SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
pub. D.J.
26 FEV 1996

HABEAS-CORPUS N. 3.982 (95.053161-5) - RIO DE JANEIRO

RELATOR : O EX.mo SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL
IMPETRANTE : WALDEMIR PAES GARCIA
ADVOGADO : DR. HÉLTON MÁRCIO PINTO E OUTRO
IMPETRADO : TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : WALDEMIR PAES GARCIA

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS-CORPUS. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL**. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE "**SÃO INADMISSÍVEIS ... AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO**", NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HÁ SEMPRE UM SUBSTRATO ÉTICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA "ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL" (**VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG**), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQÜILA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA "RAZOABILIDADE" (**REASONABLENESS**). O "PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS" (**EXCLUSIONARY RULE**) TAMBÉM LÁ PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM DENEGADA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a **SEXTA TURMA** do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas-corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros William Patterson, Anselmo Santiago e Vicente Leal. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de dezembro de 1995 (data do julgamento).

095005310
061511500
000398200

MINISTRO ADHEMAR MACIEL PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

095005310
061521500
000398270

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ADHEMAR MACIEL:

Trata-se de ordem de **habeas-corpus** impetrada por WALDEMIR PAES GARCIA contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

2. O paciente, juntamente com outros co-réus, responde a ação penal, perante o juízo da 2ª Vara Criminal do Comarca de Niterói, pela prática do crime de corrupção ativa previsto no art. 333 do Código Penal, por ter, mediante propina, corrompido funcionários públicos, os quais lhe permitiram desfrutar de mordomias no Instituto Penal Vieira Ferreira Neto, onde se acha cumprindo pena pelo delito de quadrilha armada tipificado no art. 288, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

3. O impetrante/paciente sustenta a ilegalidade e a inconstitucionalidade da prova que fundamentou a denúncia. A imputação feita na denúncia se baseia, apenas, nas escutas de conversas telefônicas realizadas no presídio, onde se encontra recolhido. Ocorre que somente será permitida, como prova, a interceptação telefônica, quando coexistirem dois requisitos essenciais: lei regulamentando a matéria e autorização do juízo competente. Assim, em face da inexistência da referida lei, tais interceptações não podem ser admitidas no juízo penal, sob pena de violação do direito à intimidade garantido pela Constituição Federal.

4. A 3ª Câmara Criminal do TJRJ, por unanimidade, denegou a ordem de **habeas-corpus** impetrada, ao fundamento de que a gravação das conversas telefônicas teve expressa autorização judicial, e de que a denúncia se apoiou também em outros elementos de prova.

5. A autoridade coatora prestou informações, às fls. 67/70.

6. O Ministério Público Federal, em parecer da Drª. Ela Wiecko V. de Castilho, opinou pela denegação do **writ**. Ainda que se declare a ilicitude da interceptação telefônica, é certo que há prova lícita suficiente para fundamentar a denúncia, e não é viável, em **habeas-corpus**, fazer um exame aprofundado da prova para distinguir o que está eventualmente contaminado.

É o relatório.

HABEAS-CORPUS N. 3.982 (95.053161-5) - RIO DE JANEIRO

095005310
061531500
000398240

V O T O

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ADHEMAR MACIEL (RELATOR):

Como se acabou de ouvir do relatório, o impetrante/paciente através de seus advogados, Drs. Hélton Márcio Pinto e Paulo Freitas Ribeiro, pede o trancamento da ação penal n. 21.696 da 1ª Vara Criminal da Comarca de Niterói, pois o fato apurado contra si se louvaria única e exclusivamente em prova reputada ilícita pelo inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal.

Em suas informações, o Des. GAMA MALCHER, presidente do TJRJ, assevera que o acórdão relatado pelo Des. DÍLSON NAVARRO nos dá conta de que "as provas que ensejaram a ação penal contra os *bicheiros* e os funcionários públicos do presídio não estão calcadas apenas em gravações telefônicas. Há depoimentos testemunhais e documentos referentes aos privilégios que os brigantes obtinham na cadeia".

Ainda que a prova coligida contra o paciente fosse só a proveniente da escuta telefônica, direta ou "por derivação", tenho para mim que a tese habilmente levantada por seus defensores não teria como ganhar fomento. Senão, vejamos.

Os dispositivos constitucionais que alegadamente estariam a tutelar a pretensão do paciente são dois: inciso XII e inciso LVI:

> "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".

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

Ao comentar o inciso LVI, **supra**, Celso Ribeiro Bastos observa:

"O que cumpre agora fazer é procurar extrair a real significação deste dispositivo, ainda que pessoalmente entendamos que houvera sido melhor para o Brasil adotar uma posição mais contemporizadora, que propiciasse à legislação ordinária e à jurisprudência um avanço no sentido de, em determinadas hipóteses, aceitar-se a prova ainda que ilícita. O que nos reconforta é que uma análise mais detida do assunto nos induz a crer que o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa da sua redação.
"O primeiro ponto que se deve observar é que, a despeito do seu caráter aparentemente peremptório e definitivo, *são 'inadimissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos'*, ainda assim o preceito sob comento tem forçosamente de sofrer certas ressalvas que resultam da sua interpretação finalística teleológica e da sua inserção sistemática no contexto das normas protetoras do direito processual penal.
.....
.....
"Não se pode esquecer que aqui (O comentarista se refere a caso da prova ilícita servir para inocentar alguém de crime) há um direito constitucional a ser protegido: o da liberdade, que talvez só perca em importância e relevância para a própria vida. É por isso que sem embargo de o Texto Constitucional excluir do processo as provas obtidas por meios ilícitos, é nosso convencimento que alguns temperamentos se tornam impositivos em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e da sua prevalência segundo a própria valoração feita pela Constituição. Aliás, interpretação em sentido contrário deixaria de prestigiar o interesse social em que se faça justiça para encarecer tão-somente o direito individual encarnado em uma pessoa." ("Comentários à Constituição do Brasil", Saraiva, 1989, 2º vol., p. 273 e seg.).

Quero, mais, transcrever consideração profunda, meditada e digna de reflexão por parte de nossos pretórios, feita pela Professora Ada Pellegrini Grinover em seu livro "Novas Tendências do Direito Processual" (Forense Universitária, 1990, p. 60):

/dbf

> "A problemática da intimidade integra o pano de fundo do processo penal, na medida em que o Estado, na persecução dos fins punitivos, exerce atividade investigatória que levam quase necessariamente a uma intromissão, na esfera privada do indivíduo. E se, de um lado, o direito à intimidade é parte integrante dos direitos da personalidade, envolvendo a liberdade do homem, é igualmente certo que todas as liberdades têm feitio e finalidade éticos, não podendo ser utilizados para proteger abusos ou acobertar violações".

Como bem disse a articulista, "as liberdades têm feitio e finalidades éticos, não podendo ser utilizados para proteger abusos ou acobertar violações". Assim, a primeira indagação que faço é: como pode alguém, que se acha recolhido em estabelecimento penal, por condenação por quadrilha armada, pretender invocar cláusula constitucional que protege o homem livre? Essa escuta telefônica, previamente autorizada por seu juiz natural, redundaria numa "atipicidade constitucional"? (para utilizar-me de expressão da própria articulista **in** "A Eficácia dos Atos Processuais à Luz da Constituição Federal", publicado na RPGESP, n. 37). A escuta atentaria contra "os direitos dos presos", também com assento constitucional, seja por previsão direta ou via de tratados internacionais?

A resposta só pode ser NÃO.

A Constituição brasileira, como é comezinho, é uma Constituição dirigente e programática. Em decorrência, tanto o legislador ordinário, quanto o administrador e o próprio juiz, esse último através da denominada "atualização constitucional "(**Verfassungsaktualisierung**), têm de "realizar" o que foi recomendado e modelado pela própria Constituição. Ora, uma leitura atenta da Constituição em vigor nos mostra sua preocupação no combate à macrocriminalidade, ao crime organizado, ao tóxico etc. Desse modo, a própria Constituição nos vai oferecer elementos para interpretações e "atualizações" consentâneas com o **standard** instituído. Com isso, é

bom que fique claro, não me quero transformar em mensageiro de violações dos direitos e garantias fundamentais. Só estou pondo em destaque que a sociedade, como um todo, também merece proteção, tanto quanto o indivíduo.

A LEP, ao enumerar os "direitos do preso", diz no art. 41:

> "XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
> Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento".

Dessarte, não se pode dizer que a escuta telefônica, no caso concreto, tenha violado direitos fundamentais do impetrante. Ele, repita-se, não se achava em seu domicílio ou coisa que o valha. Estava encarcerado em estabelecimento penal, sujeito a regime de vigilância pública constante.

O impetrante/paciente transcreve a ementa da lavra do Min. PERTENCE no HC n. 69912/0-RJ, bem como voto do Min. CELSO DE MELLO, quando se invocou a máxima do **Fruits of the Poisonous Tree**, ou seja, da contaminação das provas licitamente conseguidas, mas que tiveram sua gênese numa prova tida por ilícita pelo ordenamento jurídico.

Esse entendimento, como já disse e já se repetiu, não teria aplicação no caso concreto, pois o paciente não é um homem livre. Ao contrário, está pagando pelo crime cometido e se acha acusado de outro. Mas, como o tema é interessante e será agitado aqui por mais vezes, como já o foi antes, vou tecer aligeiradas considerações sobre o tema.

/dbf

A jurisprudência norte-americana não tem sido unânime em torno da denominada **Exclusionary Rule**, isto é, da regra ou princípio da exclusão do processo de prova obtida ilicitamente. Inclina-se, como bem observa Ada Pellegrini Grinover, pela "razoabilidade" (**Reasonableness**).

A **Exclusionary Rule** se desenvolveu sobretudo na interpretação da Emenda Constitucional n. IV, que veda buscas e apreensões arbitrárias (**unreasonable searches and seizures**). O escopo inicial do provimento constitucional foi proteger a propriedade do cidadão contra buscas e apreensões desarazoadas. Suas raízes jurídico-históricas certamente estão na velha Inglaterra, no **Semanyne's Case** (1603) e **Entick v. Carrington Case** (1705).

Nos Estados Unidos, no **Olmstead Case**, de 1928, por votação apertada (5 a 4), a Suprema Corte decidiu que a escuta telefônica de conversas entre quadrilheiros de uísque (**bootleggers**) não era ilegal, e "o grampeamento não se achava dentro dos lindes da Emenda IV (**wiretapping was not within the confines of the Fourth Amendment**). Já em **Warden v. Hayden** [387 U.S. 294, 304 (1967)] a Corte passou a entender que a Emenda IV também protegia a intimidade individual.

Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a **Exclusionary Rule** não é tomada em termos absolutos. Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, do outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido.

Na própria Alemanha, como ainda noticia a Professora Ada Pellegrini Grinover, as provas ilícitas não são sempre afastadas de plano. Sua contaminação é,

assim, relativa. Adota-se o "Princípio da Proporcionalidade ou Relatividade" (**Verhältnismässigkeitsprinzip**).

Com essas considerações, denego a ordem

É como voto.

/dbf

6ª Turma
05/12/95

HABEAS CORPUS Nº 3.982/RJ

VOTO - (VOGAL)

O EXMº SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: - Sr. Presidente, o tema está na moda e, realmente, foi uma feliz coincidência a distribuição destes autos a V. Exª. , Mestre do Direito Comparado, e que nos mostrou todas as facetas dessa questão.

Fosse eu o Relator, evidentemente, sem a qualificação para fazer um brilhante voto, como o fez V. Exª. , limitar-me-ia, apenas, a dizer que esta não é a prova única do processo, e para mim já seria o suficiente para impedir o propósito da impetração, qual seja, o trancamento da ação penal. Fez bem V. Exª. em fazer estudo a respeito do problema da interceptação telefônica, porque é um assunto do momento, polemizado - principalmente na doutrina, - e uma coisa é a doutrina - outra coisa é a jurisprudência. Escrever sem o compromisso de julgar é fácil; o difícil é aplicar ao caso concreto a lei. Dizer que o grampo é ilegal em todos os seus aspectos é fácil. A Constituição, a rigor, numa leitura literal do texto, impediria qualquer providência no sentido de acolher uma prova desta ordem, até em favor do inocente.

Gostaria de dar-lhes duas razões para entrar nos pontos bem lembrados pelo Dr. de Bonis em seus jurídicos e relevantes fundamentos e que

me convenceram, pois já estavam em minha cabeça: o primeiro, a interpretação literal, se levada para esse caminho do absolutismo, seria ilógica, fora do sistema, o que, a rigor, é contra a própria hermenêutica, e seus princípios de aplicação do Direito, o que não se concebe. A interpretação tem que ser do contexto, não do texto. O inciso XI, do art. 5º, da CF, bem lembrado pelo Ministério Público, na sustentação, e agora também reforçada pelo Dr. De Bonis, fala de inviolabilidade do lar. Não há coisa mais sagrada que a sua casa. É o seu reino, o seu feudo, e seu mundo, e nem por isso está imune a uma investigação, a uma violação, em dois casos, o do flagrante delito e o do socorro. Quer dizer, até na casa, na residência, abre-se exceção. Como não se fazer exceção para o problema da interceptação telefônica?

O inciso XII, em que se baseia a impetração, para dizer que a sua aplicação está dependendo de regulamento por legislação ordinária, só tem lugar sem a observância do sistema constitucional, e cairia em um outro absurdo, o de que um texto feito em defesa da sociedade, do homem de bem, deve ser utilizado para proteger marginal.

Isso não entra na cabeça de ninguém, nem do Juiz, dentro do seu equilíbrio, da sua isenção, porque Juiz também é ser humano, e percebe as coisas fora do processo. O que diz o inciso XII do art. 5º :

> "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo em último caso, por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal".

Portanto, enquanto não vier essa lei pode-se cometer os mais absurdos crimes? Pode-se usar telefones públicos, telefones do sistema penitenciário, para prosseguir na ação delitiva? Claro que não. Se não tivesse sido autorizado por uma autoridade judicial, aí tudo bem, porque a exceção vem com a autorização do Juiz.

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Se V. Exª me permite, vou mais longe. Nesse caso de preso, não feriria nenhuma norma constitucional.

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Os argumentos contidos nas informações não me convenceram. O direito é individual. Se ele tem o direito de não ser grampeado e de não ter interceptado o seu telefonema, tanto faz ele ser num telefone público, como residencial. O que é absurdo é o cidadão, já conhecido, denunciado por formação de quadrilha, em caso momentosos, gozar dessas regalias dentro da prisão.

O cidadão comum não tem dinheiro, às vezes, de dar um telefonema para um hospital e pedir um socorro, uma ambulância, porque lhe falta ficha telefônica, e esse outro, que está sendo acusado de crimes graves, ter a mordomia, que é a expressão vulgarmente usada pela mídia, de um telefone público para continuar a sua ação delituosa contra o Estado. Mas, ele não tem culpa e sim o sistema, que permite esse tipo de ação.

Mas, esse argumento, o da interpretação conjunta dos incisos XI e do XII, levantado pelo Ministério Público, parece-me perfeitamente viável e outro, o de que houve uma autorização judicial para a escuta, também é válido, enquanto essa autorização não seja dada fora dos princípios lógicos.

De sorte que, louvando o estudo brilhante que fez a respeito da matéria, estou mais ainda convencido de que V. Exª está a razão. Por isso, o acompanho.

15h05min Ana 6ª Turma 05/12/95

HABEAS CORPUS Nº 3.982/RJ

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: Sr. Presidente, também acompanho o voto de V. Exª pelos fundamentos expendidos, com os lúcidos acréscimos do Ilustre Ministro William Patterson.

PRESIDENTE E RELATOR: O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL

095005310
061541500
000398210

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEXTA TURMA

Nro. Registro: 95/0053161-5 HC 3982/RJ

Em mesa JULGADO: 05/12/1995

Relator
Exmo. Sr. Min. ADHEMAR MACIEL

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Min. ADHEMAR MACIEL

Subprocurador Geral da Republica
EXMO. SR. DR. RAIMUNDO FRANCISCO RIBEIRO DE BONIS

Secretario (a)
NOEL CARVALHO DE ANDRADE FILHO

AUTUAÇÃO

IMPTE	:	WALDEMIR PAES GARCIA
ADVOGADO	:	HELTON MARCIO PINTO E OUTRO
IMPDO	:	TERCEIRA CAMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACTE	:	WALDEMIR PAES GARCIA (PRESO)

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia SEXTA TURMA ao apreciar o processo em epigrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão :

A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de habeas-corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.
Votaram os Srs. Ministros William Patterson, Anselmo Santiago e Vicente Leal. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

O referido é verdade. Dou fé.
Brasilia, 5 de dezembro de 1995

SECRETÁRIO(A)