



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.334 - SP (2010/0209758-8)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : EDUARDO ANTÔNIO LUCHO FERRÃO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ ANTÔNIO BORTOLETO DE CAMPOS

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. HC. CARTEL E QUADRILHA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO APÓS DELAÇÕES ANÔNIMAS, SEM PRÉVIA CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE COMPETENTE. SUBMISSÃO DE TODOS OS AGENTES ESTATAIS ÀS NORMAS E PRINCÍPIOS REITORES DO SISTEMA REPRESSIVO. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: CORTE ESPECIAL E PRESIDÊNCIA DO STJ E STF. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, TODAVIA, PARA O FIM DE DECLARAR A ILICITUDE DA PROVA ORIUNDA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEFERIDA COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA E DAQUELAS DIRETAMENTE DERIVADAS, SEM PREJUÍZO DA CONTINUIDADE DA AÇÃO PENAL SE EXISTENTES OUTRAS PROVAS.

1. O sistema jurídico do País, composto de múltiplos princípios e inúmeras regras, exegeticamente harmonizados na Jurisprudência dos Tribunais e interpretados nas lições da Doutrina Jurídica, não admite que se instaure a persecução penal, na sua fase inquisitorial ou na sua fase processual, a partir de delações anônimas, *ex vi* do art. 5º., IV da Carta Magna. Precedentes das Cortes Superiores: Corte Especial/STJ: AgReg na Sind 100-TO, Rel. Min. NILSON NAVES, DJU 30.03.09; QO na Sind 81-SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJU 28.08.06; Presidência/STJ: HC 159.159-DF, Rel. Min. CESAR ROCHA, DJU 20.05.10; STF: INQ 1.957, Rel. Min. CÉZAR PELUSO, DJU 11.11.05 e HC 84.827/TO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 22.11.07.

2. Todos os agentes estatais estão submetidos aos limites que a ordem jurídica lhes impõe, não havendo situação que possa isentar qualquer deles de tal subordinação; os valores acolhidos superiormente no Texto Constitucional não podem ser excepcionados, nem pela atividade normativa do Congresso, nem pela atuação do Poder Judiciário, dada a sua função estruturante do ordenamento, a lhe conferir estabilidade e eficácia, bem como em razão da supremacia dos dispositivos insertos na *Lex Legum*.

3. A regra insculpida na Constituição é de que a correspondência, as comunicações telegráficas, de dados e telefônicas são protegidas pelo sigilo (art. 5º., XII da CF). A violação do sigilo telefônico é admitida pela norma constitucional, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que a decisão que a determine seja fundamentada (art. 5º. da Lei 9.296/96) e, mais ainda, que tenham sido esgotados ou que inexistam outros meios de obtenção de prova, conforme se depreende da Lei 9.296/96 que regulamentou a matéria, que, no inciso II do art. 2º, afirma, categoricamente que não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando a prova puder ser feita por outros meios.

4. É indispensável, assim, nos termos da norma constitucional e da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

norma legal que a regulamentou, a identificação clara e precisa dos indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, e a demonstração de que somente por meio dessa medida extrema se poderá apurar o ilícito penal sob investigação; dessa forma, a sistemática do nosso ordenamento jurídico constitucional não permite a movimentação de aparato investigatório oficial, seja ele qual for, sem um mínimo de prova, não sendo mesmo razoável que aqueles indícios de autoria possam ser recolhidos a partir somente de uma denúncia apoiada no anonimato do denunciante, sem o apoio de outros elementos probatórios mais densos, robustos e, principalmente, confiáveis.

5. No caso concreto, muito embora se tente emprestar ares de legalidade à medida de quebra de sigilo telefônico, ao argumento de que ela não derivou exclusivamente da denúncia anônima feita à Secretaria de Direito Econômico, mas também restou embasada nos procedimentos administrativos em curso perante esse órgão contra as empresas fabricantes e comercializadoras de gás industrial, o fato é que o Inquérito Policial e o pedido de interceptação telefônica somente foram formalizados após o recebimento das referidas denúncias apócrifas (feitas em 19 e 22.12.2003), que gerou imediata solicitação por parte da SEDE da providência de quebra do sigilo telefônico (22.12.2003), pedido este acatado incontinenti pelo Ministério Público na mesma data, sem a realização de qualquer outro ato investigativo ou de prospecção para a aferição da sua idoneidade, condutas essas abonadas pelo Juízo que, imediatamente, deferiu a medida requerida, já no dia seguinte, ou seja, em 23.12.2003.

6. Ordem concedida, para o fim de declarar a ilicitude da prova oriunda da interceptação telefônica deferida com base em denúncia anônima e daquelas derivadas diretamente, sem prejuízo da continuidade da Ação Penal se existentes outras provas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz.

Brasília/DF, 10 de maio de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.334 - SP (2010/0209758-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : EDUARDO ANTÔNIO LUCHO FERRÃO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ ANTÔNIO BORTOLETO DE CAMPOS

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOSÉ ANTÔNIO BORTOLETO DE CAMPOS, denunciado, perante o MM. Juízo da 15a. Vara Criminal da Justiça Federal de São Paulo, pela suposta prática dos crimes de formação de quadrilha (art. 288 do CPB) e formação de cartel (art. 4o., inciso II, alíneas a, b e c da Lei 8.137/90).

2. Aponta o impetrante como autoridade coatora o TRF da 3a. Região, que denegou a ordem em *writ* anteriormente impetrado, pelos fundamentos assim ementado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA (ART. 288 DO CP) E FORMAÇÃO DE CARTEL (ART. 4º, II, "A", "B" e "C" DA LEI 8.137/90. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: LICITUDE DA PROVA: ART. 5º, XII, DA CF E LEI 9.269/96: DETERMINAÇÃO COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA: POSSIBILIDADE: INÍCIO DE PROVA CORROBORADO POR INVESTIGAÇÃO PRÉVIA DA SECRETARIA ESTADUAL DE DIREITO ECONÔMICO (SEDE). INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 2º DA LEI 9.269/96: DECISÃO FUNDAMENTADA: NECESSIDADE IMPERIOSA DE INVESTIGAÇÕES. IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE APROFUNDAMENTO DA INVESTIGAÇÃO POR OUTRO MEIO. NULIDADE INEXISTENTE. MEDIDA DEFERIDA POR JUIZ ESTADUAL COMPETENTE À ÉPOCA: POSTERIOR DECLARAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL: VALIDADE DA PROVA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NAS DECISÕES DE PRORROGAÇÕES DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: NÃO CONHECIMENTO: DEFICIÊNCIA DA INSTRUÇÃO. FALTA DE JUNTADA DA DECISÃO IMPUGNADA. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1.. Até o advento da Lei 9.296/96, prevaleceu a tese de nulidade das interceptações telefônicas por se constituírem em prova ilícita,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo também nulas as provas dela decorrentes. Atualmente, considera-se válida essa prova. Fundamento: Art. 5º, inciso XII, da CF e Lei 9.296/96. Precedentes.

2. *Ainda que com ressalvas, admite-se a determinação de interceptações telefônicas com base em denúncia anônima, desde que contenha informações que se revistam de credibilidade e suficientes para que a autoridade diligencie a procedência das afirmações feitas, em conjunto com outros elementos colhidos durante a investigação preliminar por ela motivada.*

3. *Caso em que o pedido de interceptação telefônica não foi baseado apenas em denúncia anônima, mas com fundamento em elementos colhidos em investigação prévia efetuada pela Secretaria de Direito Econômico (SEDE), informando ter recebido denúncia anônima noticiando a formação de poderoso cartel por diversas empresas que dividem o mercado de gases industriais. A nota técnica que sugeriu a medida e foi enviada ao Promotor de Justiça de São Paulo explicitou a dificuldade no combate aos cartéis e na obtenção de provas da infração à ordem econômica, bem como a necessidade e urgência da medida.*

4. *A decisão do Juiz estadual que deferiu o pedido de interceptação telefônica dos envolvidos está fundamentada na convergência de indícios da prática de crimes e na necessidade imperiosa da investigação, assegurando o sigilo das investigações: Inexistência de violação ao artigo 2º, inciso III da Lei 9.296/96.*

5. *Decisão do Juiz Federal que ratificou a adoção da medida fundamentada em documento do Departamento de Proteção e Defesa Econômica que encaminhou a relação de diversos procedimentos administrativos existentes em face das sociedades fornecedoras de gás industrial, dentre elas a empresa representada pelo paciente, onde se apuram denúncias de existência de cartéis, bem como na imprescindibilidade da medida diante da dificuldade de comprovação dos fatos. Legalidade da decisão.*

6. *À época do requerimento da interceptação telefônica, não era possível determinar qual seria o Juiz competente para conhecer da medida, pois não se podia constatar se o cartel atingia o mercado nacional como um todo, sendo, pois, competente, para a declaração da medida, o Juiz de Direito de São Paulo. O posterior reconhecimento de interesses da União no caso com a declaração de competência da Justiça Federal não invalida a interceptação telefônica, devidamente ratificada e fundamentada*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo Juízo declarado competente.

7. *Inexistência de violação à regra da competência federal territorial, pois os elementos existentes revelaram que a maior parte das empresas estão sediadas em São Paulo, sendo que os acordos, ajustes e alianças visavam o controle do mercado nacional mais incisivamente no estado de São Paulo e região metropolitana.*

8. *É dever do impetrante, mormente quando Advogado constituído pelo paciente, instruir suficientemente o pedido de Habeas Corpus com provas documentais que permitam analisar a ilegalidade da decisão atacada. Não conhecida a alegação de ilegalidade das prorrogações das interceptações telefônicas, pois os impetrantes não juntaram cópias dos pedidos de prorrogação, bem como das decisões judiciais que os deferiram.*

9. *O pronunciamento acerca da culpabilidade ou não do paciente desborda dos limites do writ, pois implicam em notório exame aprofundado de matéria fática controversa, cujo deslinde demanda o exame de prova afeto ao juízo da formação da culpa, em ambiente do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente assegurados, de todo incompatíveis com a via expedita do remédio heróico.*

10. *Habeas corpus parcialmente conhecido. Ordem denegada na parte que se conhece. (fls. 644/646).*

3. Insiste a impetração na ilicitude da prova obtida por meio das interceptações telefônicas deferidas exclusivamente a partir de denúncia anônima.

4. Explicita a inicial que a Lei 9.296/96 proíbe a interceptação telefônica para *prospecção*; por isso, somente diante da existência de indícios da prática de um delito apurado por meio de investigação séria e levada a efeito pela Autoridade competente é que se admite a quebra da norma garantidora da preservação do sigilo das comunicações.

5. Aduz que, no caso dos autos, a interceptação telefônica foi requerida com base em meras denúncias anônimas feitas por telefone, em 19 e 22.12.2003, para a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Neste último dia (22.12.2003), foi aprovada a manifestação da Diretoria do Departamento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Proteção e Defesa Econômica - DPDE determinando o encaminhamento de cópia ao Ministério Público. Recebido o ofício naquela mesma data, *sem a requisição da prática de qualquer outro ato investigatório, com base tão somente na denúncia anônima recebida pela SEDE, o Promotor pediu a quebra de sigilo telefônico do paciente*, sendo certo que a autorização para o início do monitoramento telefônico foi dada no dia seguinte (23.12.2003).

6. Sustenta que a investigação e a nota técnica da SEDE, citada no acórdão atacado como *notícia crime*, não pode ser compreendida como ato investigativo, porque tudo o que ali se contém é breve pesquisa feita na *internet* sobre o mercado de gases industriais no Brasil e a referência a números de procedimentos administrativos que, em sua quase totalidade, sequer se referiram a cartel, havendo sido, inclusive arquivados.

7. Sustenta que o deferimento das interceptações se deu por Juiz incompetente, porque a competência da Justiça Federal restou expressamente reconhecida na decisão deste STJ desde o início (HC 117.169, DJe 16.03.2009).

8. Requer, ainda, a declaração de nulidade das decisões que prorrogaram a medida cautelar de interceptação telefônica, por ausência de fundamentação válida.

9. Pede, ao final, *a concessão da ordem a fim de que seja declarada a nulidade da prova de interceptação telefônica e de todas as demais delas decorrentes, face à ilicitude de sua obtenção, tornando nulo, inclusive, o seu compartilhamento* (fls. 39).

10. Deferido o pedido de liminar para suspender o andamento da Ação Penal proposta em desfavor do paciente (fls. 671/675) e dispensadas as informações, o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 687/694).

11. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.334 - SP (2010/0209758-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : EDUARDO ANTÔNIO LUCHO FERRÃO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ ANTÔNIO BORTOLETO DE CAMPOS

VOTO

PROCESSUAL PENAL. HC. CARTEL E QUADRILHA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO APÓS DELAÇÕES ANÔNIMAS, SEM PRÉVIA CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE COMPETENTE. SUBMISSÃO DE TODOS OS AGENTES ESTATAIS ÀS NORMAS E PRINCÍPIOS REITORES DO SISTEMA REPRESSIVO. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: CORTE ESPECIAL E PRESIDÊNCIA DO STJ E STF. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, TODAVIA, PARA O FIM DE DECLARAR A ILICITUDE DA PROVA ORIUNDA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEFERIDA COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA E DAQUELAS DIRETAMENTE DERIVADAS, SEM PREJUÍZO DA CONTINUIDADE DA AÇÃO PENAL SE EXISTENTES OUTRAS PROVAS.

1. *O sistema jurídico do País, composto de múltiplos princípios e inúmeras regras, exegeticamente harmonizados na Jurisprudência dos Tribunais e interpretados nas lições da Doutrina Jurídica, não admite que se instaure a persecução penal, na sua fase inquisitorial ou na sua fase processual, a partir de delações anônimas, ex vi do art. 5o., IV da Carta Magna. Precedentes das Cortes Superiores: Corte Especial/STJ: AgReg na Sind 100-TO, Rel. Min. NILSON NAVES, DJU 30.03.09; QO na Sind 81-SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJU 28.08.06; Presidência/STJ: HC 159.159-DF, Rel. Min. CESAR ROCHA, DJU 20.05.10; STF: INQ 1.957, Rel. Min. CÉZAR PELUSO, DJU 11.11.05 e HC 84.827/TO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 22.11.07.*

2. *Todos os agentes estatais estão submetidos aos limites que a ordem jurídica lhes impõe, não havendo situação que possa isentar qualquer deles de tal subordinação; os valores acolhidos superiormente no Texto Constitucional não podem ser excepcionados, nem pela atividade normativa do Congresso, nem pela atuação do Poder Judiciário, dada a sua função estruturante do ordenamento, a lhe conferir estabilidade e eficácia, bem como em razão da supremacia dos dispositivos insertos na Lex Legum.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. A regra insculpida na Constituição é de que a correspondência, as comunicações telegráficas, de dados e telefônicas são protegidas pelo sigilo (art. 5º., XII da CF). A violação do sigilo telefônico é admitida pela norma constitucional, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que a decisão que a determine seja fundamentada (art. 5º. da Lei 9.296/96) e, mais ainda, que tenham sido esgotados ou que inexistam outros meios de obtenção de prova, conforme se depreende da Lei 9.296/96 que regulamentou a matéria, que, no inciso II do art. 2º, afirma, categoricamente que não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando a prova puder ser feita por outros meios.

4. É indispensável, assim, nos termos da norma constitucional e da norma legal que a regulamentou, a identificação clara e precisa dos indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, e a demonstração de que somente por meio dessa medida extrema se poderá apurar o ilícito penal sob investigação; dessa forma, a sistemática do nosso ordenamento jurídico constitucional não permite a movimentação de aparato investigatório oficial, seja ele qual for, sem um mínimo de prova, não sendo mesmo razoável que aqueles indícios de autoria possam ser recolhidos a partir somente de uma denúncia apoiada no anonimato do denunciante, sem o apoio de outros elementos probatórios mais densos, robustos e, principalmente, confiáveis.

5. No caso concreto, muito embora se tente emprestar ares de legalidade à medida de quebra de sigilo telefônico, ao argumento de que ela não derivou exclusivamente da denúncia anônima feita à Secretaria de Direito Econômico, mas também restou embasada nos procedimentos administrativos em curso perante esse órgão contra as empresas fabricantes e comercializadoras de gás industrial, o fato é que o Inquérito Policial e o pedido de interceptação telefônica somente foram formalizados após o recebimento das referidas denúncias apócrifas (feitas em 19 e 22.12.2003), que gerou imediata solicitação por parte da SEDE da providência de quebra do sigilo telefônico (22.12.2003), pedido este acatado incontinenti pelo Ministério Público na mesma data, sem a realização de qualquer outro ato investigativo ou de prospecção para a aferição da sua idoneidade, condutas essas abonadas pelo Juízo que, imediatamente, deferiu a medida requerida, já no dia seguinte, ou seja, em 23.12.2003.

6. Ordem concedida, para o fim de declarar a ilicitude da prova oriunda da interceptação telefônica deferida com base em denúncia anônima e daquelas derivadas diretamente, sem prejuízo da continuidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Ação Penal se existentes outras provas.

1. Discute-se, no presente *mandamus*, em síntese, a legalidade da decisão que deferiu a quebra de sigilo telefônico do paciente, que a impetração sustenta lastreada apenas em denúncia anônima.

2. Inicialmente, destaco que não há de se acolher a tese de incompetência do Juízo de Direito para o deferimento da medida de quebra de sigilo telefônico, uma vez que a definição da competência da Justiça Federal para o processamento e o julgamento da Ação Penal deu-se apenas após o julgamento do HC 117. 169/SP, do qual fui Relator (DJe 16.03.2009).

3. Em princípio, e assim determina a Lei 9.296/96, apenas o Juiz competente para o julgamento da Ação Principal pode autorizar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas dos investigados; todavia, essa diretriz legislativa tem sido abrandada nos casos, em que, por força do estágio das investigações, supõe-se ser determinado Magistrado o competente, mesmo que, posteriormente, finalizada a colheita da prova indiciária, verifique ser outro, na verdade, o Juiz competente.

4. No que interessa, aduziu o acórdão impugnado o seguinte:

Consoante consta das informações prestadas pela autoridade impetrada, o ora paciente José Antonio Bortoleto de Campos teve seu sigilo telefônico afastado por decisão proferida pelo Juiz de Direito do DIPO em 23 de dezembro de 2003, nos autos do processo nº 050.03.101369-4, redistribuído ao Juízo da Terceira Vara Criminal Federal da Seção Judiciária de São Paulo/SP sob o nº 2009.61.81.007361-8, para apuração de eventual cometimento do crime previsto no artigo 4º da Lei nº. 8.137/90, nos termos da representação do Ministério Público do Estado de São Paulo. Em 23 de janeiro e cinco de fevereiro de 2004, determinou-se as prorrogações das interceptações telefônicas do paciente.

Em 18 de julho de 2005, nos autos do processo nº 050.04.013926-3 (redistribuídos a Justiça Federal sob o nº 2009.61.81.004517-9), o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu denúncia em face de José Antonio Bortoleto de Campos, Vitor de Andrade Perez, Gilberto Gallo, Carlos Alberto Cerezine, Hélio de Franceschi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Júnior, Walter Pilão e Moacyr de Almeida Netto, como incurso nas penas do artigo 4º, alíneas "a", "b" e "c", da Lei 8.137/90 e dos artigos 288, caput c/c 69, caput, ambos do Código Penal.

A denúncia foi recebida no Juízo Estadual em 03 de agosto de 2005 e, em 19 de fevereiro de 2009, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de habeas corpus, concedeu parcialmente a ordem e reconheceu, em princípio, a competência da Justiça Federal para o conhecimento e processamento do feito, sem prejuízo de ulterior avaliação do Juiz Federal sobre sua própria competência. Em 22 de julho de 2009, o Juízo impetrado determinou a devolução do feito à 14ª Vara criminal da Comarca de São Paulo, por não visualizar a presença de interesse da União e, em 11 de março de 2010, no julgamento da Reclamação 3.966-SP, o STJ suspendeu a decisão que determinou a remessa dos autos à justiça estadual até o julgamento do mérito.

O Juízo Federal, em 15 de março de 2010, reconsiderou a decisão, determinando o prosseguimento do feito e, em 19 de maio de 2010, foi deferido o pedido de remessa ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE- da cópia do material produzido na diligência de interceptação telefônica efetuada no feito.

Por fim, a autoridade impetrada informou que, em 05 de julho de 2010 foi proferida decisão ratificando os seguintes atos praticados pelo MM. Juiz de Direito: recebimento da denúncia, deferimento de busca e apreensão, deferimento de interceptações telefônicas, indeferimento do pedido de absolvição sumária e de prova pericial; homologação da desistência da oitiva de testemunhas arroladas pela acusação; indeferimento do pedido de declaração de nulidade das interceptações telefônicas e deferimento do pedido de compartilhamento de provas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE, estando no aguardo da realização de audiência de instrução designada para os dias 19 e 20 de janeiro de 2011, bem como a devolução de cartas precatórias expedidas para inquirição de testemunhas arroladas pela defesa.

(...).

Por outro lado, verifica-se que, ao contrário do alegado pelos impetrantes, o pedido de interceptação telefônica não foi baseado apenas em denúncia anônima, mas com fundamento em elementos colhidos em investigação prévia efetuada pela Secretaria de Direito Econômico (SEDE).

De fato, o relatório de fls. 274/ 283, daquela Secretaria, informou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ter recebido denúncia anônima noticiando que as empresas Air Products, White Martins, Air Liquid e Aga formam um poderoso cartel que divide o mercado de gases industriais por clientes e que participam em conluio de licitações públicas, nas quais são donas de cada contrato e conhecem previamente a empresa que será vencedora e a qual preço, o que faz com que as demais empresas participantes do cartel ofertem seus produtos a preços superiores ou simplesmente não participem das licitações.

Informou-se, ainda, que a forma de atuação do referido cartel se dava por meio de reunião em hotéis, fornecendo nomes e telefones dos principais funcionários que organizavam essas atividades por cada empresa (dentre eles o paciente, representante da empresa White Martins). No mesmo documento, a SEDE afirmou a necessidade da realização de interceptações de comunicações telefônicas, esclarecendo que, no setor de gases industriais, há diversos procedimentos administrativos em trâmite, oito deles em que se apura denúncias de existência de cartéis, explicitando a dificuldade de obtenção de provas e as razões que justificam a adoção da medida.

Apesar de os impetrantes afirmarem que a maioria dos procedimentos administrativos apontados pela SEDE não se referem a cartéis e foram arquivados, nenhuma prova trouxeram nesse sentido.

Assim sendo, tem-se que a denúncia anônima foi corroborada pelo referido documento oficial, apontando diversos procedimentos administrativos existentes que apuram fatos que constituem o crime apontado na denúncia anônima, constituindo-se em elemento hábil como início de prova autorizadora de interceptações telefônicas dos envolvidos.

Por outro lado, a nota técnica enviada ao Promotor de Justiça de São Paulo (fls.285/286), na qual foi sugerida a medida, explicitou a dificuldade no combate aos cartéis e na obtenção de provas da infração à ordem econômica, bem como a necessidade e urgência da medida. Foi igualmente justificada a requisição das interceptações formulada pelo Ministério Público Estadual.

Tampouco existe violação ao artigo 2º, inciso III da Lei 9.296/96. A decisão do Juiz Estadual (fls. 489/491) que deferiu as interceptações telefônicas, foi devidamente fundamentada na convergência de indícios da prática de crimes e a necessidade imperiosa da investigação, assegurando-se o sigilo das investigações.

Da mesma forma encontra-se fundamentada a decisão do juiz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

federal que ratificou a decisão estadual (fls. 529534). Confira-se trechos:

Assim, analisando-se o presente caso, verifica-se que, além da notícia criminis reduzida a termo nos autos do Procedimento Administrativo nº 080012.009888/2003-70, pela Coordenadora-Geral de Análise de Infrações nos Setores de Serviços e Infra-estrutura do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, foi encaminhada ao MM. Juiz de Direito do DIPO relação de "24 (vinte e quatro) procedimentos (dentre processos administrativos, averiguações preliminares e procedimentos administrativos em sentido estrito)" existentes em face das sociedades fornecedoras de gás industrial, dentre eles, dezenove em face da White Martins, Aga S/A, Air Liquide e Air Products, em conjunto ou isoladamente, sendo que "8 (oito) apuram denúncias de existência de cartéis entre as principais empresas do mercado e a maioria dos procedimentos restantes cuida de investigar práticas (e.g. aumento abusivo de preços) que podem ser acessórias às atividades do suposto cartel de divisão de clientes" (fls. 11/12 dos autos de nº 0007361-1-18.2009.403.6181, antigo nº 2009.61.81.007361-8).

Portanto, não há que se falar sobre a inexistência de outros indícios da prática das condutas sob investigação naquele momento e que foram, a posteriori, descritas na denúncia de fls. 01d/06d.

Quanto à imprescindibilidade da medida, pertinente a manifestação do Sr. Coordenador- Geral de Análise de Infrações nos Setores de Agricultura e Indústria do Departamento de Proteção e Defesa Econômica:

"Os participantes de cartéis têm consciência que estão cometendo ilícitos administrativos e penais.

Destarte, a reunião de provas e indícios revela-se tarefa verdadeiramente hercúlea. Reuniões, contratos, troca de informações sobre preços e clientes, entre outros, são realizados com extrema discrição e sigilo. Além disso, os escassos recursos materiais e humanos disponíveis aos órgãos de defesa da concorrência e a rapidez de atuação dos participantes dos cartéis (cuja principal preocupação é a ocultação de suas atividades ilícitas) dificultam ainda mais o processo de obtenção de provas.

No caso específico da indústria de gases industriais, a tarefa de reunião de evidências é ainda mais difícil, como pode ser demonstrado pela grande quantidade de denúncias apresentadas a essa Secretaria. Nesse sentido, vale acrescentar que denúncias de cartéis por divisão de mercado são particularmente difíceis de serem comprovadas, tendo em vista que cada empresa relaciona-se de forma "independente" com seus clientes em relação ao comportamento adotado por seus concorrentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois cada concorrente, via de regra, tem seu mercado "garantido". (fl. 13 dos autos de nº 0007361-18.2009.403.6181).

No presente caso concreto, conforme notitia criminis:

os investigados atuavam por meio de reuniões em hotéis, com reservas de salas em nome de um dos participantes ou de uma das empresas representadas;

referidas pessoas "teriam comentado que passariam a utilizar telefones celulares pré-pagos, comprados em nome de terceiros, para se comunicarem entre si, temendo serem descobertos pelas autoridades competentes."

Desse modo, observa-se que a interceptação das comunicações telefônicas configurou medida imprescindível para as investigações em face do tipo de delito apurado.

(...)

Nesses termos, indefiro o pedido de declaração de nulidade das interceptações telefônicas efetuadas neste feito (...).

Portanto, conclui-se que as interceptações telefônicas foram autorizadas por autoridade legalmente constituída, em decisão motivada que demonstrou a imprescindibilidade da medida, de acordo com o que determina a lei de regência, dada a natureza dos fatos trazidos ao seu conhecimento e a presença de indícios confirmados por mais de uma fonte, não estando maculadas pela ilegalidade sustentada.

Ademais, o Juiz não é obrigado, a pretexto de fundamentar sua decisão, a enumerar uma por uma as infinitas diligências em tese possíveis, para depois demonstrar que nenhuma delas seria viável no caso concreto. Aliás, o Juiz não é obrigado a convencer as partes ou as instâncias superiores do acerto de suas decisões, mas apenas a apontar os motivos racionais que escolheu, permitindo o amplo exercício da defesa e a eventual reforma dos seus julgados. Essa é justamente a diferença entre fundamentação e argumentação.

Todavia, no caso dos autos, a impossibilidade de aprofundamento das investigações por outros meios era auto-evidente, o que constitui mais um motivo pelo qual não se poderia exigir que o Juiz se alongasse mais ainda em tal questão.

Com efeito, salta aos olhos que praticamente todos os atos executórios deveriam ocorrer por simples conversação entre os próprios envolvidos (que aliás, não deixam vestígios) e que eles certamente não haveriam de reduzir a termo suas conversas e assim produzir prova



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

documental. Também não era de esperar que houvesse outras testemunhas além dos próprios envolvidos, que não são obrigados a depor contra si mesmos. (fls. 633/640).

5. Essa questão jurídica da delação anônima se mostra a cada dia mais frequente nas instâncias judiciais, inclusive no colendo STJ, cujo escopo consiste, geralmente, em se saber se é legítima – ou não – a instauração de inquéritos policiais a partir de comunicações apócrifas chegadas ao conhecimento da Autoridade Policial ou do Ministério Público, sendo que, neste último caso, indaga-se da legitimidade da promoção de denúncias penais.

6. O que importa analisar é se esses informes bastariam – ou não – para por em movimento o aparato repressor do Estado – as instituições policiais e judiciais – tendo em vista o quadro normativo que disciplina a atividade dos operadores desse mesmo aparato; e a análise se impõe justamente por causa dos limites legais e jurídicos que fixam os âmbitos dentro dos quais esses operadores podem validamente atuar, isto é, as invioláveis balizas externas e superiores às suas vontades subjetivas ou aos seus desejos pessoais, aos seus ímpetos punitivos ou saneadores, por mais elevados e admiráveis que sejam os seus propósitos.

7. A questão da delação anônima tem sido vista como uma questão de princípio constitucional; no STF, colhe-se a diretriz que aponta para a sua inaceitabilidade: (a) para o douto Ministro Marco Aurélio, *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-TO, DJe 147, em 22.11.2007; DJU 23.11.2007, p. 79; Ement., 2300-03, p. 435)); (b) na visão do eminente Ministro CARLOS MÁRIO VELOSO, é inconstitucional o dispositivo do RI/TCU que estabeleceu o sigilo do apresentante de denúncia anônima àquele Tribunal, por ofensa ao art. 5º, V, X, XXXIII e XXXV da Carta Magna (DJU 23.04.2004, p. 9, Ement., 2148-03, p. 575 e RTJ 192-02, p 655).

8. No âmbito do STJ não se detecta relutância jurisprudencial quanto ao tema, pois já assentou a Corte Especial a rejeição de delação anônima, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incompatível com as garantias processuais individuais, frente ao poder estatal: para o preclaro Ministro NILSON NAVES, 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* (HC 95.838-RJ, DJU 11.02.07; AgReg na Sind 100-TO, DJU 30.03.09).

9. Na esmerada percepção do Ministro NAVES, em nosso conjunto de regras jurídicas, normas existem sobre sigilo, bem como sobre informação; enfim, normas sobre segurança e normas sobre liberdade, daí porque 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 (id., ib.).

10. Essa orientação é acolhida pelos mais eminentes Ministros da Corte; (a) o ínclito Ministro ARI PARGENDLER, seu atual Presidente, afirma que o art. 5º, item IV, da Constituição Federal garante a livre manifestação do pensamento, mas veda o anonimato, por isso que a carta anônima (...) não pode, portanto, movimentar polícia e Justiça sem afrontar a aludida norma constitucional (QO na Sind 81-SP, DJU 28.08.06); (b) o acatado Ministro CESAR ASFOR ROCHA, ilustre Decano do STJ, também adota essa mesma compreensão, afirmando acertadamente 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 proscreve 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 (HC 159.159-DF, DJU 20.05.10).

11. Em resumo, a orientação hoje acolhida nas Cortes Superiores do País, é de que, em razão da vedação constitucional ao anonimato, denúncias de autoria desconhecida não podem servir, *por si sós*, para embasar medidas de interceptação telefônica, de instauração de IPL ou a deflagração de processo criminal, admitindo-se, apenas, que essas notícias silenciosas conduzam à realização de *investigações preliminares pelos órgãos competentes*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12. Assim, no caso concreto, ao meu sentir, muito embora se tente emprestar ares de legalidade à medida de quebra de sigilo telefônico, ao argumento de que ela não derivou *exclusivamente* da denúncia anônima feita à Secretaria de Direito Econômico, mas também restou embasada nos procedimentos administrativos em curso perante esse órgão contra as empresas fabricantes e comercializadoras de gás industrial, o fato é que o Inquérito Policial e o pedido de interceptação telefônica somente foram formalizados após o recebimento das referidas denúncias apócrifas (feitas em 19 e 22.12.2003), que gerou imediata solicitação por parte da SEDE da providência de quebra do sigilo telefônico (22.12.2003), pedido este *acatado incontinenti* pelo Ministério Público na mesma data (fls. 352/353), sem a realização de *qualquer outro ato investigativo ou de prospecção para a aferição da sua idoneidade, condutas essas abonadas pelo Juízo que, imediatamente, deferiu a medida requerida*, já no dia seguinte, ou seja, em 23.12.2003 (fls. 550/552).

13. Nunca é demais frisar que a regra, insculpida na Constituição, *é de que a correspondência, as comunicações telegráficas, de dados e telefônicas são protegidas pelo sigilo (art. 5o., XII da CF)*. A violação do sigilo telefônico é admitida pela norma constitucional, *para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*, desde que a decisão que a determine *seja fundamentada* (art. 5o. da Lei 9.296/96) e, *mais ainda, que tenham sido esgotados ou que inexistam outros meios de obtenção de prova*, conforme se depreende da Lei 9.296/96 que regulamentou a matéria, que, no inciso II do art. 2o, afirma, categoricamente que *não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando a prova puder ser feita por outros meios*.

14. É indispensável, assim, nos termos da norma constitucional e da norma legal que a regulamentou, a identificação clara e precisa dos *indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal*, e a *demonstração de que somente por meio dessa medida extrema se poderá apurar o ilícito penal sob investigação*; dessa forma, a sistemática do nosso ordenamento jurídico constitucional não permite a movimentação de aparato investigatório oficial, seja ele qual for, sem um mínimo de prova, não sendo mesmo razoável que aqueles indícios de autoria possam ser recolhidos a partir somente de uma denúncia apoiada no anonimato do denunciante, *sem o apoio de outros elementos probatórios mais densos, robustos e, principalmente,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confiáveis.

15. Ante o exposto, concede-se a ordem, para o fim de declarar a ilicitude da prova oriunda da interceptação telefônica deferida com base em denúncia anônima e das demais dela derivadas diretamente, sem prejuízo da continuidade da Ação Penal caso existam outras provas suficientes e lícitas.

16. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0209758-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 190.334 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200961810045179 45179520094036181 50030139263 993060499920

EM MESA JULGADO: 10/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDUARDO ANTÔNIO LUCHO FERRÃO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ ANTÔNIO BORTOLETO DE CAMPOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Econômica

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz.