

14/06/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 103.236 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : **ADRIANO MARIANO SCOPEL**
IMPTE.(S) : **EDSON RIBEIRO E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S)(ES) : **RELATORA DA AP Nº 623 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Habeas Corpus. 2. Interceptação telefônica. Ofensa ao direito ao silêncio e à não autoincriminação. Inocorrência. Inteligência do art. 5º, XII, CF. 3. Acompanhamento de inquérito policial. Parcialidade do Magistrado. Inocorrência. Cumprimento das funções jurisdicionais. 4. Constrangimento não evidenciado. 5. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

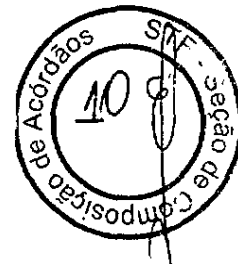
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 14 de junho de 2010.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente.



14/06/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 103.236 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : ADRIANO MARIANO SCOPEL
IMPTE.(S) : EDSON RIBEIRO E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : RELATORA DA AP Nº 623 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, impetrado por EDSON RIBEIRO e FELIPE CALDEIRA, em favor de ADRIANO MARIANO SCOPEL, contra decisão proferida pela Min. Laurita Vaz, relatora da Ação Penal n. 623, no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Conforme consta dos autos, o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 333, parágrafo único, do CP, pois teria oferecido vantagem indevida a Desembargadores do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJ/ES), no intuito de obter pronunciamentos judiciais que lhe fossem favoráveis (fl. 3).

Sustenta a impetração falta de justa causa para a persecução penal, na medida em que “a única prova existente nos autos que demonstraria a suposta prática de crime pelo paciente são diálogos gravados através de interceptação telefônica na qual figurou como um dos interlocutores” (fl. 3).

Alega que “tais diálogos não poderão ser utilizados em seu desfavor por ofensa aos princípios da segurança e da estabilidade das relações jurídicas e do silêncio (artigo 5º, incisos XXXVI e LXIII, da CRFB/88)” (fl. 3-4).

Discorre que, para a produção da interceptação telefônica, não basta o preenchimento dos requisitos dispostos na Lei n. 9.296/96, “sendo necessária também a conformação constitucional, em especial aos princípios da dignidade da pessoa humana, da privacidade e da intimidade, da inviolabilidade, da segurança e da estabilidade das relações jurídicas e do silêncio (artigo 1º, inciso III; 5º, incisos X, XII, XXXVI e LXIII, da CRFB), com destaque aos dois últimos, o que não tem sido observado, ainda, pela jurisprudência” (fl. 4).

Sustenta, ainda, a quebra da denominada imparcialidade objetiva, dado que a Ministra relatora Laurita Vaz presidiu o inquérito que originou a AP n. 623 no STJ, sendo, portanto, suspeita (fl. 11).

Nesse sentido, requer a concessão da ordem para que seja declarada ilícita

HC 103.236 / ES

a prova obtida com base nas interceptações telefônicas e utilizada em seu desfavor, “*determinando-se o seu desentranhamento dos autos, bem como a resolução do processo por ausência de justa causa*”. Subsidiariamente, pleiteia seja declarada suspeita a Ministra relatora, determinando-se a resolução do feito (fl. 18).

A liminar foi indeferida pelo Ministro Cezar Peluso em 6.4.2010 (fl. 23-25).

O Subprocurador-Geral da República, Mario José Gisi, em parecer de fls. 28-47, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

14/06/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 103.236 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Quanto à suposta ilicitude das provas obtidas por meio de interceptações telefônicas, atesto que o Min. Cezar Peluso, ao indeferir a liminar, assim se pronunciou:

“A tese da impetração – em síntese, de que a interceptação telefônica, da forma como utilizada, não obstante judicialmente autorizada, fere os ‘princípios da dignidade da pessoa humana, da privacidade e da intimidade, da inviolabilidade das comunicações, da segurança e da estabilidade das relações jurídicas e do silêncio’ (fl. 04) – carece de razoabilidade jurídica.

Verifica-se dos autos que o paciente foi mencionado na investigação derivada da ‘Operação Titanic’, realizada pela Polícia Federal a fim de ‘investigar notícia de registro irregular de embarcações junto à Marinha do Brasil’ (fl. 37 da denúncia oferecida no Inq n.º 589 do Superior Tribunal de Justiça).

Ocorre que as interceptações telefônicas – judicialmente autorizadas – realizadas em desfavor do paciente no curso da investigação, fizeram-na evoluir ‘também para desvendar a ocorrência de ilícitos relacionados ao comércio exterior, praticados por **PEDRO SCOPEL** e **ADRIANO MARIANO SCOPEL**, pai e filho, que são arrendatários da exploração de um dos terminais portuários mais importantes de Vitória’ (fl. 37 da denúncia oferecida no Inq n.º 589 do Superior Tribunal de Justiça).

Daí que cinge-se a questão discutida em sede liminar em saber se a prova utilizada para dar início à persecução penal contra o paciente encontra respaldo na ordem constitucional vigente, a teor do disposto no art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal.

E a resposta não pode ser senão afirmativa. Apesar de todos os argumentos expendidos pelos advogados na tentativa de demonstrar a intrínseca ilegalidade da interceptação telefônica como meio de prova, descuidam do comando do art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal, que ressalva, expressamente, a quebra de sigilo mediante ordem judicial para fins de investigação e instrução no âmbito criminal.” – (fl. 24).

Reputo subsistirem os motivos que ensejaram a negação de provimento cautelar solicitado.

A primeira tese posta neste *habeas corpus* é bastante singela. Em síntese, pode ser assim resumida: as escutas telefônicas autorizadas pela Justiça seriam provas ilícitas, na medida em que iriam de encontro ao direito constitucional ao silêncio e à

HC 103.236 / ES

permissão de não produzir prova contra si mesmo.

Observo que tais direitos fundamentais utilizados como paradigmas não possuem — na quadratura dogmática brasileira — a amplitude que lhes tenta emprestar o impetrante neste *writ*.

Como anota Robert Alexy, os direitos fundamentais atribuídos por normas constitucionais aos legitimados, e expressos por enunciados normativos constitucionais, ligam-se aos fatos que regulam por intermédio de uma relação de precisão ou de referência. O direito de não produzir provas contra si mesmo e o direito ao silêncio em face de perguntas formuladas pelos agentes públicos, atribuídos por normas constitucionais de direitos fundamentais, não se relacionam com os pressupostos fáticos esboçados neste *habeas corpus*, quer imediatamente – relação de precisão –, quer mediatamente – relação de referência.

É caso de se dizer que a possibilidade de não ver utilizada contra si prova produzida por escuta telefônica legalmente autorizada não decorre da norma de direito fundamental que atribui a todo cidadão o direito ao silêncio e o direito a não produzir provas contra si. É caso manifesto de não incidência, de carência total da extensão pretendida.

Por outro lado, os direitos e garantias fundamentais não possuem caráter absoluto, na medida em que encontram limites nos demais direitos e garantias igualmente previstos no texto constitucional. Na espécie, ainda que fosse o caso de se entender pela incidência da norma atributiva de direito fundamental na extensão solicitada, seria também o caso de se observar a clara restrição a este direito fundamental decorrente da colisão com o dever fundamental do Estado de investigar e de garantir a segurança pública.

No mais disso, resta claro que esta eventual colisão também já foi resolvida em sede de provimento legislativo, uma vez que a própria existência da Lei n. 9.296/96, de constitucionalidade tantas vezes afirmada, é a expressão da resolução desta colisão, ou, dito de outro modo, é o suporte legal para atos sempre necessários de ponderação de direitos e valores em choque.

Mesmo sendo possível, é interessante observar que este diploma legislativo citado não exerce esta função de ponderação de direitos fundamentais que colidem entre si sem a chancela constitucional. É o próprio artigo 5º, XII, quem fornece o substrato constitucional para a ponderação levada a efeito pela Lei 9.296/96. É este o texto do

HC 103.236 / ES

enunciado normativo constitucional:

“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.”

Esta Corte, por diversas vezes, já demonstrou seu entendimento no sentido de que não há qualquer direito absoluto, mas, sim, direitos que colidem e se restringem mutuamente, e essa ponderação pode ser resolvida pela norma infraconstitucional, desde que não haja ofensa ao núcleo essencial do direito, o que faria dela uma norma nula por inconstitucionalidade. Nesse sentido, vide trecho da ementa do MS n. 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. – (MS n. 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, unânime, DJ 12.5.2000).

Destarte, não raro ocorrerão situações de colisões de direitos fundamentais, as quais deverão ser solucionadas pelo magistrado — quando instado a resolver o caso concreto —, mas com observância à lei, que previamente, no plano dos atos legislativos, terá delimitado os cenários em que direitos fundamentais colidem e se restringem mutuamente.

No caso em apreço, a Lei 9.296/96 nada mais fez do que estabelecer as diretrizes para a resolução de conflitos entre a privacidade e o dever do estado de aplicar as leis criminais. Em que pese ao caráter excepcional da medida, o inciso XII possibilita,

HC 103.236 / ES

expressamente, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais, a interceptação das comunicações telefônicas. E tal permissão existe, pelo simples fato de que os direitos e garantias constitucionais não podem servir de manto protetor a práticas ilícitas.

Nesse sentido, colho lição da doutrina:

“O telefone é meio prático e rápido de comunicação, hoje extremamente popularizado, alcançando quase a integralidade da população brasileira e mundial. A tecnologia facilita a vida, sendo usada, também, evidentemente, para fins ilícitos. De outro lado, é momento de exposição da vida privada e até mesmo da intimidade da vida do cidadão.

Esse conflito entre proteção da vida privada e as necessidades da investigação criminal, bem como o fato de que, na comunicação telefônica, não há possibilidade de averiguação posterior do que foi dito, pois as palavras se esvaem no próprio momento em que proferidas, levaram à inclusão na CF, precisamente no inciso XII do seu art. 5º, de referência específica ao sigilo das comunicações telefônicas.” – (JUNIOR, José Paulo Baltazar. Crimes Federais. 6ª ed., pg. 566. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010).

Nesse diapasão, não pode vingar a tese da impetração de que o fato de a autoridade judiciária competente ter determinado a interceptação telefônica dos pacientes, envolvidos em investigação criminal, fere o direito constitucional ao silêncio, a não autoincriminação.

Quanto à segunda tese aventada pela impetração, também entendo que não decorre da decretação do afastamento do sigilo das comunicações telefônicas a violação da imparcialidade objetiva da Ministra relatora no STJ. Oficiar na instrução do inquérito n. 589/DF nada mais significou do que o cumprimento das funções jurisdicionais previstas e permitidas em lei.

Esta Corte já teve a oportunidade de assentar que, em casos como o em apreço, o magistrado, ao supervisionar o inquérito policial, atua como verdadeiro moderador dos pedidos formulados, visando, sobretudo, a preservar a legalidade dos atos praticados. Nesse sentido, HC n. 92.893/ES:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRESIDÊNCIA DE INQUÉRITO. IMPEDIMENTO DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA. ART. 255 do CPP. ROL TAXATIVO. PRECEDENTES. JUIZADO DE INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 75 DO CPP COM A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I – As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de

HC 103.236 / ES

Processo Penal constituem um *numerus clausus*.

II – Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes.

III – Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária.

IV - O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal.

V – O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional.

VI - Ordem denegada. (grifei) – (HC n. 92.893/ES, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, unânime, DJe 12.12.2008).

Há que se enfatizar, ademais, que a competência do STJ emana exatamente da suposta participação de Desembargadores do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJ/ES) nos crimes perpetrados.

Com efeito, nos termos do art. 105, I, “a”, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal nos crimes comuns e de responsabilidade.

Ressalto, no ponto, a necessidade de se diferenciar as regras e os procedimentos aplicáveis ao inquérito policial em geral, tal como previsto nos artigos 4º ao 23 do Código de Processo Penal, daquele inquérito originário, de competência originária dos Tribunais Superiores, estes regidos pelos artigos 1º ao 12 da Lei 8.038/1990.

A Constituição assegura a determinadas autoridades a prerrogativa de foro para a investigação, a apreciação e o julgamento de delitos eventualmente por elas cometidos nessa condição. Trata-se, em nosso sistema constitucional, de uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições em razão das atividades funcionais por eles desempenhadas.

Advirto, também, que o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ), em seu art. 71, determina que a distribuição do inquérito ao relator o prevenirá para a ação penal. Vide:

HC 103.236 / ES

Art. 71. A distribuição do mandado de segurança, do habeas corpus e do recurso torna preventa a competência do relator para todos os recursos posteriores, tanto na ação quanto na execução referentes ao mesmo processo; e a distribuição do inquérito e da sindicância, bem como a realizada para efeito da concessão de fiança ou de decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa, prevenirá a da ação penal.

Por tais razões, e por não vislumbrar qualquer eiva de inconstitucionalidade – abstrata ou *in concreto* – referente à Lei 9.296/96, meu voto é pela denegação da ordem.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 103.236

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : ADRIANO MARIANO SCOPEL

IMPTE.(S) : EDSON RIBEIRO E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES) : RELATORA DA AP Nº 623 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, **indeferiu** o pedido de **habeas corpus, nos termos** do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma, 14.06.2010.**

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador