



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2009.03.00.010011-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA
IMPETRANTE : Ministério Público Federal
ADVOGADO : MARTA PINHEIRO DE OLIVEIRA SENA e outro
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA CRIMINAL SÃO PAULO
SP
No. ORIG. : 2009.61.81.001413-4 8P Vr SÃO PAULO/SP

DECISÃO

Trata-se de pedido de liminar em mandado de segurança impetrado em face da decisão proferida pela MM. Juíza Federal da 8ª Vara Criminal de São Paulo, nos autos do Procedimento Criminal 2009.61.81.001413-4, que, ao examinar o pleito de quebra de sigilo de dados telemáticos para fins de investigação de crime tipificado no Art. 241 da Lei 8.69/90, praticado via internet, no *site* de relacionamentos ORKUT, exigiu prévia instauração de inquérito policial.

O Ministério Público Federal pugna pelo reconhecimento da legitimidade para a impetração, do cabimento do *writ*, e do direito líquido e certo assegurado constitucionalmente e na Lei Complementar 75/93, Lei 8.625/93 e Lei 9.296/96. Sustenta, em síntese, que o *Parquet* tem legitimidade para requerer ao Judiciário o afastamento do sigilo de dados telemáticos, assim como para promover atos próprios de investigação penal. Sustenta que, nesta fase, sequer há de se cogitar de prática de atos investigativos, e, ainda que assim não fosse, referido poder foi reconhecido recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 91.661/PE.

Com base em tais argumentos, requer a cassação da decisão que condicionou o exame do pedido à prévia instauração de inquérito policial e que seja determinada a apreciação do pedido e de ulteriores requerimentos, reconhecendo-se a legitimidade do *Parquet* para formulá-los diretamente ao Juízo, bem assim praticar atos necessários à investigação do crime objeto dos referidos autos.

É o relatório. Decido.

Na petição de quebra de sigilo de dados telemáticos, cuja cópia encontra-se acostada às fls. 28/31, o Ministério Público Federal informa que, em

2009.03.00.010011-1

[MRALMEID@MRALMEID]



57509.V005_1/8





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

cumprimento ao Termo de Ajustamento de Conduta assinado com a Procuradoria da República no Estado de São Paulo, a empresa GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA noticiou haver encontrado na página do sítio de relacionamentos ORKUT, identificada pelo ID "6871326748440434671, fotografias contendo pornografia infantil.

Em face dos indícios de prática delitiva perpetrada contra crianças, a autoridade impetrada determinou a extração de cópias dos autos e posterior remessa ao Departamento da Polícia Federal, para a instauração do inquérito policial competente, ao entendimento de que a atribuição de investigar é privativa da polícia, postergando-se, assim, a análise do pedido para após a formalização do referido procedimento investigatório.

Nos termos do Art. 5º, XII, da CF, a cláusula de reserva de jurisdição incide exclusivamente sobre as comunicações telefônicas, cujo sigilo somente poderá ser afastado pelo Judiciário, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal e nas hipóteses e forma que a lei estabelecer.

Sobre o mencionado postulado, convém trazer à colação excerto do MS 23452, de Relatoria do Ministro CELSO DE MELLO (STF, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000): *"O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais". A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado.*

Controverte-se a jurisprudência acerca da extensão do termo comunicações telefônicas, uma vez que imprevista a telemática à época da promulgação da Constituição Federal.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Na definição conferida pelo dicionário Houaiss, telemática é "*a ciência que trata da transmissão, a longa distância, de informação computadorizada*", ou *'técnicas e serviços em que se associam meios de informática e de telecomunicação'*

A Lei 9.296/96, que regulamentou referido inciso XII, parte final, do art. 5º da CF, estende a aplicação de seus dispositivos à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, consoante parágrafo único do Art. 1º.

Discussões à parte sobre eventual ofensa da citada lei aos incisos XII e LVI do Art. 5º CF, ao instituir a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, que não restaram dirimidas na ADI 1.488-9, o Ministério Público requer ordem judicial para obter a quebra do respectivo sigilo. Sob o aspecto da legitimidade, o Art. 3º da Lei 9.296/96 arrola o Ministério Público como parte legitimada ao pedido, contanto que requerida a quebra de sigilo na investigação criminal e na instrução processual penal.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento acerca do termo investigação criminal, compreendendo-o como uma finalidade a ser objetivada pelo requerente e não como imprescindibilidade de instauração prévia de inquérito policial. Portanto, desde que existentes indícios razoáveis de autoria ou participação na infração penal, não poder a prova ser obtida por outros meios disponíveis, e ser a conduta tipificada penalmente e apenada com reclusão, não exige a lei outro requisito de ordem formal.

Nesse sentido, confira-se:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS À DECISÃO DO RELATOR: CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL: ART. 3º, II, DA LEI 9.296/96. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO REQUERIDA AO JUÍZO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ADMINISTRATIVA: POSSIBILIDADE. I. - Embargos de declaração opostos à decisão singular do Relator. Conversão dos embargos em agravo regimental. II. - Não há óbice legal que impeça o Ministério Público de requerer à autoridade judiciária a quebra de sigilo telefônico durante investigação criminal administrativa. III - Agravo não provido."





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

(RE 449206 ED, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 18/10/2005, DJ 25-11-2005 PP-00033 EMENT VOL-02215-04 PP-00757)

"HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO ANACONDA. PACIENTE CONDENADO POR FALSIDADE IDEOLÓGICA, PECULATO E PREVARICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NO PROCEDIMENTO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO DEVIDAMENTE AUTORIZADA. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO OU AÇÃO PENAL. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM DENEGADA.

1. A alegação é de constrangimento ilegal por força de interceptações telefônicas realizadas no âmbito da investigação da Polícia Federal denominada Operação Anaconda, que originou a Ação Penal 129/SP (Reg. 2003.03.00.065345-6) e culminou com a condenação do paciente pela prática dos crimes de falsidade ideológica, peculato e prevaricação (arts. 299, 312 e 319 do CPB) à pena total de 6 anos e 6 meses de reclusão e 1 ano de detenção, mais 138 dias-multa, com a consequente perda do cargo de Agente da Polícia Federal, nos termos do art. 92, I, a do CPB.

2. Esta Corte já decidiu ser prescindível a prévia instauração de inquérito ou ação penal para a decretação de quebra de sigilo telefônico; isso porque, a interceptação telefônica, disciplinada na Lei 9.296/96, tem natureza de medida cautelar preparatória, exigindo-se apenas a demonstração da existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com reclusão (REsp. 827.940/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 03.03.08 e HC 20.087/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, DJU 20.09.03).

3. A assertiva de que teria havido monitoramento indevido (sem autorização judicial) do terminal telefônico 9687-0186 no período de 22.11.02 a 18.12.02 e de 02.01.03 a 13.03.03, não está comprovada pela documentação acostada aos autos. O que ocorreu foi a transferência, efetuada pela própria operadora de Telefonia Celular, das chamadas efetuadas do terminal telefônico 9985-6898, cuja interceptação havia sido previamente autorizada, durante um certo período de tempo, para o terminal 9687-0186, por suspeita de clonagem do aparelho primitivo. As chamadas recebidas continuavam a ser captadas pelo número anterior. O áudio do terminal 9687-0186 não foi fornecido pela Companhia Telefônica enquanto não providenciada a respectiva autorização judicial, o que somente ocorreu em 18.12.02.

4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial."





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

(HC 85.968/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 18/08/2008, REPDJe 17/11/2008)

"CRIMINAL. HC. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL, TELEFÔNICO E TELEMÁTICO. QUEBRA BASEADA NAS DECLARAÇÕES DE UMA SÓ PESSOA. ANÁLISE RESTRITA À SUA CAPACIDADE DE CONFIGURAR INDÍCIO DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. APTIDÃO NÃO-ATACADA. INEXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA. DISPONIBILIZAÇÃO ESPONTÂNEA DE INFORMAÇÕES PELO PACIENTE. DESNECESSIDADE AFASTADA EM RELAÇÃO AOS SIGILOS TELEFÔNICO E TELEMÁTICO E FALTA DE INTERESSE JURÍDICO EM RELAÇÃO AOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL. INSTALAÇÃO PRÉVIA DE INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. VIOLAÇÃO À LIBERDADE DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INOCORRÊNCIA. PARTICIPAÇÃO DEVIDO A FATORES DE ORDEM FAMILIAR E PESSOAL. PRERROGATIVAS QUE NÃO PODEM ACOBERTAR DELITOS. NATUREZA ABSOLUTA INEXISTENTE. DIVULGAÇÃO DE DADOS DECORRENTES DAS QUEBRAS. DETERMINAÇÃO EM CONTRÁRIO. ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO DA DENÚNCIA. IMPROPRIEDADE. CRIMES DIVERSOS DOS ORA ANALISADOS. LEGALIDADE DA MEDIDA DEMONSTRADA. LIMINAR CASSADA. ORDEM DENEGADA.

Não prospera o argumento de ilegalidade da quebra, por ser baseada nas declarações de uma só pessoa, pois tal alegação nada diz com relação à legalidade ou ilegalidade da medida. O que deve ser analisado é se a declaração trazida aos autos tem a capacidade de configurar indício razoável de autoria ou participação em infração penal, sendo certo que a impetração não atacou a sua aptidão para tanto.

Se o depoimento que originou a quebra de sigilos narra comunicações por telefone, e-mails e fac-símiles, sendo que os encontros ocorriam em ambientes particulares e entre específicas pessoas, não se pode cogitar da produção de outros meios de prova para a apuração da veracidade das informações.

O fato de o paciente ter disponibilizado as informações referentes ao seu sigilo bancário e fiscal à Procuradoria da República, não só o fazendo em relação aos sigilos telefônicos e telemáticos, não ilide a necessidade da prova.

Se o paciente afirma não ter autorizado a quebra dos sigilos telefônico e telemático, afasta-se a argumentação da desnecessidade da medida e, de outro lado, se não se opõe sejam investigados seus sigilos bancário e fiscal, atesta a falta interesse jurídico nesta parte da impetração.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Não se pode condicionar a quebra do sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático à instauração prévia do procedimento investigatório, devendo-se exigir, apenas, que a necessidade de sua realização para a apuração da infração penal seja demonstrada, em consonância com os indícios de autoria ou participação no ilícito e desde que a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis.

A legislação fala em "investigação criminal", não prevendo, para a interceptação telefônica, a instalação prévia de inquérito policial.

Não prosperam as alegações relativas a eventual violação da liberdade de exercício profissional do paciente, se sobressai, da fundamentação do acórdão, que a medida foi tomada devido à possível participação do paciente em delito, devido a fatores de ordem familiar e pessoal e, não, em função do exercício da advocacia.

Ainda que atuasse como advogado, as prerrogativas conferidas aos defensores não podem acobertar delitos, sendo certo que o sigilo profissional não tem natureza absoluta.

É insubsistente a preocupação com eventual divulgação de dados, diante da expressa determinação, feita pelo Tribunal a quo, em estrita observância à lei, de que sejam mantidas em segredo as informações decorrentes das quebras de sigilos.

Não prospera a alegação de "arquivamento implícito da denúncia", pois, de um lado, tem-se que eventuais omissões da denúncia podem ser supridas a qualquer tempo, e, de outro, porque a cópia da denúncia ofertada contra outro investigado não diz respeito aos fatos aqui analisados. Evidencia-se, tão-somente, que já foi ofertada peça acusatória contra um dos investigados no inquérito instaurado para apuração da ocorrência dos crimes de favorecimento pessoal e real - diversos dos imputados ao ora paciente.

Não há ilegalidade na decisão que decreta a quebra dos sigilos bancário, fiscal, telefônico e telemático do paciente, se devidamente demonstrada tanto a presença de indícios suficientes de participação em crime, como a peculiaridade de ser a única forma eficaz e disponível para a elucidação dos fatos Ordem denegada, cassando-se a liminar anteriormente deferida. (g.n.)

(HC 20.087/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2003, DJ 29/09/2003 p. 285)

De outro lado, vislumbro plausibilidade jurídica na tese oposta à perfilhada pela autoridade impetrada, à vista do recente julgado proferido pelo Excelso Pretório, consoante se lê do Informativo 538:

"Relativamente à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório, asseverou-se, não





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

obstante a inexistência de um posicionamento do Pleno do STF a esse respeito, ser perfeitamente possível que o órgão ministerial promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Entendeu-se que tal conduta não significaria retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (artigos 129 e 144), de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos, mas também a formação da opinio delicti. Ressaltou-se que o art. 129, I, da CF atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública, bem como, a seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. Aduziu-se que é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos poderes implícitos, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Destarte, se a atividade-fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, é inconcebível não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que peças de informação embasem a denúncia. Considerou-se, ainda, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justificaria a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. Observou-se, outrossim, que, pelo que consta dos autos, a denúncia também fora lastreada em documentos (termos circunstanciados) e em depoimentos prestados por ocasião das audiências preliminares realizadas no juizado especial criminal de origem. Por fim, concluiu-se não haver óbice legal para que o mesmo membro do parquet que tenha tomado conhecimento de fatos em tese delituosos - ainda que por meio de oitiva de testemunhas - ofereça denúncia em relação a eles. HC 91661/PE, rel. Min. Ellen Gracie, 10.3.2009. (HC-91661)".

Diante do exposto, DEFIRO o pedido de liminar, para, afastado o óbice da ausência de prévio inquérito policial, determinar à autoridade coatora que analise o pleito ministerial de quebra de sigilo de dados telemáticos.

Decreto o sigilo destes autos.

Notifique-se a autoridade impetrada, para prestar informações, na forma e prazo da lei.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Após, à Procuradoria Regional da República, para o necessário parecer.

Dê-se ciência.

São Paulo, 26 de março de 2009.



"Documento eletrônico assinado digitalmente pelo(a) Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA, nos termos do art. 1º, §2º, III, "a" da Lei nº 11.419 de 19/12/2006 combinado com a Medida Provisória nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://www.trf3.gov.br/processos/verifica.php> informando o código verificador 57509v5."

