

14/04/2015

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 676.280 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DELAÇÃO ANÔNIMA. QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. ORDEM CONCEDIDA PELO STJ PARA ANULAR O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. É inadmissível o agravo regimental que não impugna todos os fundamentos da decisão agravada. Precedentes.
2. A decisão impugnada, sem qualquer juízo de valor quanto aos fatos subjacentes, aplicou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido da inadequação do recurso extraordinário para reexaminar prova (Súmula 279 do STF) e para discutir matéria infraconstitucional. Decisão que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.
3. Agravo regimental desprovido.

1. São as seguintes as questões pendentes de solução, que submeto a esta Primeira Turma:

I. Da necessidade de impugnação a todos os fundamentos

ARE 676280 AGR / SP

da decisão agravada, como determina o art. 317, § 1º, do RI/STF¹;

II. Saber se é possível a manutenção da decisão agravada por seus próprios fundamentos;

2. Enfrento cada uma delas em capítulos autônomos.

I. DA NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO A TODOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA

3. De início, observo que não foram impugnados todos os fundamentos da decisão agravada, conforme determinado pelo art. 317, § 1º, do RI/STF.

4. No caso de que se trata, sem qualquer juízo de valor acerca dos fatos subjacentes, neguei seguimento ao recurso extraordinário, em síntese, pelos seguintes fundamentos: (i) impossibilidade do reexame de prova em sede de recurso extraordinário (Súmula 279 do STF); (ii) ausência de questão constitucional a ser resolvida por esta Corte.

5. A parte agravante, contudo, não se desincumbiu do seu dever processual de deconstituir o fundamento consistente na necessidade de análise de matéria infraconstitucional, assim redigido:

“[...]”

33. **Por outro lado, para chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido imprescindível seria a análise da legislação infraconstitucional pertinente.** O que não é admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que afasta o cabimento de recurso extraordinário para o

1 “Art. 317. Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte. § 1º **A petição conterà, sob pena de rejeição liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada.**”

ARE 676280 AGR / SP

questionamento de alegadas violações à legislação infraconstitucional sem que se discuta o seu sentido à luz da Constituição. Nessa linha, vejam-se as seguintes decisões monocráticas: ARE 801.153, Rel. Min. Cármen Lúcia; ARE 795.923, Rel. Min. Teori Zavascki; AI 737.378, Rel. Min. Dias Toffoli; e o ARE 760.372, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, assim fundamentado:

[...]"

6. Não há uma linha sequer na petição do agravo regimental que impugne esse fundamento. Nessas condições, incólume fundamento autônomo e suficiente para a manutenção da decisão agravada, não é possível o conhecimento deste agravo regimental, tendo em vista a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que *“configura princípio básico da disciplina dos recursos o dever que tem o recorrente de impugnar as razões da decisão atacada, por isso que deixando de fazê-lo, resta ausente o requisito da admissibilidade consiste na regularidade formal o que, à luz do § 1º do artigo 317 do RISTF, conduz ao não-conhecimento do recurso interposto”* (RE 600.704-AgR, Rel. Min. Luiz Fux).

7. Ademais, a simples leitura do voto proferido pelo Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP) revela que a controvérsia foi decidida à luz da legislação infraconstitucional pertinente, conforme evidenciam as seguintes passagens:

“[...]

Chega a ser surpreendente que a Polícia Federal apresentasse pedido de interceptação telefônica e reconhecesse que não o fundamentara propositalmente, desobedecendo os termos explícitos do artigo 4º da Lei nº 9.296/1996. Pior é o acolhimento do pedido completamente desfundamentado. Se a Polícia Federal desrespeita a norma e se o Ministério Público Federal passa por cima da irregularidade, não pode nem deve o Poder Judiciário conceder seu beneplácito a violações à lei, do que resultarão certamente abusos e coações

ARE 676280 AGR / SP

que o constituinte e o legislador ordinário pretenderam obstar. O Judiciário não é mero assistente do desenrolar do processo. O juiz exerce relevante e grave função e é o Poder que deve, no sistema de divisão de Poderes abrigado pelo artigo 2º da Constituição Federal, dar o equilíbrio necessário, para a atuação harmônica dos três Poderes.

[...]

Isto é, a decisão deixou de respeitar o artigo 5º da Lei de Interceptações telefônicas, porquanto não veio fundamentada, deixando de demonstrar a necessidade de sua realização, mas apenas afirmando a necessidade. E fundamentar, como se sabe, é tornar explícito o que está implícito...

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

Ora, o artigo 1º da Lei nº 9.2926/1996, ao referir-se a ação principal, atribui às quebras de sigilo das comunicações telefônicas caráter de natureza cautelar.

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

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

Antes da autorização da quebra de sigilo, houve, na

ARE 676280 AGR / SP

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

II. DA MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS

8. Não bastasse a falta de impugnação de todos os fundamentos da decisão agravada, a decisão recorrida deve ser mantida por seus próprios fundamentos. Trata-se de decisão que, sem nenhum juízo de valor quanto aos fatos subjacentes ao processo, simplesmente aplicou a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da inadequação do recurso extraordinário para reexaminar a prova (Súmula 279 do STF)² e para discutir matéria infraconstitucional. Estes os fundamentos da decisão agravada:

“[...] 27. O recurso extraordinário não deve ser conhecido.

28. **Em primeiro lugar, porque a solução da controvérsia passa, necessariamente, pelo revolvimento de fatos e provas.** Vejam-se, a propósito, os fundamentos adotados

2 A necessidade de reexame da prova se deve ao fato de que a premissa adotada pelo acórdão recorrido é diversa da premissa assumida pela parte recorrente. Enquanto o acórdão do STJ concluiu que a inicial quebra do sigilo dos dados telefônicos ocorreu com apoio exclusivo em delação anônima, o MPF afirma que a autoridade policial se cercou de diligências prévias à deflagração da persecução penal. Ademais, a tese adotada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça encontra apoio nas peças que instruem este processo. De modo que o acolhimento da pretensão do *Parquet* demandaria reexame de prova, o que é inviável em sede de recurso extraordinário.

ARE 676280 AGR / SP

pelo voto condutor do acórdão recorrido para assentar a ilegalidade da decisão que decretou a quebra do sigilo dos dados telefônicos (fls. 1879/1887):

“[...] 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.**

[...]

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

ARE 676280 AGR / SP

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:

[...]

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 abrangue situação indevidamente genérica com poder de atingir indiscriminado número de assinantes da

ARE 676280 AGR / SP

telefonia...” (grifos acrescidos)

29. Como visto, o acórdão recorrido assentou a ilegalidade da decisão que decretou a quebra do sigilo dos dados telefônicos do recorrido, e respectivos desdobramentos, tendo em vista que, além de indevidamente genérica, foi embasada exclusivamente em delação anônima. Essa, portanto, foi a principal premissa adotada no acórdão recorrido.

30. Contudo, a parte recorrente veicula a sua pretensão a partir de premissa factual diversa. O Ministério Público Federal postula o provimento do extraordinário sob a alegação de que a quebra do sigilo dos dados do recorrido se deu com apoio tanto em delação anônima quanto em investigações preliminares do Departamento de Polícia Federal em São Paulo.

31. Nessas condições, incide o óbice da Súmula 279 do STF (“*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*”), tendo em vista que o acolhimento da pretensão veiculada no apelo extremo dependeria do reexame do conjunto fático-probatório dos autos. O que é inviável em sede extraordinária.

32. Não bastasse isso, colhe-se dos autos que as alegadas investigações preliminares – fruto do compartilhamento de delação premiada colhida na denominada “Operação Downtown” - ocorreram, em verdade, apenas 6 (seis) meses após a quebra do sigilo dos dados telefônicos do recorrido. Embora essa questão seja contestada pela parte recorrente (na linha do voto-vencido do Ministro Og Fernandes), esses os contornos da tese vencedora perfilhada no acórdão recorrido (fls. 1885/1887):

“[...] Ao que tudo indica, há um desacerto entre os

ARE 676280 AGR / SP

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..." (grifos acrescidos)

[...]

34. Ainda que superados todos esses óbices processuais, não seria possível dar provimento a este recurso extraordinário. De fato, é pacífica a jurisprudência Corte, no sentido de que é permitida a *"deflagração da persecução penal pela*

ARE 676280 AGR / SP

chamada 'denúncia anônima', desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados" (HC 99.490, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Nessa mesma linha de orientação, vejam-se os seguintes precedentes: HC 74.195, Rel. Min. Sidney Sanches; RHC 86.082, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 90.178, Rel. Min. Cezar Peluso; HC 95.244, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 105.484, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 113.597, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 120.234-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; HC 110.436-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

35. No caso de que se trata, contudo, **a moldura factual delineada pelo acórdão recorrido dá conta de que tanto a inicial quebra do sigilo dos dados telefônicos do recorrido quanto as demais interceptações telefônicas autorizadas pelo Juízo de origem tiveram como único ponto de partida delação anônima.** O que significa dizer que a tese perfilhada no acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Refiro-me ao HC 84.827, Rel. Min. Marco Aurélio (Primeira Turma) e ao HC 108.147, Rel. Min. Cármen Lúcia (Segunda Turma), assim ementados:

“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 84.827, Rel. Min. Marco Aurélio)

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NO ART. 3º, INC. II, DA LEI N. 8.137/1990 E NOS ARTS. 325 E 319 DO CÓDIGO PENAL. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NÃO REALIZADA. PERSECUÇÃO CRIMINAL DEFLAGRADA APENAS COM BASE EM

ARE 676280 AGR / SP

DENÚNCIA ANÔNIMA.

1. Elementos dos autos que evidenciam não ter havido investigação preliminar para corroborar o que exposto em denúncia anônima. **O Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial.** Precedente.

2. A interceptação telefônica é subsidiária e excepcional, só podendo ser determinada quando não houver outro meio para se apurar os fatos tidos por criminosos, nos termos do art. 2º, inc. II, da Lei n. 9.296/1996. Precedente.

3. Ordem concedida para se declarar a ilicitude das provas produzidas pelas interceptações telefônicas, em razão da ilegalidade das autorizações, e a nulidade das decisões judiciais que as decretaram amparadas apenas na denúncia anônima, sem investigação preliminar. Cabe ao juízo da Primeira Vara Federal e Juizado Especial Federal Cível e Criminal de Ponta Grossa/PR examinar as implicações da nulidade dessas interceptações nas demais provas dos autos. Prejudicados os embargos de declaração opostos contra a decisão que indeferiu a medida liminar requerida." (HC 108.147, Rel. Min. Cármen Lúcia).

36. Em suma: a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por acórdão da lavra da Ministra Maria Theresa de Assis Moura, determinou a anulação do recebimento da denúncia, com base (a) na análise dos fatos e das provas, concluindo ter o procedimento criminal se baseado exclusivamente em denúncia anônima; e b) na interpretação do direito infraconstitucional – considerando ter havido ilegalidade na quebra do sigilo telefônico. Sua conclusão, ademais, é alinhada com a jurisprudência do STF na matéria...."

ARE 676280 AGR / SP

9. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Cópia