

ESCUA TELEFÔNICA — SIGILO — CONTAMINAÇÃO DA PROVA

- Escuta telefônica de comunicação mantida por preso recolhido a presídio em cumprimento de pena.*
- Admissão de prova obtida por meio ilícito.*
- Princípio da razoabilidade.*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Recurso em Mandado de Segurança n. 6.129
(Admissão de Recurso Extraordinário)

Recorrente: José Caruzo Escafura

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Advogado: Luiz Roberto Barroso

Decisão do Vice-Presidente da 6ª Turma

I — JOSÉ CARUZZO ESCAFURA, preso e recolhido a estabelecimento prisional do Departamento do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, impetrou mandado de segurança contra ato do MM. Juízo da 36ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, que permitiu constasse entre os meios de prova que instruíram a denúncia GRAVAÇÃO DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS, mediante interceptação autorizada pelo MM. Juízo de direito da Vara de Execuções Criminais.

A segurança foi denegada, ensejando a interposição de recurso ordinário constitucional perante este Superior Tribunal. A Eg. Sexta Turma desproveu o recurso, nos termos da seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. 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 desentranhar prova (decodificação de fita magnética) 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 Pro-

vas Ilicitamente Obtidas” (EXCLUSIONARY RULE) também lá pede temperamentos. Recurso Ordinário improvido.”

II — Inconformado, o impetrante manifesta recurso extraordinário com fundamento no autorizativo constitucional alegando violação aos incisos XII e LVI do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Afirma que a Constituição de 1988 abriu regra específica e taxativa para tratar do sigilo das comunicações telefônicas. À luz do preceptivo constitucional em vigor, sustenta, ainda, quatro são os requisitos que devem ser atendidos para legitimar a violação ao sigilo das comunicações telefônicas: a) existência de ordem judicial prévia; b) presença de hipótese autorizadora de quebra do sigilo, *prevista em lei*; c) obediência à forma *prevista em lei*; d) finalidade de instruir investigação ou processo criminal. Aduz, no que tange à autorização para a violação do sigilo das comunicações telefônicas, que a norma constitucional é de eficácia limitada. Daí, a necessidade da edição de lei para regulamentar a hipótese ali prevista. Ressalta que, ao tempo em que determinada a quebra do sigilo das comunicações telefônicas do recorrente, inexistia qualquer lei regulamentando o disposto no art. 5º, XII, da CF, razão por que a parte final do referido dispositivo estava desprovida de auto-aplicabilidade.

III — O voto-condutor do acórdão, da lavra do em. *Ministro Adhemar Maciel*, nos mostra todas as facetas desta questão, *verbis*:

‘... 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 houvesse 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 assento 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 inadmissíveis 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 de sua inserção sistemática ao contexto das normas protetoras do direito processual penal.

.....

“Não se pode esquecer que aqui (O comentarista refere a caso da prova ilícita servir para inocentar alguém de crime) há um direito constitucional à 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, 2ª 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).

“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 feição e finalidade éticas, não podendo ser utilizados para proteger abusos ou acobertar violações.”

Como bem disse a articulista, “as liberdades tem feição, finalidades éticas, 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 aos 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 conhecido, 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” (VERFAS-SUNGSAKTUALISIERUNG), 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 macrocriminalidade, ao crime organizado, ao tóxico etc. Desse modo, a própria Constituição nos vai oferecer elementos para interpretações e “atualizações” consentâneas com o standard insti-

tuído. Com isso é bom que fique claro, não quero me transformar em mensageiro de violações do 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 XV poderão se 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 nº 69.912-0-RJ, bem como voto do Min. CELSO DE MELLO, quando se invocou a máxima do Fruits of the Poisonous Tree, o 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. A 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.

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 ilícitamente. 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 sei-

zures). O escopo inicial do provimento constitucional foi proteger a propriedade do cidadão contra buscas e apreensões desarrazoadas. Suas raízes jurídico-históricas certamente estão na velha Inglaterra, no Semayne's Case (1603) e Entick v. Carington 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 uisque (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 notícia 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)”.

IV — Por outro lado, o eminente advogado nos adverte que, no contexto da Carta de 1988 qualquer discussão doutrinária acerca do tema perde relevância, em face da peremptória vedação contida no art. 5º, LVI, da Lei Fundamental, que dispõe: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” A partir daí, afirma, “A Constituição Brasileira, por disposição expressa, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação de bens e valores em jogo. Elegeu ela própria o valor mais elevado: a segurança das relações sociais pela proscrição da prova ilícita. Como constatou ADA PELLEGRINI GRINOVER, não há margem para aplicação do princípio

da proporcionalidade, porque o constituinte não deu margem a qualquer exceção. o Sistema Constitucional Brasileiro partilha da “convicção de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais”.

V — Em sede jurisprudencial, a orientação adotada pelo Eg. Supremo Tribunal Federal sobre a questão da contaminação da prova, encontra-se expressa no HC nº 69.912-0-RS Confira-se, a propósito, trechos dos votos proferidos pelos em. Ministros *Sepúlveda Pertence* (fl.187), *Francisco Resek* (fls.187/188), *Ilmar Galvão* (fl. 188) e *Celso de Mello* (fl.188), transcritos pelo recorrente:

“(...) o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípios dos “*fruits of the poisonous tree*”; é que às provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência da interceptação ilícita de telefonemas. (...)

Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do “*fruits of the poisonous tree*” é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.

De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria “degravação” das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas”. (voto do Min. *Sepúlveda Pertence*).

“*Se estimássemos que a intromissão na comunicação telefônica de outrem é em si mesma inválida, mas que o produto investigatório nela apoiado pode valer em juízo, estaríamos avaliando o efeito útil da norma protetiva que a Constituição de 1988 estabeleceu (...) Mas tudo quanto a Carta, no particular, protege, estaria reduzido a zero caso se estimasse que*

a escuta telefônica, quando ilícita, pode não obstante gerar medidas investigatórias válidas em juízo. Tese que me parece inadmissível”. (voto do Min. *Francisco Resek*).

“(...) a prova colhida pelo meio ilícito contamina de nulidade insanável todas as demais provas dela conseqüentes, sob pena de — como advertiu S.Exa. — abrir-se uma larga porta para a burla da vedação constitucional”. (voto do Min. *Ilmar Galvão*)

“A prova ilícita, Sr. Presidente, não se revela idônea, ainda — que a partir dos elementos de informação que eventualmente ministre aos órgãos da persecução penal — possa produzir dados novos que atestem a materialidade ou a autoria do fato delituoso. A ilicitude original da prova transmite-se, por repercussão, a outros dados probatórios que nela se apóiem, dela derivem ou nela encontrem o seu fundamento causal”. (voto do Min. *Celso de Mello*).

VI — Semelhante raciocínio desenvolveu o Em. Min. *Marco Aurélio* ao proferir decisão-liminar no HC nº 74.639-0-RJ, DJU 31.10.96, pág 42.035 onde consignou com eloqüência:

“...a jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido da ausência de auto-aplicabilidade do inciso XII do artigo 5º do Diploma Maior. Há de compreender-se e admitir-se o papel do Supremo Tribunal Federal como guarda da Carta Política da República. A Corte, interpretando o dispositivo constitucional, concluiu que, em face da promulgação da Carta de 1988, o afastamento da inviolabilidade das comunicações telefônicas, via ordem judicial, ficou subordinado à disciplina legal. Confira-se com os precedentes substanciados no habeas-corpus nº 69.912, relatado perante o Pleno pelo Ministro *Sepúlveda Pertence*, e cujo acórdão restou publicado no Diário de Justiça de 25 de abril de 1994, e no habeas-corpus nº 73.510-SP, em que funcionei como Relator, julgado em 23 de setembro de 1996. Em ambos os casos, inclusive, a partir de flagrante, chegou-se à apreensão de grande quantidade de tóxicos, sendo que, mesmo assim, houve a concessão da ordem, homenageando-se portanto, o princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações telefônicas”.

E mais adiante,

“Reafirme-se a crença no direito; reafirme-se o entendimento de que, sendo uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele, advindo a almejada segurança jurídica da observância do ordenamento normativo. O combate ao crime não pode ocorrer com atropelo da ordem jurídica nacional, sob pena de vir a grassar regime totalitário, com prejuízo para toda a sociedade. (grifo nosso).

VII — A questão básica suscitada na presente causa é de índole constitucional e de

indiscutível relevância, o recurso é adequado, obedeceu às exigências procedimentais quanto a interposição, e foi manifestado tempestivamente, preenchendo, dessa forma, os requisitos objetivos quanto ao seu cabimento. Com essas considerações, **ADMITO O RECURSO** e determino, após as devidas anotações, sua remessa ao Supremo Tribunal Federal.

Intimem-se.

Brasília, 20 de novembro de 1996.

Ministro AMÉRICO LUZ, Vice-Presidente.