seis meses depois.*

*Afigura-se incontroverso, pois, que **a interceptação telefônica atinente à Operação Castelo de Areia já estava em andamento quando da autorização do Juízo da 2ª Vara Criminal para o compartilhamento das informações**, conforme restou amplamente comprovado.*

*Portanto, **a afirmação de que os elementos indiciários foram obtidos***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por meio do compartilhamento de informações constantes na "Operação Downtown", em que se logrou apurar que a Camargo Correa já vinha adotando a prática de utilizar-se de serviços de doleiros para remeter divisas para fora do país, não encontra amparo nos autos.

Em segundo lugar, depreende-se dos autos que entre a apresentação da denúncia anônima e a quebra do sigilo telefônico, não há nenhuma diligência empreendida, apenas a discussão sobre a injustificada abrangência da medida.

De igual sorte, verifico que entre a primeira e a segunda decisão que autorizam a interceptação telefônica e a nova quebra de sigilo de dados há apenas um pedido da autoridade policial para estas quebras.

*Estes fatos demonstram, em tese, que as investigações preliminares consistentes em diligências empreendidas para apurar a denúncia anônima não foram juntadas aos autos, a evidenciar que **tanto os réus, como os seus advogados não tiveram acesso a elas.***

*Assiste, portanto, **razão aos impetrantes quando indagam acerca das investigações preliminares** que teriam embasado o procedimento de interceptação telefônica, cuja juntada aos autos não ocorreu.*

Mais adiante, Sua Excelência defende o direito de acesso aos autos, tanto pelos acusados, quanto por seus defensores. E assenta essa diretriz no princípio da comunhão (ou aquisição), salientando que **"não se pode admitir é que findas as investigações e, portanto, sem possibilidade de comprometimento da sua eficácia, e uma vez deflagrada a ação penal, os réus não tenham conhecimento da prova produzida"**.

Dentro dessa mesma perspectiva, acrescenta que "até mesmo em hipótese de delação premiada, o caráter sigiloso cinge-se ao acordo celebrado com o réu colaborador e não às declarações incriminadoras, sob pena de se tornar possível a condenação de alguém com base em 'prova secreta'".

Já na parte final do seu alentado voto, a Eminente Relatora acentua:

A existência de investigações, dados e informações que não constam dos autos, foi noticiada pela própria autoridade impetrada que, ao prestar as necessárias informações o fez de duas formas: uma delas por meio dos ofícios que se encontram juntados aos autos; e outra, por meio de ofício sigiloso, onde requereu que o mesmo não fosse juntado aos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O primeiro ofício sigiloso enviado pelo magistrado foi ao mesmo devolvido, sem que cópia permanecesse arquivada junto a este Tribunal. O segundo deles encontra-se juntado aos autos, em envelope lacrado e por mim rubricado, sendo que seu conteúdo traz tudo quanto do primeiro já constava, porém de forma mais detalhada.

Esclareço que cópia do referido ofício foi encaminhada ao MPF, conforme comprovação já constante dos autos.

*Repito, **as informações prestadas dão conta da existência e extensão das investigações preliminares aqui questionadas**, sem, contudo, apresentarem qualquer dado concreto sobre as mesmas.*

*Portanto, **é imperioso que as investigações preliminares levadas a cabo pela Polícia Federal sejam juntadas aos autos, dada a sua imprescindibilidade para a aferição do valor jurídico da denúncia anônima e das provas que dela derivaram e para assegurar a amplitude do direito de defesa.***

Ante o exposto, concedo em parte a ordem, para garantir aos pacientes, por intermédio de seus Advogados regularmente constituídos, o direito de acesso a todas as investigações preliminares, concomitantes, ou mesmo posteriores ao procedimento de interceptação telefônica, e que aos mesmos digam respeito, determinando a sua pronta vinda aos autos.

De fato, afora os argumentos já lançados pela douta Relatora originária, relembro as sábias palavras de Canotilho, para quem "o segredo não é compatível com as liberdades e direitos do homem".

Dentro desse compasso, a partir da determinação de que fossem publicizados todos os elementos por ventura existentes fora dos autos, entendo que deve ser perquirido o estágio alcançado pela ação penal, a fim de apurar, em última análise, qual a extensão do prejuízo, acaso existente.

Isso porque me parece que a correção tempestiva, na expressão de Canotilho, promoveria a sanação das irregularidades existentes, autorizando o prosseguimento da **persecutio criminis**.

Foi por entender necessário fazer essas averiguações que no dia 4.10.2010, proferi o seguinte despacho (fls. 1.741):

Solicitem-se, com urgência, informações ao Juiz do processo que deverá noticiar, de forma pormenorizada, em qual estágio estava a ação penal quando do deferimento da liminar que determinou a suspensão do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

andamento da marcha processual.

*Deverá ser esclarecido, ademais, quais atos processuais foram realizados até o julgamento do **habeas corpus** impetrado junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.*

Ao prestar as informações requeridas, o Magistrado noticiou que "até aquelas datas (15.05.2009 e 13.08.2009), considerando-se o indeferimento das liminares, os atos processuais, já relacionados acima, cingiram-se ao recebimento da Denúncia, ao recebimento do Aditamento à Denúncia, à Citação e ao oferecimento das Respostas à Acusação de alguns dos acusados, já que algumas peças foram apresentadas posteriormente".

Anotou, ainda, que após o julgamento do **habeas corpus** originário, "**determinou-se**, outrossim, **a publicidade imediata do documento que, lacrado, se encontrava juntado aos autos** (fls. 1950/2005 da Ação Penal nº 2009.61.81.006881-7)".

Continuou, explicitando que "por meio de despacho exarado naquela mesma data foi determinado à Secretaria que franqueasse amplo acesso a todos os procedimentos mencionados na referida certidão dos advogados constituídos dos pacientes, permitindo-lhes a extração de fotocópias que entendessem pertinentes".

Ainda das informações prestadas, colho esta passagem:

Em 07.12.2009, foi determinada a intimação das Defesas, com deferimento de prazo para que complementassem, em desejando, as Defesas Preliminares apresentadas (fls. 2.022).

Como vimos, quando se determinou a disponibilização/publicização das provas mantidas sem o conhecimento dos acusados, o processo-crime estava em sua fase inicial. Havia sido efetivados somente o recebimento da denúncia/aditamento e também a abertura de prazo para o oferecimento de defesas preliminares.

Diante da decisão emanada da Corte Regional, **o Juiz condutor do feito determinou "a intimação das Defesas, com deferimento de prazo para que complementassem, em desejando, as Defesas Preliminares apresentadas"** (fls. 1.757).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É desnecessário dizer que, com a superveniência da decisão que deferiu a liminar para sobrestar o andamento da ação penal, não foram produzidos outros atos processuais.

Nesse cenário, cabem duas indagações:

– **primeira:** o fato de se ter dado amplo acesso aos acusados para ciência daqueles elementos até então ocultados sanou satisfatoriamente a mácula mencionada?

– **segunda:** aqueles réus que já haviam apresentado defesa preliminar e que tiveram a oportunidade de complementar a referida peça processual tiveram efetivo prejuízo?

Após intensa reflexão, tenho que a resposta à primeira indagação haveria de ser positiva.

Destaco que as provas até então conhecidas eram, ao meu sentir, suficientes para o oferecimento/recebimento da denúncia, por demonstrarem lastro probatório mínimo, apto a configurar justa causa para a ação penal. Ou seja, mesmo que excluídas as informações constantes na delação premiada, havia elementos bastantes para se deflagrar a **persecutio criminis**.

Ao revés, o segundo questionamento há de ser respondido negativamente. Isso porque **a intervenção levada a efeito pela Corte Regional foi eficaz e culminou na correção das irregularidades** em tempo oportuno.

Dito isso, em outras palavras, a providência adotada pela Desembargadora Relatora dos primeiros remédios constitucionais foi hábil a sanar a falha apontada e o fato de se ter facultado às defesas técnicas a complementação das peças processuais protocoladas (defesa preliminar) afasta a alegação de prejuízo.

E assim penso porque a diretriz basilar sobre o assunto é a de que não se reconhece nulidade sem a comprovação do efetivo prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

Sra. Presidente, Srs. Ministros, em resumo, digo que:

I. paralelamente à denúncia anônima houve diligências, já descritas, produzidas pela autoridade policial, antecedentes à quebra de sigilo telefônico;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. que a quebra de dados de linhas telefônicas não se confunde com a interceptação de conversas telefônicas;

III. que a quebra de sigilo telefônico, ao instante em que foi produzida, se mostrou indispensável para o deslinde dos fatos, pelo grau de engenhosidade neles verificados; e

IV. que a vista aos ilustres defensores da delação premiada, por determinação do Tribunal de origem, de forma tempestiva, assegurando o contraditório e a plena defesa, impediu produzir qualquer prejuízo aos pacientes pela juntada daquela peça nos autos.

Assim, concluo o meu voto pelo conhecimento em parte dos pedidos e, nessa extensão, denegando-os. Adiro à parte final do voto da Eminente Relatora, concedendo habeas corpus de ofício a fim de que Tribunal Regional Federal de origem aprecie o mérito das outras questões suscitadas nos *writs* originários.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0101038-5

HC 137.349 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200903000099741 200903000144461 200961810032100

EM MESA

JULGADO: 15/03/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : KURT PAUL PICKEL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Og Fernandes conhecendo parcialmente dos pedidos e, nesta extensão, os denegando, expedindo, contudo, ordem de ofício, pediu vista o Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Aguarda o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE)."

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.349 - SP (2009/0101038-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : KURT PAUL PICKEL

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP): A discussão circunvolve-se a saber se interceptações telefônicas foram autorizadas judicialmente, com base exclusiva em delação anônima.

A eminente Relatora, em brilhante voto, anula a prova coletada por meio das interceptações telefônicas, pois considerou que foram elas autorizadas com base exclusiva em delação anônima.

O Ministro Og Fernandes, por sua vez e com o mesmo brilho, lembrou que, antes da delação anônima referida nestes autos, uma delação premiada já era fruto de investigações.

Prefiro antes deixar assentadas algumas premissas:

a) a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XII, considera "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";

b) a Lei Federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996, regulamenta esse artigo da Constituição Federal;

c) para que o juiz autorize a interceptação telefônica, três são os requisitos legais, previstos no artigo 2º da Lei 9.296/1996: haver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; que esta seja punida com reclusão; e, ainda, não poder a prova ser feita por outros meios disponíveis;

d) as interceptações não podem exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova, como preconiza o artigo 5º dessa lei, mas, a jurisprudência e a doutrina sepultaram essa limitação, na expressão de Nucci ("Leis Penais e Processuais Penais Comentadas", p. 765);

e) o artigo 4º exige que o pedido de interceptação de comunicação telefônica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstre que sua realização seja necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados, ao mesmo tempo que o artigo 5º exige fundamentação minuciosa e decline os objetivos da medida e os números telefônicos interceptados, com o que se obstarão abusos estatais;

f) "quod non est in actis non est in mundo", princípio de processo civil e processo penal, segundo o qual o juiz não poderá valer-se, para sua decisão, de nenhum elemento de convicção estranho aos autos, nem mesmo de seu conhecimento pessoal íntimo, registrando-se que os atos processuais realizados devem ser certificados nos autos, a começar pela autuação da petição inicial, no processo civil ou autuação da denúncia ou da queixa-crime, no processo penal;

g) a delação anônima serve para o início de investigações, de tal modo que leve a autoridade policial a encontrar provas materiais de crime, ou até possibilite a prisão em flagrante, não servindo, porém, por si só, para a violação a qualquer direito fundamental do ser humano, como a invasão da esfera de intimidade do sigilo telefônico;

h) os direitos fundamentais do ser humano, especificados no artigo 5º da Constituição Federal e em outros, ao longo dela, devem ser respeitados, mas, no conflito entre uns e outros, caberá ao intérprete/aplicador da norma compatibilizá-los, mediante a ponderação de seus valores, de modo que aqui estão a liberdade do cidadão, o direito ao sigilo e a proteção da dignidade humana, de um lado, mas, de outro, a segurança social, necessária para a própria existência do Estado e da sociedade.

Estes os pontos sobre os quais não há praticamente discussão e sobre os quais se basearão os fundamentos de meu voto.

Do exame dos autos, verifico, antes de mais nada, que a representação para a interceptação telefônica, já transcrita no voto da Relatora, veio vazada em termos genéricos, destituída de fundamentação e de argumentos destinados ao convencimento de sua necessidade. Tanto foi assim, que o Ministério Público Federal solicitou esclarecimentos e apontou a vagueza da proposta, nos seguintes termos:

O MPF entende que efetivamente é o caso de investigação do nominado.

No entanto, ao final, o pedido da ilustre autoridade policial é por demais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

genérico ao solicitar senha para "que possam acessar os bancos de dados das empresas telefônicas e obterem dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários"

Assim, de modo a não sugerir nada que possa afetar as investigações imaginadas pela autoridade policial, opino pelo retorno dos autos ao DPF, em caráter sigiloso, para que as diligências sejam melhor especificadas, considerando-se o alvo escolhido.

Em resposta, o Delegado da Polícia Federal informou que os termos do pedido foram propositais, justamente para impedir vazamento de informações (fls.255). Ainda assim, o MPF se satisfaz com a resposta e o nobre Juiz Substituto também, porquanto deferiu a medida, em decisão já transcrita pela Relatora.

Chega a ser surpreendente que a Polícia Federal apresentasse pedido de interceptação telefônica e reconhecesse que não o fundamentara propositalmente, desobedecendo os termos explícitos do artigo 4º da Lei nº 9.296/1996. Pior é o acolhimento do pedido completamente desfundamentado. Se a Polícia Federal desrespeita a norma e se o Ministério Público Federal passa por cima da irregularidade, não pode nem deve o Poder Judiciário conceder seu beneplácito a violações à lei, do que resultarão certamente abusos e coações que o constituinte e o legislador ordinário pretenderam obstar. O Judiciário não é mero assistente do desenrolar do processo. O juiz exerce relevante e grave função e é o Poder que deve, no sistema de divisão de Poderes abrigado pelo artigo 2º da Constituição Federal, dar o equilíbrio necessário, para a atuação harmônica dos três Poderes.

Na decisão, disse o Juiz:

Averiguando a informação recebida, a Autoridade Policial, após pesquisa em seu banco de dados, identificou a pessoa de KURT PAUL PICKEL, nascido na Suíça e detentor do CPF nº 090.271.208-03, como sendo o possível envolvido na atividade de compra e venda de dólares ao mercado paralelo.

Desse modo, como meio de prosseguimento das investigações, a quebra do sigilo telefônico revela-se indispensável à investigação, pois cuidam-se (sic) de fatos graves que envolveriam delitos contra o Sistema Financeiro Nacional e eventual "lavagem" de valores.

Isto é, a decisão deixou de respeitar o artigo 5º da Lei de Interceptações telefônicas, porquanto não veio fundamentada, deixando de demonstrar a necessidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de sua realização, mas apenas afirmando a necessidade. E fundamentar, como se sabe, é tornar explícito o que está implícito...

Por outro lado, o Estado-Administração limitou-se a identificar a pessoa de Kurt, o que não se pode qualificar como atividade investigativa. Afinal, investigar, segundo o Dicionário Houaiss, é fazer diligências para descobrir (algo), inquirir, indagar, procurar metódica e conscientemente descobrir (algo), através de exame e observação minuciosos; pesquisar.

Ora, o artigo 1º da Lei nº 9.292/1996, ao referir-se a ação principal, atribui às quebras de sigilo das comunicações telefônicas caráter de natureza cautelar.

Em todas as cautelares exigem-se o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro deles significa a plausibilidade do direito, e o segundo, a imediata interceptação da voz, para não perder a prova.

Mas, o primeiro requisito referido não foi comprovado nos autos, porquanto, certamente porque o pedido de interceptação se mostrara pobre de dados, a própria decisão judicial que o deferira igualmente ficou destituída de fundamentação, menos ainda de fundamentação convincente. Não se perca de vista que a plausibilidade do direito invocado é imprescindível para a autorização da quebra do sigilo, pois o legislador, incisivamente, estabeleceu, no artigo 2º, inciso I, da lei, ser inadmissível a interceptação, se "não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal".

Antes da autorização da quebra de sigilo, houve, na espécie, uma delação anônima e nada mais. Não cogitou a Administração de buscar outros dados que respaldassem o pedido, o que significa descumprimento do primeiro requisito, a plausibilidade do direito. Sem um mínimo de prova do crime que se quer investigar, não cabe a interceptação.

No ordenamento jurídico da Espanha, não é diferente:

la motivación fáctica del auto requiere aludir necesariamente a la existencia de unos hechos determinados, los cuales han de poder entenderse tipificados en el Código Penal. No cabe salir a la búsqueda de un delito, de cualquier delito. Cf. Juan Montero Aroca, "La intervención de las comunicaciones en el proceso penal; un estudio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudencial", Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 148.

A delação anônima, pode-se concluir, não basta por si só para o deferimento do pedido. Simples suspeita não se confunde com indício, cujo conceito é o seguinte: "é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo", não confundindo-se com suspeita que "é a desconfiança, suposição, perplexidade, uma simples hipótese. Consiste em olhar buscando algo ou pensando algo, porém, intimamente, sem qualquer base objetiva", sempre nas palavras da nossa Presidente, Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, em sua obra "A prova por indícios no processo penal", São Paulo, Saraiva, 1994, p. 38 e 52.

A decisão de deferimento da quebra do sigilo deixou, ainda, de dizer por que não haveria outros meios disponíveis para a investigação. A abrangência do deferimento, concedendo indiscriminadamente senhas, foi uma autorização geral, em branco, servindo para a quebra de qualquer número de telefone, dando ensejo a invasões na esfera da intimidade das pessoas, muito além da pessoa do suspeito. Verdadeira devassa na vida do suspeito e de outras pessoas. Uma autorização genérica, que serve para investigar qualquer pessoa...

Meu entendimento já foi declarado anteriormente. No HC 135.024/MT, que se encontra com pedido de vista pelo Des. convocado Haroldo Rodrigues, a ementa proposta foi a seguinte:

"HABEAS CORPUS" TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MONITORAMENTO TELEFÔNICO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DA MEDIDA E IRREGULARIDADE DAS PRORROGAÇÕES. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA.

1) A necessidade da interceptação telefônica não está demonstrada nos autos. A medida foi autorizada a partir de uma denúncia anônima efetuada por um usuário de drogas, em relação a um corréu. Não foi efetuada nenhuma investigação prévia, partindo-se, de plano, e comodamente, para a interceptação telefônica.

2) E um dos requisitos previstos na Lei nº 9.296/96 é justamente a demonstração de que a prova não poderia ser obtida por outros meios, ou seja, de que a interceptação é imprescindível para a apuração dos fatos.

3) Não tomadas tais providências prévias, a autorização do monitoramento telefônico caracteriza a coação ilegal descrita da inicial, pelo que a ordem deve ser concedida, para declarar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nulidade da prova coletada por meio das ilícitas interceptações telefônicas.

4) Em tais circunstâncias, a prisão preventiva do paciente deve ser revogada.

5) Ordem concedida, para declarar a nulidade da prova coletada por meio do monitoramento telefônico, revogando-se a prisão preventiva do paciente, com expedição de contramandado de prisão.

Não posso deixar de mencionar a teoria das provas ilícitas por derivação, com a conhecida comparação com os frutos da árvore envenenada, teoria importada do direito americano, reconhecida pela Suprema Corte americana, nos idos de 1920, no caso *Silverthorne Lumer Co. v. U.S.* Essa teoria, "fruit of the poisonous tree", consiste em que, da mesma forma que não se pode utilizar fruto de planta venenosa, também não se admite prova derivada da prova ilegalmente coletada. Se permitido fosse aproveitar prova derivada da prova ilícita, estar-se-ia a estimular a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas, como, com propriedade assentou o Ministro Sepúlveda Pertence no HC 69.912-0, Lex, Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 183/290.

Em caso semelhante ao de que aqui se cuida, esta E. Corte decidiu:

HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL, LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO. DENÚNCIA ANÔNIMA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. NULIDADE DE PROVAS VICIADAS, SEM PREJUÍZO DA TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Hipótese em que a instauração do inquérito policial e a quebra do sigilo telefônico foram motivadas exclusivamente por denúncia anônima.

2. "Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedente do STJ" (HC 44.649/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 8/10/07).

3. Dispõe o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, que "não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando (...) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal". A delação anônima não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária, mas mera notícia dirigida por pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denúnciação caluniosa (art. 339 do Código Penal).

4. A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada".

5. Realizar a correlação das provas posteriormente produzidas com aquela que constitui a raiz viciada implica dilação probatória, inviável, como cediço, em sede de *habeas corpus*.

6. Ordem parcialmente concedida para anular a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico no Processo 2004.70.00.015190-3, da 2ª Vara Federal de Curitiba, porquanto autorizada em desconformidade com o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, e, por conseguinte, declarar ilícitas as provas em razão dela produzidas, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada.

(HC 64096/PR, Quinta Turma, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Dje de 04/08/2008).

Outra questão a ser apreciada se prende à existência de uma delação premiada, e de elementos indiciários obtidos por meio do compartilhamento de informações constantes na "Operação "DOWNTOWN", em vara especializada em crimes financeiros.

Diz o Juiz que não se trata de prova secreta. No entanto, na decisão que autorizara a quebra de sigilo das comunicações telefônicas, nenhuma referência a essa delação premiada foi feita, como igualmente nada se mencionou sobre dados compartilhados constantes da Operação "Downtown" .

A Ministra Relatora destacou, sob esse aspecto, que "a exigência de motivação das decisões judiciais traz em si a obrigatoriedade ética da comprovação dos dados que eventualmente sustentam determinado provimento, porquanto, no processo dialético-democrático não é crível imaginar que ao juiz seja conferido o poder de decidir por meio de situações ocultas, não verificadas nos autos ou somente apuráveis nas entrelinhas da investigação".

Dissemos há pouco que um tema sobre o qual não se controverte está no princípio segundo o qual "*quod non est in actis non est in mundo*. Ora, é provável que a indigitada delação premiada se encontrasse com o Juiz e que houvesse uma outra operação em andamento, com dados compartilhados, apurando, entre outras, conduta delitiva dos pacientes. Não é dado, porém, ao juiz tirar do bolso do colete uma carta do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

baralho e alterar o resultado do jogo.

Como disse a eminente Relatora, o Judiciário, por obrigação ética, deve fundamentar suas decisões. A fundamentação auxilia não só a entender a deliberação, como aceitá-la. Essa obrigação tem suas raízes penetradas na Constituição Federal, artigo 93, inciso IX, e obriga o Estado a agir com lealdade em relação aos administrados. Daí por que, mesmo havendo, antes da delação anônima, uma delação premiada e procedimentos investigatórios, a sonegação, pelo Estado-Juiz e pelo Estado-Administração, de tais dados, maculou a relação de caráter processual penal com o investigado. Em outras palavras, dificultou propositalmente o exercício do direito de defesa.

A fundamentação das decisões é corolário do Estado Democrático de Direito, a impedir exatamente o abuso e a violação a direitos fundamentais do ser humano, seja por parte da autoridade administrativa, seja da judiciária, pelo que se reveste de vital importância.

Se o Estado-Administração quiser processar alguém, que o faça segundo o devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal), com ética e lealdade.

Em suma, concedo parcialmente a ordem, nestas duas ações constitucionais, nos termos do voto da Relatora, com a devida vênia do Ministro Og Fernandes, cujos argumentos ponderosos foram difíceis de ultrapassar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.349 - SP (2009/0101038-5) (f)

ADITAMENTO AO VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Peço licença aos meus pares para realizar o presente aditamento de voto, tendo em vista o conhecimento de manifestação do Ministério Público Federal.

Nesta oportunidade quero fazer registrar, primeiro, a surpresa que me causou a entrega de memoriais da parte do Ministério Público, a esta Relatora, somente no instante de o Ilustre Ministro Og Fernandes proferir seu voto-vista. Segundo, observo com certo acanhamento algumas afirmações no mínimo deselegantes do pronunciamento ministerial, que mais parece embargos de declaração opostos contra o meu voto, as quais tomaram as páginas de grandes periódicos na semana que antecedeu a continuação deste julgamento, tornando públicos detalhes que deveriam permanecer no sigilo do processo e, o pior, propagados por meio de conclusões inexatas e inverídicas.

Daí, de modo inusual, a necessidade de fazer o presente adendo como forma de demolir os enganos plantados em torno do voto desta Relatora, principalmente os que se referem a:

- 1) o voto baseou-se “em premissa equivocada, em desarmonia com a verdade”;
- 2) foram tomados como inexistentes fatos existentes, ou seja, trabalhos de investigação realizados depois da denúncia anônima;
- 3) as interceptações telefônicas foram tidas, equivocadamente, como apoiadas somente em denúncia anônima;
- 4) as investigações preliminares desconsideradas pela Relatora foram confrontadas com a delação premiada ainda na fase de investigação;
- 5) o procedimento de delação premiada foi desentranhado dos autos deste HC 159.159/SP.

Diante desses pontos do memorial trazido a conhecimento somente no dia da sessão, quero reafirmar o que foi dito no meu pronunciamento.

Em voto proferido na sessão de 14/09/2010, esta Relatora transcreveu o início das autorizações judiciais sobre o caso, destacando todas as vírgulas das decisões do magistrado de primeiro grau, sem olvidar um único dado, senão vejamos:

“Consta dos autos, a partir das fls. 241 do primeiro h.c., que a Polícia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, após receber denúncia anônima de que o suíço, naturalizado brasileiro, KURT PAUL PICKEL estaria se dedicando à atividade ilegal de compra e venda de dólares, representou ao Juízo da Vara Especializada em Crimes Financeiros da Seção Judiciária de São Paulo, em 10/1/2008, pela quebra das comunicações telefônicas dos usuários de telefonia, para que se pudesse dar início às investigações formais, já que “...nestes tipos de delitos, há enorme dificuldade na obtenção de provas” (Ofício n.º 2504/2008). Foi a parte inicial do pedido (fl. 245 dos autos do HC 137.349):

'Recebemos nesta Unidade de Análise e Inteligência (UADIP/DELEFIN/DRCOR/SR/DPF/SP) *notitia criminis* anônima dando conta de que uma pessoa de nome KURT PICKEL estaria se dedicando à atividade de compra e venda de dólares no mercado paralelo, sem qualquer respaldo legal para tanto.

Trata-se de verdadeiro “doleiro”, atuando no mercado negro de moedas estrangeiras e, como tal, envolvido na prática de delitos contra o Sistema Financeiro Nacional e, provavelmente, de lavagem de dinheiro.'

Encaminhado o pedido à análise do Ministério Público Federal, o seu representante manifestou-se no sentido de que fosse esclarecida a diligência pela autoridade policial, já que o pedido se apresentava genérico no tocante a disponibilizar senhas a determinados policiais para que pudessem “acessar os bancos de dados das empresas telefônicas e obterem dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários” (fl.250). E mais: esperava o M.P.F. fosse aclarada a diligência quanto ao alvo escolhido.

Também é de rigor a transcrição da promoção ministerial, *verbis* (fl. 250):

'O MPF entende que efetivamente é o caso de investigação do nominado.

No entanto, ao final, o pedido da ilustre autoridade policial é por demais genérico ao solicitar senha para 'que possam acessar os bancos de dados das empresas telefônicas e obterem dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários'.

Assim, de modo a não sugerir nada que possa afetar as investigações imaginadas pela autoridade policial, opino pelo retorno dos autos ao DPF, em caráter sigiloso, para que as diligências sejam melhor especificadas considerando-se o alvo escolhido.'

Em resposta, a autoridade policial informou que o pedido era proposital justamente para se impedir o vazamento de informações (fl. 255), conforme já teria ocorrido em outra investigação (“Trata-se de proposital pedido genérico com o fito de assegurar o sigilo das investigações” – fl. 255).

Com isso, sobreveio a chancela do representante do Ministério Público e, ao depois, o deferimento da medida. Vejam-se os fundamentos da decisão assinada em 22/1/2008, pelo Juiz Substituto da 6ª Vara Federal (fls. 258/259):

'Trata-se de representação formulada pela I. Autoridade Policial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

visando o fornecimento de senhas para que os policiais federais integrantes da Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros - DELEFIN possam acessar os bancos de dados das empresas telefônicas e obterem informações relativas aos cadastros de assinantes e usuários.

Informa a Autoridade Policial que a Unidade de Análise e Inteligência daquela Delegacia recebeu notícia anônima dando conta de que KURT PICKEL estaria, sem respaldo legal, praticando atividade de compra e venda de dólares no mercado paralelo e, dessa forma, incidindo na prática de delitos contra o Sistema Financeiro Nacional e eventualmente "lavagem" de valores.

Invocando a dificuldade na obtenção de provas nos delitos em questão a Autoridade Policial requer a quebra do sigilo telefônico.

Inicialmente o representante do "parquet" federal, entendendo o pedido excessivamente genérico, solicitou o retorno dos autos ao Departamento de Federal para que as diligências fossem melhor especificadas.

Com a justificativa apresentada à fl. 13 dos autos, o Ministério Público Federal manifestou-se favoravelmente ao pedido (fl. 14).

É o relatório.

Decido.

Os sigilos constitucionais não são absolutos, como, aliás, todos os demais direitos e garantias fundamentais, devendo ceder passo, por meio de competente determinação judicial, em hipótese devidamente fundamentada, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, advindos do caráter material do princípio do devido processo legal, previsto constitucionalmente no inciso LIV do art. 5º.

Não se olvida que no momento em que os direitos fundamentais sejam empregados como escudo para possibilitar o cometimento de práticas ilícitas, é correto que se dê prevalência a outros princípios constitucionais, implícitos ou explícitos, sobre tais direitos, sem que haja qualquer ofensa a ordem jurídica.

O balizamento que se deve fazer busca atender uma das finalidades do direito, que é o da pacificação social. Entretanto, esta não se tornará possível se se permitir o cometimento de delitos protegidos por direitos fundamentais que visam exatamente combater tais práticas.

Averiguando a informação recebida, a Autoridade Policial, após pesquisa em seu banco de dados, identificou a pessoa de KURT PAUL PICKEL, nascido na Suíça e detentor do CPF n.º 090.271.208-03, como sendo o possível envolvido na atividade de compra e venda de dólares no mercado paralelo.

Desse modo, como meio de prosseguimento das investigações, a quebra do sigilo telefônico revela-se indispensável à investigação, pois cuidam-se de fatos graves que envolveriam delitos contra o Sistema Financeiro Nacional e eventual "lavagem" de valores.

Portanto, diante da existência de indícios apurados em trabalhos de inteligência de que KURT PAUL PICKEL possa ser um "doleiro" e consequentemente estar atuando na prática de delitos contra o Sistema Financeiro Nacional e na "lavagem" de valores, e não havendo outros meios para apurar os fatos, impõe-se o acolhimento da medida acautelatória para identificar o suposto *modus operandi* e a origem dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recursos.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 1º da Lei n.º 9.296, de 24.07.1996, defiro o pedido de QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO, e DETERMINO a expedição de ofícios às empresas de telefonia (Telefônica, Embratel, Vésper, Vivo, Tim, Claro, Oi e Nextel) a fim de que sejam fornecidas senhas, com o prazo de 30 (trinta) dias, aos policiais federais KARINA MURAKAMI SOUZA, OTAVIO MARGONARI RUSSO, PAULO CORREA ALMEIDA, RENATO SADAIKE e ALEXANDRE LINO DE SOUZA, todos em exercício na UADIP/DELEFIN/SR/DPF/SP, para que possam acessar os bancos de dados das referidas empresas telefônicas e obterem dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários.

OFICIE-SE a Autoridade Policial encaminhando cópia da presente decisão e dos ofícios a serem remetidos às operadoras de telefonia.

Os ofícios a serem encaminhados às operadoras de telefonia poderão ser enviados via fac-símile, devendo os originais ser encaminhados posteriormente, no prazo de 07 (sete) dias úteis.

Considerando-se que as informações constantes dos autos estão protegidas pelo sigilo de dados, e a fim de resguardar os interesses das pessoas eventualmente envolvidas, determino, desde já, o sigilo dos autos, aponto-se a tarja SIGILOSO, devendo a eles ter acesso somente as partes e autoridades que nele oficiarem, anotando-se.'

Feito o levantamento inicial, foram descobertos os terminais telefônicos do sujeito objeto da apuração, em face dos quais foi solicitada nova quebra de sigilo telefônico com a respectiva interceptação das linhas relacionadas, sendo a representação atendida por decisão proferida em 13/2/2008."

Diante dessa circunstância inicial da autorização para invasão de dados de todos os assinantes da telefonia, sobretudo das empresas "Telefônica, Embratel, Vésper, Vivo, Tim, Claro, Oi e Nextel", o entendimento desta Relatora consignou, de pronto, a posição suscitada no julgamento do HC 128.776/SP, cujo julgamento se concluiu em 22/6/2010 e era originário do mesmo TRF da 3ª Região, sobre a ilicitude de procedimento genérico de quebra de dados telefônicos, sem a indicação de terminais e abrangendo todos os usuários do sistema, tudo por decorrência do anonimato.

Sem olvidar os parâmetros da causa, também esta relatora deixou claro que a denúncia anônima não pode ser tida, por si só, como "notitia" ilícita, porque, uma vez realizada a investigação preliminar pela autoridade policial, na qual vem ela a ser esquadrihada por outros meios, a sua menção mostra-se ratificada pelos dados colhidos, sendo, portanto, elemento absoluto e coerente da legalidade, consoante preconizado no HC 53.703/RJ, de minha relatoria, julgado em 02/04/2009 e com acórdão publicado no DJe 17/08/2009.

Portanto, não é correto dizer que esta Relatora propagou inverdades, porque o digno representante ministerial na origem também chamou a atenção para a mesma sede de ilegalidade: "o pedido da ilustre autoridade policial é por demais genérico ao solicitar senha para 'que possam acessar os bancos de dados das empresas telefônicas e obterem dados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relativos ao cadastro de assinantes e usuários”.

Diante dessa indagação do “Promotor Natural”, quais são as inverdades e quais eram as investigações preliminares? Aliás, qual foi o meio utilizado para a “denúncia anônima”: por telefone, por carta, por e-mail, etc? Qual foi a atuação da polícia após a denúncia anônima, se esta já trazia a informação de que o investigado atuava no mercado paralelo de moeda?

Por certo que o Ministério Público Federal, neste caso bastante operoso, não trouxe a indicação precisa das peças do inquérito que comprovariam as tais “investigações preliminares”. Esse fato é bastante elucidativo, porque marca bem a diferença de entendimento desta Relatora com relação ao primado do *due process of law*, em contraposição ao que normalmente os órgãos da persecução advogam.

Processo penal, no meu entender de Estado Democrático de Direito, envolve o bem mais supremo da vida humana, que é a liberdade; por isso, é coisa séria, que não pode ser resultado de disse-me-disse; fruto de arbítrio; indispensável, assim, que os autores atuem com a “verdade”.

As autoridades devem “por a termo” o resultado de suas investigações, de modo a impedir que digam que no dia dos fatos fazia sol e, posteriormente, buscando salvar “equivocos da atuação”, afirmem que chovia.

Por isso que as garantias constitucionais do acusado são vetores da persecução penal e não os atos dos seus atores é que devem amoldar as exigências fundamentais do direito do cidadão.

Entender que a ilicitude da prova é um detalhe que pode ser sempre ordenado, redesenhado por uma circunstância posterior, é fazer prevalecer mais do que o princípio maquiavélico com a releitura: os fins sempre justificarão os meios.

É de mencionar, ainda, trecho dos memoriais que afirma que esta Relatora considerou as interceptações telefônicas como fruto da denúncia anônima. Em nenhum momento disse-se que o anonimato fundamentou interceptação telefônica.

Essa compreensão só pode ser resultado de má compreensão do voto.

Ao ensejo, transcrevam-se as seguintes passagens do voto, para o fim de esclarecer os demais pontos aludidos no memorial:

“Como visto, a Polícia Federal tinha acesso aos dados da pessoa investigada, sabendo a sua identidade e, certamente, podia averiguar a sua movimentação diária, já que era acompanhada pelos procedimentos da “inteligência” policial, conforme afirmado nos expedientes endereçados ao Juiz do caso.

Portanto, cabia-lhe desvendar a situação do investigado, o que fazia, de que forma procedia, etc., e não, a partir do fundamento da denúncia anônima, desde logo invadir a intimidade de número indeterminado de pessoas, num procedimento de prospecção e de busca aleatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste passo, verifique-se que o Ministério Público Federal, no primeiro momento, compreendeu ser genérica a medida postulada; porém, não obstante inexistir justificativa hábil, assentiu, ao depois, ao seu deferimento.

Na verdade, dessume-se do contexto que o objetivo da investigação preliminar não era a busca de informações sobre o cidadão naturalizado KURT PAUL PICKEL; sobre o que ele fazia; mas identificar, por meio aleatório de acesso aos dados de usuário da telefonia, todas as pessoas que com ele tiveram ou realizaram algum negócio ou mesmo confirmar que determinadas pessoas, desconhecidas para os autos, de fato, mantinham relacionamento com o referido cidadão.

É, no meu entender, uma busca invasiva absolutamente desproporcional, o que faz prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública, já que não explicitado os verdadeiros motivos da constrição.

Veja-se que a denúncia anônima, segundo a autoridade policial, dava conta de que o referido cidadão era doleiro e atuava no mercado paralelo, fato que poderia ser comprovado por verificação de outros meios que não a quebra do sigilo de dados de todos os usuários da telefonia.

(...)

A questão como posta, portanto, encaminha a solução do caso para considerar a ilicitude tanto da quebra do sigilo de dados inicialmente deferida, quanto das demais provas diretamente dali decorrentes, uma vez violados, por qualquer prisma considerado, os postulados das garantias constitucionais do processo penal, devendo-se observar, neste passo, que a decisão abrangeu situação indevidamente genérica com poder de atingir indiscriminado número de assinantes da telefonia.”

Noutro argumento, a Ilustre subscritora do memorial chega a afirmar algo realmente desconhecido dos autos, de que o início da investigação “era harmônico com informações **já** obtidas no bojo de procedimento de delação premiada”.

Negritei o advérbio para demonstrar que o Ministério Público sustenta que o procedimento de delação foi considerado para o pedido de quebra de dados, o que não corresponde com os fundamentos da decisão inicial, conforme dito no voto, nos seguintes termos:

“Não se olvide que o procedimento de delação promovido com a “Operação Downtown” só foi efetivamente conhecido da persecução criminal na “Operação Castelo de Areia” após a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que no julgamento dos hh. cc. originários concedeu a ordem para tornar possível o conhecimento do seu conteúdo e veracidade, ao passo que as tais apurações preliminares jamais foram aclaradas pela autoridade policial.

Ademais, curiosamente, a denúncia ministerial não faz qualquer referência aos autos da delação premiada, tampouco afirma que as investigações preliminares decorreram de outra investigação da Polícia Federal, tendo citado o compartilhamento de provas da “Operação Downtown” de forma diminuta; ao contrário, sempre se reporta às interceptações realizadas no curso da investigação denominada “Castelo de Areia”. Isso se comprova, igualmente, com a representação primeva da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoridade policial, que nada esclarece sobre a existência de outra operação e de que os indícios preliminares dela decorriam.

Por sua vez, as decisões de deferimento das medidas cautelares não trazem qualquer menção sobre tais elementos indiciários ou quanto ao curso de investigação anteriormente deflagrada.

Aliás, do pouco que ficou demonstrado nos autos, jamais se poderia designar a investigação denominada "Operação Downtown" como sendo "investigações preliminares", porquanto se tratava, aquela altura, de verdadeira investigação formal (inquérito policial) de onde resultaria o procedimento de "delação premiada".

Assim, tenho que não há a menor possibilidade de se justificar as medidas efetivadas na fase introdutória de investigação com o teor de eventual delação premiada ou mesmo com a existência de indícios sobrevivendo de outra operação da Polícia Federal, sob pena de considerar a indicação de fundamento decisório oculto, somente conhecido da autoridade policial e/ou do Juízo."

Com a transcrição, chega-se à seguinte indagação: se houve o compartilhamento de informações com outra operação, porque houve a necessidade de fazer a quebra de dados de todos os assinantes da telefonia? Sim, porque, como se sabe, num procedimento de delação premiada é muito fácil conseguir do delator números de telefones, de ramais, enfim, informações corriqueiras. Não faz sentido o procedimento invasivo somente para conseguir dados telefônicos, quando se poderia obtê-los do próprio delator!

E por falar em delação premiada, quero registrar por último que também é fantasiosa a divulgação na imprensa, e que foi disponibilizado no memorial, de que esta Ministra fez desentranhar dos autos o procedimento de delação premiada.

O que esta Relatora fez foi tirar dos autos do procedimento de *habeas corpus* uma peça absolutamente desconhecida dos autos da ação penal, que não correspondia ao que o próprio Juízo Singular encaminhou ao Tribunal de origem como sendo o documento constante da delação premiada, quando foi **obrigado a fazê-lo pela Corte Regional**.

Quero lembrar em momento final o que nos legou grande estadista: "*A verdade é inconvertível, a malícia pode atacá-la, a ignorância pode zombar dela, mas no fim; lá está ela*" (Winston Churchill).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0101038-5

HC 137.349 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200903000099741 200903000144461 200961810032100

EM MESA

JULGADO: 05/04/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUZA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : KURT PAUL PICKEL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi, acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, concedendo parcialmente a ordem de habeas corpus e o voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues no mesmo sentido, a Turma, por maioria, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencido o Sr. Ministro Og Fernandes, que conhecia parcialmente do pedido de habeas corpus e, nessa extensão, denegava a ordem, expedindo habeas corpus de ofício."

Os Srs. Ministros Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.