

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 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:

Superior Tribunal de Justiça

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, 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.

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

tipificados en el Código Penal. No cabe salir a la búsqueda de un delito, de cualquier delito. Cf. Juan Montero Aroca, "La intervención da las comunicaciones en el proceso penal; un estudio 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 corrêu. 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.

Superior Tribunal de Justiça

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 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,

Superior Tribunal de Justiça

inclusive, a sua responsabilização pela prática de denúncia 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 delitativa dos pacientes. Não é dado, porém, ao juiz tirar do bolso do colete

Superior Tribunal de Justiça

uma carta do 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.