

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 n.º 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 n.º 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

Superior Tribunal de Justiça

ao cadastro de assinantes e usuários, o que foi deferido” (fl. 12).

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.

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

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.

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, atuado 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:

“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.

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. César 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 impostergável a 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 constrictos 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 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.”

Superior Tribunal de Justiça

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 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

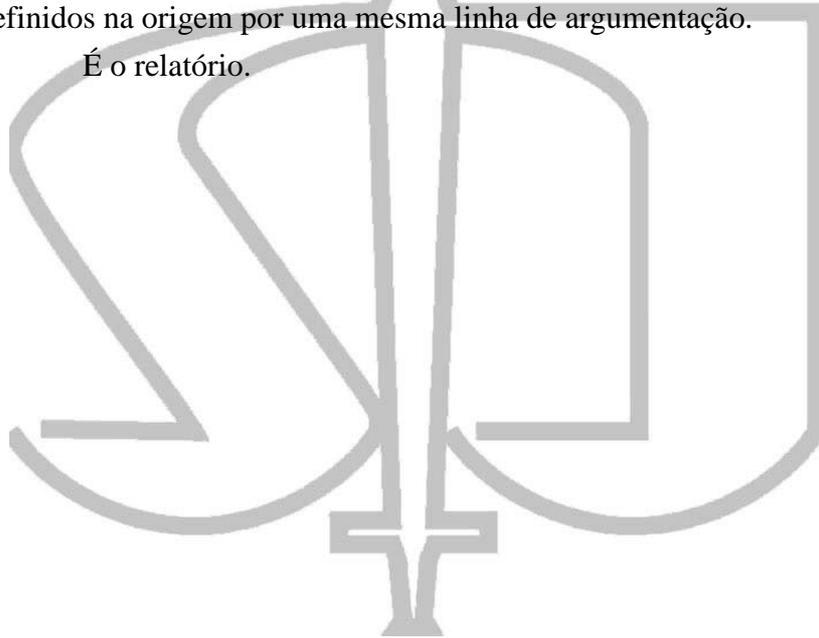
Superior Tribunal de Justiça

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.



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.

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

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 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):

Superior Tribunal de Justiça

(UADIP/DELEFIN/DRCOR/SR/DPF/SP) notícia 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 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

Superior Tribunal de Justiça

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 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.

Superior Tribunal de Justiça

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, apondo-se a tarja SIGILOS, 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;

Superior Tribunal de Justiça

b) Nulidade da prova obtida por meio de interceptação telefônica 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** trouxer 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 razoável de indícios de atividade criminosa.

Superior Tribunal de Justiça

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 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, higidamente, 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 - 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,

Superior Tribunal de Justiça

primeiro, deve-se colher elementos de confirmação da notícia anônima, para, a partir daí, se embrenhar nos 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

Superior Tribunal de Justiça

constitucional-processual que desempenhe função de garantia, a ineficácia do ato praticado em violação à Lei Maior será a consequência que surgirá 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 Poisonous 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.

Superior Tribunal de Justiça

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

Cumprida 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,

Superior Tribunal de Justiça

ainda, a informação de que KURT PAUL PICKEL, em tese, "prestaria seus 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 protegido pelo

Superior Tribunal de Justiça

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 persecução, 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 persecução.

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

Superior Tribunal de Justiça

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 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

Superior Tribunal de Justiça

dados, ao invés da interceptação telefônica, não muda o contexto do vício de origem, porque o 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 gravação 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."**

Superior Tribunal de Justiça

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, 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.

