

03/11/92

PRIMEIRA TURMA

HABEAS-CORPUS Nº 69818-2 SÃO PAULO

PACTE.: OMAR GHAZAL
IMPTE.: MARIA DA CONCEIÇÃO AYRES CERNICCHIARO
COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01686020
03490690
08181000
00000160

E M E N T A - I - Prova obtida por meios ilícitos: invocação do artigo 5º, LVI da Constituição: improcedência: precedentes inaplicáveis.

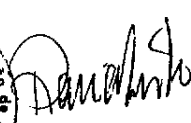
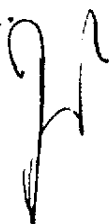
1. À espécie - gravação de conversa pessoal entre indiciados presos e autoridades policiais, que os primeiros desconheciam - não se poderia opor o princípio do sigilo das comunicações telefônicas - base dos precedentes recordados - mas, em tese, o direito ao silêncio (CF, artigo 5º, LXIII), corolário do princípio nemo tenetur se detegere, o qual entretanto, não aproveita a terceiros, objeto da delação de co-réus; acresce que, no caso, à luz da prova, a sentença concluiu que os indiciados estavam cientes da gravação e afastou a hipótese de coação psicológica.

II - Prisão para apelar de réu condenado por tráfico de entorpecentes: Lei 6.368/76, artigo 35, e Lei 8.072/90, artigo 2º, § 2º, interpretação conforme a Constituição: exigência de necessidade cautelar satisfeita na espécie.

A prisão para apelar só se legitima quando se evidencia a sua necessidade cautelar, não cabendo inferi-la exclusivamente da gravidade em abstrato do delito imputado; é possível, contudo, extrair do contexto do fato concreto - que revela a existência de complexa organização criminosa de dimensões internacionais - base empírica para a afirmação do risco de fuga dos condenados, fundamento idôneo para a cautela da prisão provisória imposta.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de habeas corpus.



Supremo Tribunal Federal

HC 69.818-2 SP

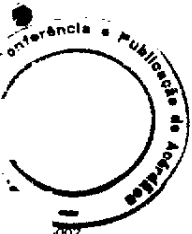
202

Brasília, 3 de novembro de 1992.

Ministro OCTAVIO GALLOTTI Presidente

Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE Relator

mcpr/



03/11/92

PRIMEIRA TURMA

HABEAS-CORPUS N° 69818-2 SÃO PAULO

PACTE.: OMAR GHAZAL

IMPTE.: MARIA DA CONCEIÇÃO AYRES CERNICCHIARO

COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: A ilustre advogada Maria da Conceição Ayres Cernicchiaro impetra **habeas corpus** em favor de Omar Ghazal, condenado à pena de 8 anos de reclusão e multa pelos crimes dos arts. 12 e 14 da Lei n° 6.368/76, por participação na denominada "Operação PANAM" de tráfico internacional de entorpecentes. Como autoridade coatora, indica-se o Superior Tribunal de Justiça, por negar provimento a recurso ordinário de **habeas corpus** contra decisão que primeiramente indeferira a ordem, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

2. O ilustre Subprocurador-Geral Mardem Costa Pinto analisa os pedidos alternativos da impetração (f. 62/71):

"... como opção principal, anular a sentença condenatória ao fundamento de que está lastreada em prova ilícita, referindo-se à gravação da entrevista de Júlio Ricardo Petenucci e Marcelo de Souza Consorte, prova esta obtida sem o consentimento dos mesmos, portanto sem observância do princípio do



contraditório, citando o art. 5º, inciso LVI, da Carta Magna ou, como pedido subsidiário, obter o direito de o paciente apelar em liberdade, invocando a Lei 8.072/90 e sustentando que o Juiz deve explicitar as razões que o levaram a denegar tal direito, o que não teria sido feito na sentença censurada."

3. A primeira hipótese é de logo descartada:

"(...) É que no âmbito do habeas corpus, por sua natureza jurídica, finalidade e rito processual, não se admite, em regra, nem dilação probatória nem exame aprofundado de provas complexas ou controvertidas.

Na hipótese em estudo a sentença revela que existem duas versões sobre a entrevista censurada: uma dizendo que a mesma foi consensual, portanto obtida sem qualquer coação, e a outra, dos próprios entrevistados, alegando desconhecer a existência de gravador durante a entrevista (...). Ora, se existem duas versões sobre o ponto em debate, é fácil concluir que o deslinde da controvérsia, no ponto específico, não pode ser obtido através do writ, já que implicaria em reexame exaustivo e valorativo de provas controvertidas, expediente sabidamente inviável no âmbito do



habeas corpus, sendo certo ainda que não se trata de interceptação de conversa telefônica, não sendo portanto caso de violação ilegal do sigilo nas comunicações, mas de entrevista gravada em que se discute se os entrevistados sabiam ou não que a conversa estava sendo gravada."

4. De toda sorte - argumenta o parecerista -, não foram as gravações tachadas aqui de "ilícitas" as únicas provas conducentes ao decreto condenatório. Para tanto, cita largos trechos da sentença em que se verifica ter o Juiz a quo procedido a minucioso exame de um amplo e complexo contexto probatório.

5. Já em relação ao pedido subsidiário de "proclamação do direito de o Paciente aguardar o julgamento em liberdade", entende o representante do Ministério Público Federal não caber razão à impetrante:

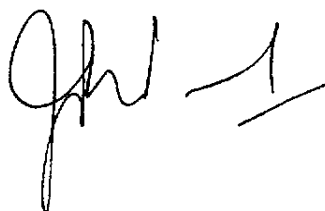
"... É que o § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90 não revogou o art. 35 da Lei 6.368/76, seja porque acrescentou ao mesmo um parágrafo (art. 10), seja porque seria um contrasenso já que o ratio legis na hipótese foi exatamente agravar a situação dos que viessem a ser apanhados em prática dos chamados crimes hediondos, inclusive o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, já que tais delitos passaram a ser insuscetíveis de



anistia, graça e indulto.

(...) Portanto não há falar-se em direito subjetivo de o réu apelar em liberdade, quando condenado pela prática dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76, pois a Lei nº 8.072/90 veio apenas abrandar o rigor da regra insculpida no art. 35 da Lei 6.368, cabendo ao Juiz, fundamentadamente, excepcionar a regra geral que não permitia, em nenhuma hipótese, o apelo em liberdade, admitindo, em casos especiais, que o condenado recorra sem recolher-se à prisão.(...)"

É o relatório.



mcpr/



01686020
03490690
08183000
01540390

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE -
Sustenta-se o pedido principal na afirmação de que, quanto ao paciente, a condenação se fundou exclusivamente no teor da conversa gravada de dois dos co-réus, presos, com autoridades policiais, prova que a impetração pretende obtida por meio ilícito, de um lado, porque clandestino o registro magnético da entrevista e, em segundo lugar, porque, a teor da própria sentença, o diálogo teria tido origem "em exclusivos fatores de momentânea fragilidade psíquica dos dois e no senso de oportunidade da autoridade policial", o que, aduz-se, evidenciaria a "ausência de vontade livre e consciente".

Donde a pretendida incidência do artigo 5º, LVI, da Constituição, invocado pela impetrante, segundo o qual "são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

A sentença condenatória deteve-se na análise das increpações à legitimidade da prova, que refutou, nos termos seguintes (f. 38):

"As discussões que no decorrer da instrução em juízo se travaram indicam como uma das provas que mais influenciaram e determinaram o curso da persecução a entrevista gravada que Julio Ricardo Petenucci e Marcelo de Souza



Consorte forneceram à autoridade policial. Se, ao que consta, estamos todos de acordo nisto, parece-me um bom começo a abordagem dessas provas.

Uma primeira observação que no assunto se impõe é que inexiste qualquer dúvida sobre a efetividade da prova. A entrevista foi degravada e a transcrição está nos autos (fls. 170-257), afirmando os peritos, sob as penas da lei, não terem sido constatados quaisquer vestígios de montagens ou artifício nas gravações. Nada faz duvidar da materialidade dessa prova na forma em que se encontra introduzida no processo.

Também é necessário frisar que, à luz do princípio da liberdade dos meios de prova, adotado pelo sistema processual pátrio, a forma pela qual foi produzida a prova não interfere e em nada prejudica a sua aproveitabilidade.

Outra necessária consideração é a que remete ao problema da licitude da prova. Julio e Marcelo, em posteriores depoimentos formais, alegaram desconhecimento da gravação da entrevista. Os delegados Marcelo Itagiba e Maria Ignez Bernardini ouvidos em juízo, timbraram na afirmação do conhecimento detido pelos dois ora sentenciados a respeito da existência de um gravador em atividade na sala. A verdade está com



a autoridade policial e evidencia-se pelo estilo solene com que cada um dos entrevistados inicia a conversação, dessa forma só concebível na pressuposição de conhecimento da gravação do ato. Não é despido de interesse também frisar que a fls. 178, 201 e 235 há expressas referências sobre a gravação das declarações.

Um ponto mais delicado está no aspecto da legitimidade dos resultados probatórios em face de possíveis e ilegais constrangimentos. Inexiste qualquer contraprova atendível que fizesse duvidar da voluntariedade das declarações e a mera retratação de Julio e Marcelo feita por ocasião do segundo depoimento que prestaram no processo disciplinar absolutamente e muito pouco para uma tão grave conclusão, constituindo, antes, um comportamento que se enquadra com perfeição lógica na engrenagem dos acontecimentos.

O virtuoso Altavilla, em sua admirável obra de *Psicologia Judiciária*, levanta o véu de mistério dos movimentos da alma do argüido e põe a nu a chave principal dos métodos da descoberta da verdade, indicando a vontade do suspeito como instrumento essencial de suas ações de encobrimento da verdade. A verdade de um crime sempre contraria interesses, não raro de outras pessoas além do suspeito. Este procura esconder a



verdade para salvar sua pele, seja das conseqüências da lei, seja de alguma possível retaliação de outros envolvidos, e também por motivos de solidariedade que nutra pelos comparsas. A testemunha com freqüência, igualmente se vê presa de resistências à exteriorização da verdade por receios de vingança e uns e outros também são vítimas do espírito de ignorância, que põe no mesmo nível o dever, legal para a testemunha e moral, para o acusado, de dizer a verdade com a figura da delação em seu sentido pejorativo. E para não se dizer a verdade é essencial uma intensa mobilização das energias da vontade e do poder de concentração pois, como o que se encontra indelevelmente imprimido na memória não corresponde à versão que se julga mais conveniente, existe a todo momento a probabilidade de escapar alguma declaração indesejável do ponto de vista do declarante decidido a mentir. São de Altavilla as palavras que se seguem:

"Efectivamente, a fascinação da verdade age sem qualquer esforço, ao passo que a mentira exige um esforço ideativo, a sobreposição de um facto imaginário à realidade, o que importa um contínuo trabalho de fiscalização, para não cair em contradições: basta um momento de abandono desta vigilante atenção em situação de combate, para que, instintivamente, possa admitir-se uma



circunstância, que faz ruir todo o edifício da mentirosa construção" (ob. cit. vol. I, pg. 479).

Se a verdade de um crime, como frisado, é incômoda para quem pode esclarecê-la e se é por meio do poder da vontade que a versão mentirosa se viabiliza, segue-se daí que, pela boca dos envolvidos, dificilmente pode vir à tona, a não ser em situações especialíssimas de fragilidade do espírito e reipersecutório enfraquecimento do poder da vontade. Parece-me ser exatamente este o caso de Julio Petenucci e Marcelo Consorte.


Os ora sentenciados foram presos pela primeira vez: às incertezas quanto a seu futuro somavam-se, sobretudo quanto à Julio, receios plausíveis daquilo que vulgarmente se chama "queima de arquivo". Estiveram, assim, positivamente em um estado psíquico propício ao atendimento da autoridade policial; e, para tanto, nem seria necessária a perspectiva de algum benefício processual, no que, convém, salientar, não haveria qualquer ilicitude, mas só a natural opção, decorrente de seu sentimento de insegurança, de ficarem do lado da polícia, colaborando com as investigações e assim granjeando a simpatia de quem, naquela conjuntura, controlava e tinha o comando da situação.

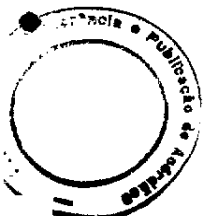


Julio Petenucci e Marcelo Consorte não participaram da entrevista sob coação e a prova obtida tem sua origem em exclusivos fatores de momentânea fragilidade psíquica dos dois e no senso de oportunidade da autoridade policial. Terem-se retratado aproximadamente um ano depois, quando já tinham recuperado suas forças e ainda as alimentavam pela evidência de terem sobrevivido a tudo, é fato que não causa qualquer estranheza.

A partir daí, só poderiam mesmo migrar para a órbita dos interesses contrários à verdade e para manterem a primitiva versão precisariam pôr de lado suas novas conveniências pessoais em exclusivo proveito dos superiores interesses da verdade e da justiça. Mas o agir desinteressado é uma virtude que pouquíssimos homens possuem e que com absoluta certeza não se instala mormente em personalidades ambiciosas que inclusive se deixam arrastar pelos caminhos do crime

A prova é válida sob todos os pertinentes aspectos e resta a indagação concernente à sinceridade e veridicidade das declarações, para isto parecendo-me ter chegado o momento da inevitável incursão no conteúdo da entrevista."

 Estou em que - ao menos no âmbito da cognição do processo sumário e documental do **habeas corpus** - procede a



resposta da sentença à pecha de ilegitimidade da prova.

De logo, não tem pertinência à espécie os precedentes do Tribunal (RHC 63.834, 18.12.86, Borja, RTJ 122/47 e RE 100.094, 28.6.84, Mayer, RTJ 110/798), invocados pela impetração e aos quais poderia ser aditado o RE 85.439, 11.11.77, Xavier, RTJ 84/609): cuidou-se, em todos eles, de interceptação e gravação de conversas telefônicas, cuja admissão probatória em juízo se reputou ilegítima, porque ofensiva da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas.

O caso é diverso. Aqui, de que se cuida é de entrevista entre presos em flagrante e agentes policiais, questionando-se sobre a existência ou não de consentimento dos detidos a que a conversa fosse gravada. O problema que se põe, assim, nada tem a ver com o do sigilo de comunicações privadas, de que se ocuparam os acórdãos recorridos.

Certo, a ofensa da garantia do sigilo de correspondência não esgota as hipóteses de ilicitude da prova.

Na situação figurada pela impetração a indagação cabível é outra, atinente à compatibilidade ou não da prova magnética assim obtida com o direito do indiciado preso ao silêncio, corolário do princípio **nemo deferre se cogitur**, hoje explicitamente consagrado no artigo 5º, LXIII, da Constituição.

A questão em tese é fascinante, mas não creio que possa ser proveitosamente versada neste caso.



É que, por um lado, a garantia contra a auto-incriminação - **ça va sans dire** - não aproveita a terceiros, objeto da delação de co-réus; de outro, como já se viu, na sentença - com base não apenas na afirmação em contrário dos interlocutores policiais da conversa gravada, mas também nos indícios que assinalou - o Juiz concluiu que os presos estavam cientes da gravação, a que teriam acedido pelo que, no momento, lhes pareceu mais conveniente aos próprios interesses.

Apela-se ainda ao princípio do contraditório. Mas, a instrução do pedido não permite confirmar a assertiva de que a degravação da conversa discutida - prova colhida no inquérito - tenha sido a base exclusiva da condenação impugnada.

Finalmente, a alusão na sentença às circunstâncias psicologicamente propícias à confissão e à delação, no momento da entrevista questionada, não são de molde a caracterizar constrangimento capaz de invalidar a prova.

Improcede, pois, a pretensão anulatória da sentença.

II

Quanto à falta de fundamentação na sentença da denegação da possibilidade de o paciente apelar em liberdade, a questão foi examinada pela Turma, na sessão de 13 de outubro



último, em pedido de **habeas corpus** a favor de co-réu do paciente - HC 69.714 - de que fui relator.

O acórdão ficou resumido na seguinte ementa:

"Prisão para apelar de réu condenado por tráfico de entorpecentes: L. 6.368/76, art. 35, e L. 8.072/90, art. 2º, § 2º, interpretação conforme a Constituição: exigência de necessidade cautelar satisfeita na espécie.

A prisão para apelar só se legitima quando se evidencia a sua necessidade cautelar, não cabendo inferi-la exclusivamente da gravidade em abstrato do delito imputado: é possível, contudo, extrair do contexto do fato concreto - que revela a existência de complexa organização criminosa de dimensões internacionais - base empírica para a afirmação do risco de fuga dos condenados, fundamento indôneo para a cautela da prisão provisória imposta."

No voto-condutor, depois de aludir à questão da sobrevivência ou não do artigo 35 da Lei 6.368/76 à vista do advento do artigo 2º, § 2º, da Lei Roberto Jefferson (Lei 8.072/90), aduzi:

"Estou, porém, em que o caso pode dispensar a solução dogmática das elegantes questões jurídicas suscitadas.



É que a sentença não se abrigou sob o rigor literal do art. 35 da Lei de Entorpecentes para fundar a prisão do paciente apenas no enquadramento típico, no art. 12, da imputação que julgou provada: atento ao art. 2º, § 2º. da L. 8.072/90, o Juiz invocou circunstâncias do caso concreto para lastrear, no ponto, a sua decisão.

Desse modo, malgrado sintética, a sentença não é despida de fundamentação. Releio o tópico pertinente (f. 77):

"O permissivo da lei de crimes hediondos não se me parece aplicável no caso. O delito foi cometido em circunstâncias gravosas, em face das quais não se pode concluir tenha cessado a periculosidade dos réus. Existe ainda a possibilidade da condenação, caso mantida em segundo grau, ser frustrada em sua eficácia pela fuga dos réus para lugar ignorado, provavelmente fora do país: dinheiro para isto eles têm e só precisariam ganhar um certo tempo para os necessários preparativos. O mesmo se aplica a Gustavo Rojas e Mosqueira, pois são originários da Bolívia e para lá podem fugir a qualquer tempo, convindo não esquecer seus



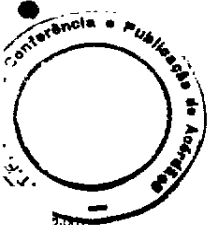
anteriores" (fls. 76/77).

Se não é modelar, a motivação não se pode dizer inidônea, sobretudo quando inserida no contexto da sentença.

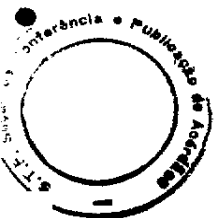
Certo, a alusão à periculosidade não é feliz como fundamento de prisão cautelar. Mas, a invocação da extrema gravidade do fato apurado e das penas aplicadas, somada à potencialidade de deslocamentos internacionais dos agentes, que as circunstâncias do episódio revelam, são de molde a emprestar verossimilhança e concretude bastantes ao risco aventado de fuga e conseqüente frustração da efetividade da provável condenação final.

Não se trata, insisto, de presumir a necessidade cautelar da prisão a partir da gravidade **in abstracto** do crime, mas, sim, dos dados factuais do caso incriminado, reveladores de uma complexa e bem equipada organização criminosa de alcance internacional, que ressaí da imputação que vale recordar como sintetizada no relatório da sentença (f. 54):

"A acusação formal apresentada reporta-se a fatos do dia 08 de Março de 1.987 quando agentes da Polícia Estadual desmantelaram um laboratório de



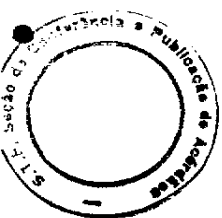
processamento de cocaína instalado na cidade de Itapeçerica da Serra no sítio conhecido como "Recanto da Vovó Berta". Segundo a denúncia, participantes inicialmente identificados e submetidos a processo outro, já concluído, e os denunciados neste feito constituíram uma associação criminosa visando o tráfico de cocaína com o exterior, em um contexto onde base de cocaína era adquirida nas cidades de Guajará-Mirim, Corumbá, processada no laboratório pertencente à quadrilha depois remetida, em vôos da PAN-AM através do aeroporto do Rio de Janeiro, para os EEUU, onde era recebida e distribuída pela parte da organização atuante naquele país. Ainda consoante a preambular, cabia a Ricardo operações de distribuição da droga nos EEUU.; A Helto e Antônio Carlos tarefas de pagamentos da base de cocaína adquirida na fronteira com a Bolívia e também pertinentes ao tráfico interno nos EEUU; a Lourdes ações de transporte pessoal da droga para o exterior; a Julio Parente, Roberto Parente, Paulo Sérgio Parente, Gustavo Rojas e Juan Mosqueira o preparo do entorpecente no laboratório montado; a Sanclair a intermediação na compra da base de cocaína em Rondônia; a Rogério o



transporte do material em avião por ele pilotado: a Eduardo Varizo ações de facilitação no desembarque das malas contendo o entorpecente nos EEUU: a Daniel Dymenstein a intermediação na compra da base de cocaína em Corumbá e também o transporte da droga em caminhões de combustíveis: a Omar Ghazal e Veiga ações de cobertura principalmente contra possíveis investidas policiais no laboratório, descrita, em relação a Omar Ghazal, também conduta de guarda, em sua residência, quando da evacuação de outro laboratório da quadrilha, de duas malas contendo o entorpecente".

Para acolher essa versão do fato, o Juiz demorou-se na análise da prova e na refutação da crítica a ela endereçada pela defesa dos acusados.

Nesse contexto de criminalidade organizada, não creio que baste o bom comportamento processual do paciente, até a sentença, para reduzir a especulação de meras possibilidades abstratas o risco de fuga à condenação, antevista pela sentença, que nela encontrou base para o decreto de prisão provisória dos sentenciados."



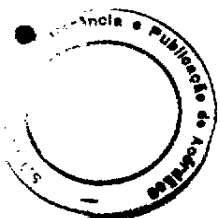
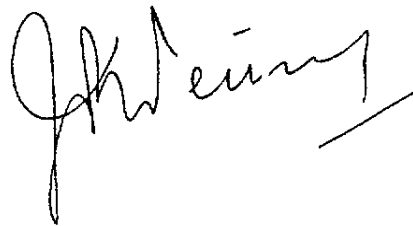
Supremo Tribunal Federal

HC 69.818-2 SP

220

Essas razões são igualmente adequadas à espécie, opondo-se ao deferimento do segundo pedido.

Sendo assim, indefiro a ordem: é o meu voto.



Supremo Tribunal Federal

PRIMEIRA TURMA

221

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 69.818-2

ORIGEM : SAO PAULO

RELATOR : MIN. SEPULVEDA PERTENCE

PACTE. : OMAR GHAZAL

IMPTE. : MARIA DA CONCEICAO AYRES CERNICCHIARO

COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou pelo paciente a Dra. Maria da Conceição Ayres Cernicchiaro e pelo Ministério Público Federal o Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, Subprocurador-Geral da República. 1a. Turma, 03-11-92.

01686020
03490690
08184000
00000470

Presidência do Senhor Ministro Octavio Gallotti, na ausência justificada do Senhor Ministro Moreira Alves (Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.


Ricardo Dias Duarte
Secretário

