

Habeas Corpus nº 468.639-9, da Vara de Inquéritos Policiais do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba

Impetrante:

dvogada ELISA LIMA ALONSO

aciente:

ELMA ELIZE MIOTO ANDRIOLI

mpetrado:

UIZ DE DIREITO DA MESMA VARA E COMARCA

elatora1:

uíza Convocada LILIAN ROMERO

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. DECISÃO JUDICIAL QUE ORDENA À CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA QUE FRANQUEIE A INVESTIGADORES POLICIAIS - SEM QUALQUER CONTROLE JUDICIAL PRÉVIO - O ACESSO IMEDIATO DE POSICIONAMENTOS DE ESTAÇÕES RÁDIO-BASE (ERB'S), BILHETAGEM E DADOS CADASTRAIS DE TELEFONES FIXOS E CELULARES. ORDEM GENÉRICA QUE ABRANGE, EM TESE, TODOS OS USUÁRIOS DA CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. ART. 5º, INC. XII DA CF/88. DIREITO DE SIGILO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE QUE NÃO ALCANÇA APENAS O CONTEÚDO DA LIGAÇÃO TELEFÔNICA, MAS TAMBÉM OS NÚMEROS E IDENTIFICAÇÃO DOS DESTINATÁRIOS, HORÁRIOS DAS CHAMADAS E DURAÇÃO DE CADA UMA DELAS. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA MAS QUE, PARA SER AFASTADA, REQUER FUNDAMENTAÇÃO E INDIVIDUALIZAÇÃO DO CIDADÃO CUJO SIGILO FOI AFASTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. INTERESSE PROCESSUAL DA PACIENTE EM OBTER A ORDEM, PARA EVITAR EVENTUAL E FUTURA RESPONSABILIZAÇÃO POR CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA, COM EXTENSÃO AOS DEMAIS DESTINATÁRIOS DA MESMA DECISÃO DE INTERCEPTAÇÃO.

1. Há interesse processual de paciente em postular ordem de habeas corpus quando evidenciado o potencial perigo de, na hipótese de não atender de imediato à ordem judicial cuja legalidade questiona, possa ser responsabilizada criminalmente pelo crime de desobediência.

2. O acesso ao posicionamento das ERBs (Estações Rádio Base) permite ao detentor da senha e login concedidos pela concessionária de telefonia identificar a localização geográfica aproximada do usuário do telefone celular.

3. De posse da bilhetagem e dos dados cadastrais, o agente é informado: (a) para quem o usuário telefonou; (b) quem telefonou para o usuário; (c) a data, horário e duração de cada uma destas chamadas.

4. O direito de sigilo não se restringe ao teor das conversas telefônicas mas também aos números para os quais o usuário ligou, os horários e duração das chamadas.

5. O direito de sigilo não é absoluto. A própria Constituição Federal ressalva a possibilidade de ser afastado por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. O direito de sigilo não deve se prestar ao acobertamento de práticas delituosas que devem ser apuradas pela autoridade competente. Contudo, tal situação, conveniência e necessidade devem ser demonstradas previamente.

6. A regra é a manutenção das garantias constitucionais do cidadão - dentre as quais o direito de sigilo - e o afastamento de tais garantias constitui-se na exceção. Por isso, o

afastamento do sigilo de dados deve ser devidamente fundamentado no pronunciamento judicial que o defere.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 468.639-9, da Vara de Inquéritos Policiais do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, em que figura como impetrante a advogada Elisa Lima Alonso, sendo paciente Telma Elize Mioto Andrioli, e impetrado o MM. Juiz de Direito da mesma Vara e Comarca. Este habeas corpus, em caráter preventivo, foi impetrado em favor da paciente - gerente jurídica da filial da Brasil Telecom Celular S/A , no Estado do Paraná - que foi submetida à ordem cogente, consubstanciada pelos ofícios nºs 5860/2007 (f. 23/TJ) e 9250/2007 (f. 25-TJ), subscrito pelo DD. Juiz da Vara de Inquéritos Policiais de Curitiba, ordenando-lhe para que:

"Tem o presente a finalidade de requisitar a Vossa Senhoria que proceda com o cadastramento de senha pessoal e intransferível ao Delegado de Polícia ALEXANDRE BONZATTO (RG nº .../PR, CPF nº ..., Matrícula Funcional nº ..., endereço profissional à rua José Loureiro, nº 376, 6º andar, Centro, Curitiba/PR, endereço eletrônico alexandrebonzatto@gmail.com, telefone para contato nº ...), para que o mesmo passe a ter para que o mesmo passe a ter acesso 24 (vinte e quatro) horas, durante o prazo de seis (06) meses, aos dados cadastrais, localização de ERBs e bilhetagens de telefones que estejam sendo utilizados para a prática de crimes investigados pelo NURCE - Núcleo de Repressão a Crimes Econômicos, lembrando que a senha deverá ser de âmbito nacional, devendo ser encaminhado a este Juízo relatório mensal de controle do acesso do servidor supracitado, indicando os números de telefones consultados e o tipo de consulta efetuada (bilhetagem, dados cadastrais ou ERB's, bem como o período solicitado), a fim de instruir o Pedido de Autorização nº 2007.7638-7, em trâmite neste Juízo.

Cabe ressaltar que referida senha poderá ser utilizada em qualquer investigado pelo NURCE - Núcleo de Repressão a Crimes Econômicos, não precisando haver vinculação a este pedido, sendo que somente o controle ao uso das senhas é que será realizado através destes Autos. Ainda, a consulta poderá ser realizada a partir do nome do proprietário do telefone, bem como pelo seu CPF, sendo que nesses casos, deverá ser fornecida à Autoridade solicitante o numeral referente aos dados fornecidos."

"...proceda o cadastramento de senha pessoal e intransferível ao Auditor Pleno do NURCE, Mario José Dória da Fonseca (RG nº .../SSP/PR, CPF nº ..., com endereço profissional à rua José Loureiro nº 376, 6º andar, Centro, Curitiba/PR, endereço eletrônico mariodoria@sesp.pr.gov.br, telefone para contato nº 41-3324-7349, para que o mesmo passe a ter acesso 24 (vinte e quatro) horas, durante o prazo de seis (06) meses, aos dados cadastrais, localização de ERBs e bilhetagens de telefones que estejam sendo utilizados para a prática de crimes investigados pelo NURCE - Núcleo de Repressão a Crimes Econômicos, lembrando que a senha deverá ser de âmbito nacional,

devendo ser encaminhado a este Juízo relatório mensal de controle do acesso do servidor supracitado, indicando os números de telefones consultados e o tipo de consulta efetuada (bilhetagem, dados cadastrais ou ERB's, bem como o período solicitado), a fim de instruir o Pedido de Autorização nº 2007.7638-7, em trâmite neste Juízo.

Cabe ressaltar que referida senha poderá ser utilizada em qualquer investigado pelo NURCE - Núcleo de Repressão a Crimes Econômicos, não precisando haver vinculação a este pedido, sendo que somente o controle ao uso das senhas é que será realizado através destes Autos. Ainda, a consulta poderá ser realizada a partir do nome do proprietário do telefone, bem como pelo seu CPF, sendo que nesses casos, deverá ser fornecida à Autoridade solicitante o numeral referente aos dados fornecidos".

O impetrante alegou o seguinte:

- * referida ordem, por ser genérica e sem fundamentação concreta, é inconstitucional, ferindo a intimidade dos usuários de telefonia móvel;
- * não lhe foi disponibilizado o inteiro teor da ordem judicial, de forma a demonstrar a individualização dos destinatários da ordem de quebra;
- * o prazo para cumprimento da ordem (um ano) é exorbitante;
- * existem vários precedentes favoráveis à concessão da ordem, em todo o território nacional;
- * é requisito da ordem judicial requisitando as informações a comprovação efetiva de uma justa causa específica e individual;
- * que referida ordem judicial confere amplo poder de quebra às autoridades policiais para fins de utilização indistinta em investigações sequer informadas pela autoridade impetrada;
- * sendo a determinação judicial ilegal, não há o crime de desobediência, uma vez que a legalidade da ordem seria elemento normativo do tipo descrito no art. 330 do CP.

Requeru a concessão de liminar para suspender a exigibilidade de cumprimento da ordem judicial e, quanto ao mérito, a declaração de inconstitucionalidade da determinação contida no ofício acima referido.

A liminar foi indeferida pelo Relator originário, Desembargador João Kopytowski. Além das informações, esta Relatora requisitou do Juízo impetrado o envio de cópia da decisão que deferiu o pedido que originou os ofícios acima mencionados.

A autoridade impetrada informou que deferiu o pedido formulado pela autoridade policial porque confere agilidade às investigações criminais, que restaria inviabilizada se houvesse a necessidade de se apreciar os pedidos caso a caso. Argumentou que os policiais não teriam acesso ao conteúdo das conversações telefônicas, e por isso não haveria que se falar em quebra de sigilo ou em interceptação telefônica. Finalizou aduzindo que o sistema adotado na decisão, de envio de relatório mensal dos acessos efetuados consistiria em adequado controle da atuação policial.

A douta Procuradoria de Justiça, no parecer2 de fs. 86/95, opinou pela concessão da ordem, aduzindo basicamente que a decisão da autoridade impetrada viola o direito de privacidade e intimidade dos usuários das empresas de telefonia, porque genérica e abrangente, sem delimitar a investigação e os investigados, devendo por isso ser cassada.

É o relatório.

Preliminarmente, cabe assinalar que o interesse processual da paciente em postular esta ordem emerge do potencial perigo de, na hipótese de não atender de imediato à ordem judicial constante do ofício por ela questionado, ser responsabilizada criminalmente pelo crime de desobediência.

Por isso, este habeas corpus deve ser conhecido.

Ao exame de seu mérito.

A paciente se volta contra a ordem judicial a ela dirigida através dos ofícios nºs 5860/2007 e 9250/2007, através dos quais a autoridade impetrada ordenou-lhe que cadastrasse senhas pessoais para um delegado de polícia e um auditor pleno do NURCE, a fim de que tivessem acesso imediato e a qualquer hora, dos posicionamentos e ERBs (estações rádio-base), bilhetagem e dados cadastrais de telefones. A validade das senhas seria de seis meses.

De plano, vê-se que as aludidas ordens não autorizam a interceptação de comunicação telefônica, regulada pela Lei 9296/96. Os ofícios não autorizam a interceptação nem a captação de conversa.

Resta, então, aferir o alcance da ordem emanada através dos referidos ofícios para averiguar se acarreta violação ao direito de sigilo assegurado pela Constituição Federal, no art. 5º, inc. XII, que dispõe:

"É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal."

Para tanto, é necessário aferir o conceito de ERB (Estação Rádio Base) e bilhetagem. Estações Rádio Base ou ERBs são equipamentos (antenas) que fazem a conexão entre os telefones celulares e a companhia telefônica, ou mais precisamente a Central de Comutação e Controle (CCC). A ERB ou cell site é a denominação dada em um sistema de telefonia celular para a estação fixa com que os terminais móveis se comunicam. A interconexão que a ERB tem com a CCC ou com outras ERBs é que permite a realização das chamadas entre os terminais celulares e deles com os telefones fixos comuns e vice-versa.

Logo, o acesso ao posicionamento das ERBs, referidos nos ofícios, permitem ao detentor da senha imediatamente identificar a localização aproximada do usuário do telefone celular, no momento em que está procedendo a ligação.

É indubitável que tal informação pode mostrar-se útil na localização de bandidos em rota de fuga ou em seus esconderijos, ainda que provisórios.

Mas ela, também, permite, a qualquer tempo, que se identifique a localização aproximada de um usuário comum: se está no local de trabalho ou fora dele e onde, na escola, em trânsito, no shopping, etc.

Já a bilhetagem consiste na emissão de um relatório ou listagem contendo todas as ligações feitas pelo usuário num determinado período de tempo, contendo: os números dos terminais para os quais foram feitas e dos quais foram recebidas ligações, a data, o horário e duração da chamada.

Os dados cadastrais são as informações essenciais do titular de cada terminal telefônico (nome, CPF, endereço, dentre outros).

Em suma, de posse da bilhetagem e dos dados cadastrais, o agente é informado: (a) para quem o usuário telefonou; (b) quem telefonou para o usuário; (c) a data, horário e duração de cada uma destas ligações.

Também é indiscutível que tais informações podem ser de extrema valia para identificar os integrantes de uma rede criminosa, ou os autores de um pedido de resgate de uma pessoa seqüestrada.

As mesmas informações, por outro lado, possibilitam também a identificação de todo o círculo de relações de qualquer cidadão, inclusive, por exemplo, de um homem casado

com mulheres solteiras, sujeitando-o a chantagens e extorsão em caso de vazamento da informação.

Ao contrário do que sustenta o Juiz impetrado, o direito de sigilo não se restringe ao teor das conversas telefônicas mas também aos números para os quais o usuário ligou, os horários e duração das chamadas.

Por outro lado, é certo que tal direito de sigilo não é absoluto. A própria Constituição Federal ressalva a possibilidade de ser afastado por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. O direito de sigilo não serve para acobertar práticas delituosas que devem ser apuradas pela autoridade competente. Tal situação, conveniência e necessidade devem ser demonstradas previamente.

Isto porque a regra é a manutenção das garantias constitucionais do cidadão - dentre as quais o direito de sigilo - e o afastamento de tais garantias se constitui na exceção. Por isso, o afastamento do sigilo de dados deve ser devidamente fundamentado no pronunciamento judicial que o defere.

Neste sentido:

"PRIVACIDADE. SIGILO DE DADOS. REGRA E EXCEÇÃO. A regra, constante do rol constitucional de garantias do cidadão, é a manutenção de privacidade, cujo afastamento corre à conta da exceção.

DECISÃO JUDICIAL. FUNDAMENTAÇÃO. SIGILO DE DADOS.

AFASTAMENTO. O princípio da vinculação resulta na necessidade imperiosa de os pronunciamentos judiciais serem fundamentados. Implicando o afastamento de garantia constitucional - intangibilidade de dados relativos à pessoa - indispensável é a análise dos parâmetros do caso concreto, fundamentando o Estado-Juiz a decisão."

(STF-1^a Turma, HC 86.094/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 20.09.2005, DJU 11.11.2005, p. 30)

Cabe, então, verificar se a decisão judicial que originou a expedição dos aludidos Ofícios foi devidamente fundamentada e o seu alvo individualizado. Eis o seu teor:

"Pois bem, se torna cada vez mais freqüente a necessidade de quebra de sigilo telefônico, através de interceptações telefônicas, para auxiliar nas investigações dos crimes ocorridos na cidade e que são de competência da Autoridade Policial requisitante.

Porém, em virtude do grande número de interceptações telefônicas realizadas, as operadoras de Telefonia acabam por se sobrecarregar e não ofertar o tratamento esperado a certas situações urgentes, fator este que dificulta o trabalho da Polícia Judiciária.

Com relação à senha requerida, entendo ser válido tal pedido, vez que facilita, e muito, o trabalho da Autoridade Policial, pois as informações indispensáveis à investigação são conseguidas no momento em que são necessárias, sem precisar formular um pedido ao Judiciário, e esperar, em média, cerca de cinco dias para obter a resposta.

Por outro lado, o acesso a dados, documentos, informações personalíssimas, é autorizado em procedimentos investigatórios, consoante já previsto na Lei 9034/95, bem como na Lei 9296/96, que veio regulamentar o artigo 5º, inciso XII, parte final, da Constituição Federal. Nesse vértice, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: **'RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILO TELEFÔNICO. ADVOGADO. QUEBRA.'**

I - Decisão judicial fundamentada, com apoio na Lei 9296/96, determinando a interceptação telefônica, não afronta a Constituição Federal.

II - A proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas do advogado não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, especificamente, a fundada suspeita da prática da infração penal. Recurso desprovido."
(STJ-ROMS 10857 - (199900384342) - SP - 5^a T. - Rel. Min. Felix Fischer, DJU 02.05.2000, p. 00152)

Segundo o disposto no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, presente no rol de direitos e garantias fundamentais de todo cidadão, 'é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual plena". Este Juízo já entendeu que não há infringência ao texto constitucional na concessão da senha, pois esta não se refere ao monitoramento ou escuta de conversas telefônicas, mas tão somente de dados que possibilitem a identificação e localização de criminosos. Ainda, cada vez mais se torna necessária a relação de confiança entre a Polícia Judiciária e o Poder Judiciário, vez que o trabalho em conjunto destes órgãos acaba por colaborar na investigação de crimes graves e que necessitam de uma resposta imediata à sociedade. Assim, estão preenchidos todos os requisitos para o deferimento de tal pedido, vez que o acesso imediato aos dados solicitados é indispensável e necessário para a apuração de crimes investigados pelo Núcleo de Repressão a Crimes Econômicos."

Como se vê, embora a decisão seja extensa, o deferimento do pedido carece de motivação, além de ser extremamente genérico. Não faz qualquer menção na decisão à necessidade da providência nem a vinculou a determinada investigação policial. Portanto, implicitamente autorizou a quebra do sigilo em qualquer investigação - ou até sem a sua existência - e abrangeu a totalidade dos usuários de todas as concessionárias de telefonia mencionadas na decisão, quais sejam: GVT, BRASIL TELECOM, VIVO, TIM, CLARO, BRASIL TELECOM GSM e NEXTEL. Porém, como não se está a viver em regime de exceção, o afastamento da garantia constitucional de sigilo também não pode ser genérico, afetando, como dá a entender o ofício questionado, todo o segmento de usuários do serviço de telefonia das concessionárias acima referidas. O modelo de controle estipulado pelo Juiz singular - a posteriori e por iniciativa dos próprios agentes policiais - é precário e insuficiente frente à amplitude e gravidade da autorização. Conforme assentou o aresto do Supremo, acima mencionado, se a decisão implica no afastamento da garantia constitucional da intangibilidade de dados relativos à pessoa (como é o caso, em que as comunicações telefônicas de todo um universo de usuários de serviços de telefonia são monitoradas), é indispensável que o Poder Judiciário analise as peculiaridades de cada caso concreto. E por evidente, de forma prévia. Evidenciada a ilegalidade da ordem e o consequente constrangimento ilegal imposto à paciente, voto no sentido de conceder a ordem, cassando a decisão que deferiu a concessão de senhas aos agentes policiais, franqueando-lhes o acesso ao posicionamento de ERBs, bilhetagens e dados cadastrais da concessionária gerenciada pela paciente, consubstanciada nos Ofícios nºs 5860/2007 e 9250/2007 (fs. 23 e 25/TJ). Deve, ainda, a ordem ser estendida a todos os demais destinatários de ofícios expedidos pelo Juízo impetrado, em razão do despacho acima transcrito. Isto porque a autoridade

requisitante solicitou não apenas a interceptação telefônica junto à Brasil-Telecom como também das operadoras GVT, BRASIL TELECOM, VIVO, TIM, CLARO, BRASIL TELECOM GSM e NEXTEL.

Incumbirá à autoridade impetrada promover as diligências no sentido de oficiar às demais operadoras de telefonia, noticiando a cassação da decisão.

Diante do exposto, ACORDAM os integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Juíza Relatora.

Votaram com a Relatora o Desembargador José Maurício Pinto de Almeida e o Juiz Convocado Carlos Augusto Altheia de Mello, em Sessão de julgamento presidida pelo Desembargador Noeval de Quadros.

Curitiba, 27 de março de 2008.

LILIAN ROMERO
Juíza Relatora Convocada

1 Em substituição ao Desembargador João Kopytowski

2 Parecer da lavra do Promotor de Justiça em Substituto Segundo Grau Julio Victor Milleo.