

Supremo Tribunal Federal

467

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 27.04.2001
EMENTÁRIO Nº 2028 - 3

05/08/97

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 74.586-5 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
PACIENTE: MARCIO PASCOAL CIRILLO
IMPETRANTE: ADAIL LEONE
COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior.

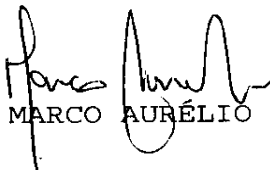
PROVA ILÍCITA - ESCUTA TELEFÔNICA - PRECEITO CONSTITUCIONAL - REGULAMENTAÇÃO. Não é auto-aplicável o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Exsurge ilícita a prova produzida em período anterior à regulamentação do dispositivo constitucional.

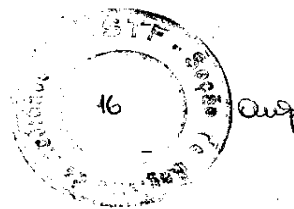
A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por empate na votação, e em deferir o habeas-corpus nos termos do voto do Senhor Relator para anular as decisões condenatórias e o processo ab initio, vencidos os Senhores Ministro Nelson Jobim e Presidente.

Brasília, 5 de agosto de 1997.

NÉRI DA SILVEIRA


MARCO AURÉLIO



PRESIDENTE

RELATOR

05/08/97

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 74.586-5 SÃO PAULO

PACIENTE: MARCIO PASCOAL CIRILLO
IMPETRANTE: ADAIL LEONE
COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ao defrontar-me com pedido de concessão de liminar, deferida conforme a peça de folhas 191 a 193, o que implicou a expedição de alvará de soltura, assim relatei a espécie:

1. Na inicial deste habeas-corpus, aponta-se que o decreto condenatório embasou-se em flagrante logrado via escuta telefônica. Transcreve-se a melhor doutrina sobre a matéria, havendo referência, também, a precedentes desta Corte, entre os quais o resultante do julgamento, pelo Pleno, do habeas nº 73.351. É pleiteada liminar que implique o alvará de soltura a favor do Paciente, concedendo-se, alfim, a ordem para anular o processo desde o auto de prisão em flagrante (folhas 3 a 25). Com a inicial, vieram os documentos de folhas 26 a 169.

Em face da informação de folha 171, determinei fosse juntada a cópia da inicial do habeas-corpus nº 74.331-5, o que ocorreu, conforme a peça de folhas 177 a 189. Retornaram-me conclusos os autos em 23 de outubro de 1996. Ficou esclarecido que o habeas corpus anterior foi impetrado tão-somente em benefício do Co-réu na ação penal, Carlos Antônio de Amarante Benaim, não restando configurada, assim, a duplicidade.

HC 74.586-5 SP

Aos autos vieram as informações de folhas 202 e 203, acompanhadas de documentos. Em síntese, ressaltam não haver sido a escuta telefônica a única base para a formação de convencimento sobre a culpa do Paciente.

Remetidos os autos à Procuradoria Geral da República, pronunciou-se esta pela requisição do processo principal, ou seja, da ação penal (folha 295). Tudo ocorreu conforme a determinação de folha 296. Veio à balha, então, o parecer de folhas 300 a 304, no sentido da denegação da ordem, forte na premissa segundo a qual outros elementos, além da prova, conduziram à condenação.

Estes autos vieram-me conclusos em 28 de maio de 1997, sendo que os liberei, para julgamento, em 21 imediato, isso por já não envolver réu preso, indicando como data provável a de hoje, ou seja, 27 de junho de 1997.

É o relatório.

HC 74.586-5 SP

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) -

Inicialmente, ressalvo entendimento pessoal sobre a competência para julgar este habeas-corpus, cuja definição, continuo convencido, ocorre consideradas as pessoas envolvidas na hipótese sob exame. O Paciente não goza de prerrogativa de foro. Assim, cabe perquirir a situação daqueles que integram o Órgão apontado como coator - o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Os desembargadores estão submetidos à jurisdição direta, nos crimes comuns e de responsabilidade, do Superior Tribunal de Justiça - alínea "a" do inciso I do artigo 105 da Constituição Federal, o que atrai a pertinência do disposto na alínea "c" do referido inciso, segundo a qual compete àquela Corte julgar os habeas-corpus quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Todavia, até aqui este não é o entendimento prevalente. O Plenário, ao concluir o julgamento da reclamação nº 314/DF, em que funcionou como Relator o Ministro Moreira Alves, assentou que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus, desde que não seja substitutivo de recurso ordinário, interposto contra ato de tribunal, ainda que não guarde a

HC 74.586-5 SP

qualificação de superior. Na oportunidade, fiquei vencido na companhia honrosa dos Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Celso de Mello, tendo findado o julgamento em 30 de novembro de 1993. Conheço do pedido ora formulado.

Reitero o que tive oportunidade de consignar quando deferi a medida acauteladora:

2. A leitura da denúncia de folhas 26 a 28 revela que o flagrante só foi possível em virtude da escuta telefônica:

"Segundo o apurado, há algum tempo, policiais civis realizavam investigação sobre tráfico ilícito de entorpecentes, que culminou com interceptação telefônica, devidamente autorizada pelo Juízo, dos aparelhos através dos quais Márcio negociava a venda de drogas. Certo é que, na data dos fatos, após Márcio manter contato com Carlos Antônio, acertando a venda da referida substância, os policiais civis que encontravam-se de campana passaram a segui-lo no intuito de presenciar o comércio em questão. Ocorre que, no local previamente determinado por Márcio e Carlos, próximo a uma escola, o policial civil presenciou o momento em que o primeiro efetivou a venda da substância entorpecente apreendida, entregando a mesma para Carlos, enquanto este efetuou o pagamento da droga a Márcio no valor de cem reais em dinheiro. Ato contínuo, o policial civil abordou a ambos, culminando com a apreensão em poder de Márcio da quantia em dinheiro supra citada, bem como um revólver calibre 38, marca taurus de nº ..." (folha 27)

Também do teor da sentença, confirmada em grau de recurso, depreende-se que tudo decorreu da citada escuta:

"A censura das linhas telefônicas 959.10.58 e 267.65.03 foi deferida pelo Juiz

HC 74.586-5 SP

de Direito Corregedor do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária conforme folha 130. A transcrição da fita magnética consta dos autos à folha 56 e 76 e mais especificamente às folhas 70 e 74 consta a conversa entabulada entre os dois acusados."

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sedimentou-se no sentido da ausência de auto-aplicação do disposto no inciso XII do artigo 5º da Carta da República. Se de um lado o preceito junte a violação do sigilo das comunicações telefônicas à autorização judicial, de outro consigna ser pertinente tal preceito "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Ora, a lei regulamentadora somente veio à balha em 24 de julho de 1996 (Lei nº 9.296). Confirma-se com o que decidido nos habeas nºs 69.912 e 73.351-4. (folhas 191 e 192)

As premissas supra são confirmadas pela própria Procuradoria Geral da República, muito embora esta haja concluído de forma diametralmente oposta:

"No caso concreto, os policiais, ao receberem denúncia anônima contra o réu, e, somente após, como forma de auxílio à investigação, é que obtiveram a autorização para a escuta telefônica. A escuta, por seu turno, serviu como pista para a prisão em flagrante quando os réus foram surpreendidos na posse de cocaína, flagrante este ocorrido na presença de várias testemunhas.

O MM. Juiz, em sua sentença, analisou de forma minuciosa as provas coligidas, mormente os depoimentos das testemunhas e as provas técnicas, todas elas suficientes por si mesmas a ensejar o decreto condenatório.

Assim é que, havendo outras provas suficientes a confirmar a participação do réu na prática criminosa, não há que se falar em anulação da ação penal." (folha 304)

Supremo Tribunal Federal

HC 74.586-5 SP

Depreende-se que a conclusão sobre outras provas está ligada umbilicalmente à escuta telefônica, mediante a qual se chegou aos demais elementos probatórios. Ora, como ressaltado no leading case, implicaria esvaziamento quase que total da proibição contida na Carta admitir a valia das provas colhidas a partir do que levantado com a escuta. Por isso, o Tribunal Pleno assentou a contaminação das demais provas no que oriundas direta ou indiretamente das informações obtidas nas escutas. Confira-se especialmente com o acórdão prolatado no habeas-corpus nº 69.912-0/RS, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 25 de março de 1994.

Diante de tal quadro, registrando mais uma vez a crença na ciência do Direito, na necessidade de observar-se as normas componentes do arcabouço jurídico para, com isso, ter-se a indispensável segurança, concedo a ordem, fulminando a ação ab initio, isto é, declarando a insubsistência do flagrante realizado e demais atos ocorridos.

É o meu voto.

05/08/1997

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 74.586-5 SÃO PAULO

V O T O

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, farei uma distinção para, eventualmente, acompanhar o parecer do Ministério Público, porque uma coisa é a condenação em decorrência da prova produzida pela interceptação telefônica não permitida; outra coisa é o fato de o ilícito decorrer de prova distinta da interceptação telefônica.

Suscito a seguinte questão: admitamos que alguém, interceptando o telefone de determinada pessoa, tenha ciência de que em tal dia e local será cometido um crime de homicídio.

O cidadão vai ao local e assiste à prática do crime de homicídio.

Inclusive, para radicalizarmos o exemplo, fotografa e filma a cena do homicídio.

No processo criminal, constata-se que a testemunha fundamental teve ciência do dia, local e hora pela escuta telefônica não permitida.

Em face dessas circunstâncias, o réu sustenta a tese da negativa de autoria, tentando demonstrar que se encontrava em outro

HABEAS CORPUS N. 74.586-5 SÃO PAULO

local; e traz provas de que se encontrava em outro local: uma prova falsa.

Pergunto: ¿A tese da negativa de autoria, que só pode ser derrubada por quem viu, mas que viu oriundo de escuta telefônica, deve prevalecer?

¿Ou teremos de ponderar que a condenação em juízo, com prova autônoma, mas decorrente de escuta telefônica não permitida, pode ser aceita?

Eu faria essa distinção, juntamente com o Ministério Público, para estabelecer que o que não se permite é a condenação com base na escuta telefônica.

No caso concreto, pelo que entendi do eminente Relator, houve a escuta telefônica de alguém que estava envolvido com a negociação do tráfico de drogas.

Em face dessa escuta telefônica, alguém presenciou o fato e passaram a fazer uma vigilância em relação a esse cidadão.

Num determinado momento, ou seja, com base na escuta telefônica, alguém que tenha conhecimento da data da entrega ou da venda, vai ao local e constata a entrega do tóxico. O que teremos? Teremos um fato e uma prova de que alguém viu algo que é base para a tipificação do ilícito penal.

HABEAS CORPUS N. 74.586-5 SÃO PAULO

Se tivéssemos um juízo condenatório exclusivamente decorrente da escuta telefônica, tudo bem, aí não poderíamos utilizar a prova ilícita.

Se desta prova ilícita nasce a possibilidade de, por meio de uma forma lícita - que é estar presente no local e constatar a prática do ato ilícito -, condenarmos com base nisto e não naquilo, creio que teremos de fazer a distinção.

Houve a prática de um ato ilícito, a escuta telefônica, mas isso não exclui a circunstância de que foi praticado um ato ilícito certificado e testemunhado por outra forma que não a escuta telefônica.

Faço essa distinção para assegurar que a escuta telefônica ilícita não autoriza a condenação; no entanto, se o fato criminoso se prova por outro meio que, no caso específico, é o flagrante na presença da autoridade policial e mais outra circunstância do fato, teríamos a possibilidade de uma condenação.

Se não, ficaríamos numa situação absurda, como no exemplo radical que suscitei no início do voto: tenho informação do dia, data e local em que alguém vai praticar o ilícito; vou ao local e assisto à prática do ilícito, filmo, fotografo; e o tribunal terá que aceitar a negativa de autoria, pois fiquei sabendo do dia e do fato através de escuta telefônica.

HABEAS CORPUS N. 74.586-5 SÃO PAULO

Pratiquei um crime ao fazer uma escuta telefônica, mas não estou ilidindo a existência do crime posterior.

Agora, se pela interceptação telefônica tivesse obtido a confissão de que ele havia praticado o ilícito, aí sim, essa prova seria ilícita, porque decorre da interceptação telefônica o conhecimento do fato; na outra hipótese não, o fato se deu por conhecimento através da presença.

Assim, **data venia** o eminente Ministro-Relator, inclusive o juízo do Pleno, acompanho o Ministério Público, negando a ordem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Ministro Nelson Jobim, esse enfoque já foi discutido perante o Plenário, inclusive com o exemplo citado por V. Ex^a que, na oportunidade, foi dado pelo Ministro Sydney Sanches, se não me falha a memória, e o Tribunal entendeu que, acolhido, esvaziar-se-ia a garantia constitucional, admitindo-se a observância de uma prova decorrente da escuta ilícita.

O SR MINISTRO NELSON JOBIM - Ministro, não podemos partir do pressuposto de que os fatos não existiram - esse é o ponto fundamental.

¿No caso concreto, o que se tem?

Alguém praticou o ato ilícito e estava presente a autoridade policial no momento da sua prática.

*Supremo Tribunal Federal*HABEAS CORPUS N. 74.586-5 SÃO PAULO

Agora, se partirmos dessa posição no sentido de estabelecermos que qualquer ligação com escuta ilícita conduz à absolvição, estamos negando aquilo que o Tribunal tem sustentado, que é a verdade real.

05/08/97

SEGUNDA TURMA

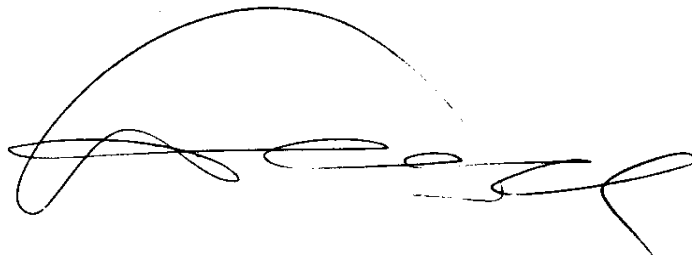
HABEAS CORPUS N. 74.586-5 SÃO PAULO

V O T O

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, a hipótese se enquadra perfeitamente no paradigma já decidido pelo Plenário no **Habeas Corpus** n° 69.912, cujo acórdão foi publicado em 25.03.94. Posteriormente, esse precedente foi confirmado no julgamento do **Habeas Corpus** n° 72.588, de que fui Relator, prevalecendo o voto da maioria no sentido de reconhecer que, antes da regulamentação do inciso XII do art. 5° da Constituição Federal, não se poderia falar em prova lícita a decorrente de escuta telefônica verificada para o efeito de apreensão de estupefaciente, como se deu na hipótese, por tráfico de drogas.

O que se abstrai do voto do eminente Ministro Marco Aurélio é que se cuida, na espécie, de prova exclusivamente baseada na escuta telefônica. Logo, não há prova autônoma capaz de configurar a independência da relação jurídica do crime.

Por isso mesmo, na linha desses precedentes, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, deferindo a ordem, com a vênua dos que entendem em sentido contrário.



Supremo Tribunal Federal

05/08/1997

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 74.586-5 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - O inciso LVI, do art. 5º, da Constituição dispõe:

"LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos."

Isso é a matriz de toda a questão.
No inciso XII do art. 5º, estabelece a Constituição:

"XII - 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."

Reconheceu-se, no Plenário, que efetivamente a escuta telefônica, para ser utilizada como meio de prova na investigação criminal, dependia da regulamentação prevista no dispositivo constitucional aludido; significa que qualquer prova decorrente de escuta telefônica constituía, antes da lei que regulamentou o dispositivo constitucional, prova ilícita, obtida por meio ilícito inadmissível. Daí ter sempre sustentado que a Constituição estabelece que não são suscetíveis de consideração provas decorrentes de escutas telefônicas não autorizadas, nos termos previstos na Constituição; e, como tal, essa prova deve ser expungida do processo. Se, no inquérito policial, as investigações vêm instruídas com a gravação da escuta telefônica, de todo o diálogo, das afirmações constantes desse diálogo, como sói ocorrer, essa prova não pode ser considerada, nem ponderada no juízo criminal, e, inclusive, a pedido da defesa, deve o juiz determinar a sua retirada do processo.

Não é possível, entretanto, com a devida vênia, considerar que a materialidade do crime, comprovada por meios regulares, como sucede no caso concreto, com a apreensão da substância entorpecente em mãos do réu, ao ensejo do flagrante, fato

J. Néri

Supremo Tribunal Federal

HABEAS CORPUS

Nº 74.586-5

SÃO PAULO

que tem autonomia, por si só, que essa prova inequívoca seja inútil e imprestável. Isso seria, realmente, afastar do processo criminal uma prova concreta, insuscetível de contestação.

Por isso, sempre votei em sentido contrário à maioria que se constituiu no Plenário, por um voto de diferença, nesses limites. Entendo que a Constituição tem como norma básica para o exame da matéria o inciso LVI, do art. 5º, quando estabelece como regra geral:

"LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos."

Esse é o fundamento. A escuta telefônica deu-se no momento em que a norma maior ainda não estava regulamentada; foi, assim, prova obtida por meio ilícito. Essa prova não pode ser admitida. A Constituição não estabeleceu nenhuma outra consequência. Cabe, pois, no conjunto probatório, destacar provas de provas, isto é, destacar provas que podem ser consideradas e outras que não podem ser levadas em conta, porque inadmissíveis. Foi isso o que a Constituição quis determinar, afirmando que seriam inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Não estabelece, porém, uma consequência que pode levar ao irreal, ou seja: houve o homicídio; está comprovado; sabe-se quem é o autor. Esse crime, porém, não poderia ser punido, porque, em escuta telefônica, não autorizada, foi possível chegar à realidade do fato, que se comprovou, amplamente, por outros meios. Haveria impunidade; o réu, por vezes, até, confesso, seria absolvido. Tudo porque houve uma escuta telefônica em foco.

Não posso aceitar esse tipo de construção que se pretende, a partir de teoria que não possui a extensão, o caráter de generalidade que se sustenta, mesmo em sua fonte originária. Em pesquisa feita, em um dos julgamentos, de matéria dessa natureza, de uma forma completa, o eminente Ministro Carlos Velloso, com citação de julgados de tribunais americanos, demonstrou o problema da contaminação de todas as provas do processo em decorrência de uma prova ilícita; não possui a abrangência que, aqui, se está querendo conferir.

À vista dessas sucintas considerações e na linha do que sempre sustentei sobre a matéria, peço venia ao Sr. Ministro-Relator, para acompanhar o voto do Sr. Ministro Nelson Jobim, indeferindo o **habeas corpus**.

J. Néri

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 74.586-5

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE. : MARCIO PASCOAL CIRILLO

IMPTE. : ADAIL LEONE

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Por empate na votação, o **habeas corpus** foi deferido nos termos do voto do Senhor Relator para anular as decisões condenatórias e o processo **ab initio**, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim e Presidente. 2ª Turma, 05.08.97.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.


p/ Carlos Alberto Cantanhede
Secretário.