

ESCUA TELEFÔNICA — PROVA ILÍTICA — NULIDADE

Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação, pela maioria, da exigência de lei, até agora não editada, para que, “nas hipóteses e na forma” por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do “habeas corpus” pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do “habeas corpus”, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no

qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica — à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la — contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Habeas Corpus n. 69.912

(novo julgamento)

Paciente: Lourival Mucilo Trajano

Impetrante: Aluísio Martins

Coator: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE

EMENTA: Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação, pela maioria, da exigência de lei, até agora não editada, para que, “nas hipóteses e na forma” por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do *habeas corpus* pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do *habeas corpus*, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se referiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica — à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la — contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus* para anular o processo a partir da prisão em flagrante, inclusive.

Brasília, 16 de dezembro de 1993. Octávio Gallotti — Presidente. Sepúlveda Pertence — Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence — Na sessão de 25.3.93, assim relatei o caso (leu, f. 114-118).

O meu voto — que deferiu a ordem e declarou a nulidade radical do procedimento, nele incluídos o inquérito e a prisão em flagrante (f. 119-133) — foi acompanhado, naquele mesmo dia, pelos ems. Ministros Rezek (f. 134), Galvão (f. 136), Marco Aurélio (f. 138) e, em 30.6.93, depois do voto-vista em contrário, do em. Ministro Paulo Brossard, pelo do em. Ministro Celso de Mello (f. 174).

De sua vez, pela denegação da ordem, vo-

taram os ems. Ministros Velloso (f. 140), Brossard (f. 150), Sanches (f. 184), Néri (f. 187), Moreira Alves (f. 192) e V. Ex^a, Presidente Gallotti (f. 194).

Desse modo, em 30.6.93, proclamou-se o indeferimento do *habeas corpus* por seis votos contra cinco.

O acórdão será publicado no DJ de 26.11.93.

Sucedo que, enquanto se reviam as notas taquigráficas, o paciente impetrou mandado de segurança, no qual — revelando ter atuado no processo condenatório pelo Ministério Público o il. Procurador da República Domingos Sávio Dresch da Silveira, filho do nobre Ministro Néri da Silveira — pretendia que se alterasse o resultado do julgamento do *habeas corpus* para anunciá-lo como deferido.

Na sessão plenária de 24.11.93, relator o em. Ministro Carlos Velloso, o Tribunal não conheceu do mandado de segurança, mas, reconhecendo o impedimento alegado (embora não documentado nos autos do *habeas corpus*), deferiu *habeas corpus* de ofício para anular o julgamento anterior.

Em consequência, para a renovação do julgamento, trago o feito à Mesa.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) — O meu voto reafirma o proferido em 25.3.93, quando da primeira chamada do caso, para, nos termos então enunciados, deferir o *habeas corpus*.

Às razões então deduzidas — e manifestamente enriquecidas pelos quatro Ministros que fundamentadamente concluíram no mesmo sentido —, das quais, *data venia* sigo convencido, soma-se, no caso concreto, que, efetivamente, ao final do primeiro julgamento, a decisão deveria ter sido a concessão da ordem, dado que, se então revelado o impedimento de um dos juizes, se teria verificado o empate, que favorece o paciente (RISTF, art. 150, § 3º).

Defiro o *habeas corpus* para anular o feito, desde a prisão em flagrante, inclusive: é o meu voto.

EXTRATO DA ATA

Habeas Corpus nº 69.912-0. Origem: Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Pacte.: Lourival Mucillo Trajano. Impte.: Aluisio Martins. Coator: Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Decisão: Adiado o julgamento pelo pedido de vista dos autos, formulado pelo Ministro Ilmar Galvão, depois dos votos dos Ministros Relator e Francisco Rezek, deferindo o pedido de *habeas corpus*, para anular o processo a partir da prisão em flagrante, inclusive. Impedido o Ministro Néri da Silveira. Plenário, 25.11.93.

Presidência do Senhor Ministro Octávio Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Moreira Alves e Paulo Brossard.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Luiz Tomimatsu — Secretário.

VOTO (VISTA)

O Senhor Ministro Ilmar Galvão: Senhor Presidente, o meu pedido de vista, nesse processo, deveu-se à necessidade de certificar-me acerca de fatos que foram referidos nos debates, cuja existência, se comprovada, determinaria alteração no meu voto. Feito o devido exame, verifiquei que os autos não noticiam, realmente, a ocorrência desses fatos.

Por isso, não havendo motivo para mudar meu entendimento, ratifico o meu voto proferido, deferindo o pedido.

VOTO

O Senhor Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, o Ministro-Relator defere o Habeas Corpus, entendendo que a prova base do

próprio inquérito, a notícia em si do crime, foi obtida mediante meio ilícito. Acompanho S. Ex^ª., concedendo a ordem e peço para deixar registrado o que tive oportunidade de consignar sobre o tema em processo diverso:

Solicitei vista destes autos, após sinalizar quanto à impropriedade de esta Corte vir a receber a denúncia com base apenas em uma fita gravada clandestinamente. Se é certo que o Código de Processo Civil revela que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados em dispositivo nele contido, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se fundam a ação e a defesa (artigo 332), sendo que qualquer reprodução mecânica — como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie — faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade — artigo 383 — normas aplicáveis subsidiariamente ao processo penal (Código de Processo Penal, artigo 3º), não menos correto é que os aludidos preceitos não se sobrepõem à Carta da República, no que consigna, como garantias constitucionais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como a inadmissão, em qualquer processo, de provas obtidas por meios ilícitos — incisos X e XVI do artigo 5º. Ora, tratando-se de gravação obtida de forma ardilosa e incorreta, mediante a prática condenável de escamotear um gravador visando a obter a armazenagem de informações, forçoso é concluir que se está diante de prova indiciária alcançada por meio ilícito, ao arrepio não só dos padrões éticos e morais, como também da própria Carta, no que preserva a intimidade da pessoa. Não vejo, Sr. Presidente, diferença substancial entre a gravação feita por terceiro, até mesmo provocada por um dos interlocutores, mediante interceptação, e aquela decorrente da gravação procedida à sorrelfa por um destes últimos. O meio utilizado não merece o endosso desta Suprema Corte, ainda que se tenha em mira a persecução criminal, tendo em conta ato de servidor público ou agente do poder. O interesse público não se sobrepõem aos aspectos éticos e morais, mas com estes deve estar em perfeita comunhão, isto

sem que se considere a intimidade protegida constitucionalmente. Não é crível que se confira a uma gravação obtida clandestinamente eficácia suficiente a respaldar o recebimento de uma denúncia para, após, no julgamento da ação penal, declarar-se que se trata de prova conseguida por meio ilícito. O princípio lógico da não-contradição estará ferido de morte.

Contudo, na assentada em que teve início a apreciação deste processo, assaltaram-me dúvidas tocantes à existência de outros indícios, já que o Ministério Público não apresentou a denúncia de imediato, fazendo-o após a tramitação do inquérito por mais de um ano, mediante o qual a Polícia Federal ouviu pessoas e colheu elementos diversos. Examinando estes autos, constatei que a denúncia está respaldada na aludida fita, mas também direcional, no item 10 de folhas 5 a 7, a outros indícios colhidos. Dentre esses está o relativo ao que seria o empenho do indiciado, junto ao Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na 10ª reunião realizada no dia 23 de maio de 1991, no sentido de, excepcionalmente, vir a ser autorizado o remanejamento de recursos da rubrica “infra-estrutura” para a rubrica “saneamento”, visando a propiciar a feitura de obras no Estado do Acre. A Ata de folhas 192 a 215 revela que a reunião foi iniciada pelo Secretário Nacional do Trabalho e que o Indiciado, adentrando o recinto, dela participou, ponderando que os casos do Amapá e do Acre deveriam ser analisados com excepcionalidade e mencionou as preocupações do Sr. Ministro da Saúde com a qualidade da água consumida naqueles Estados e, portanto, com o cólera. Ora, este aspecto não deixa de ser um indício que, somado a outros, como os depoimentos reveladores de que o interlocutor que obteve a fita procurará autoridades constituídas parlamentar, pessoas do Gabinete militar da presidência da República e do Ministério da Justiça — objetivando dar conta do que ouvira no diálogo mantido com o Indiciado — depoimentos de folhas 56, 145 e 260 — autorizam o recebimento da denúncia. A regra é o Tribunal deliberar pelo recebimento ou rejeição da denúncia, estando no campo do excep-

cional a improcedência da acusação — parte final do artigo 6º da Lei nº 8.038/90. Instaurada a ação penal, ter-se-á oportunidade de implementar-se o contraditório com mais largueza, devendo, então, o Ministério Público comprovar a procedência do que articulado na denúncia, já que o princípio da definição no caso de dúvida passará a beneficiar não a sociedade, mas o Réu. O que transparece impróprio é, diante de situação nebulosa, concluir-se pela improcedência da acusação. A declaração desta há de restar de revelação manifesta, pelos elementos coligidos, da insubsistência do que articulado na denúncia.

Por estas razões e declarando a fragilidade dos indícios coligidos, sem, no entanto, deixar de reconhecer a existência deles, e também, a ausência total de valia da gravação obtida clandestinamente, porque, por meio ilícito, acompanho o Relator, recebendo a denúncia.

É o meu voto.

VOTO

O Senhor Ministro Carlos Velloso — Sr. Presidente, reitero o voto que proferi no primeiro julgamento, quando sustentei, primeiro, a ilicitude da prova — escuta telefônica — e, segundo, que, afastada a prova considerada ilícita, há, nos autos, outras provas que autorizam a condenação, o que foi reconhecido, aliás, na instância de apelação, vale dizer, no Tribunal Regional Federal. Não seria possível, ademais, nos estreitos limites do *habeas corpus*, o exame aprofundado da prova, para verificar se a afirmativa constante do acórdão do Tribunal Regional é ou não verdadeira.

Em conclusão, voto no sentido do indeferimento do *habeas corpus*, com a vênia sempre devida ao eminente Ministro Relator e aos eminentes Ministros que o acompanharam.

VOTO

O Senhor Ministro Celso de Mello — Impõe-se destacar, como expressiva conquista dos direitos assegurados àqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestioná-

vel hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas *ilegítimas* (aquelas que se produzem com vulneração das normas de direito processual) e às provas *ilícitas* (aquelas que se coligem com transgressão das regras de direito material). A Constituição do Brasil, ao repelir a doutrina do *male captum, bene retentum*, sancionou, com a *inadmissibilidade de sua válida utilização*, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

A norma inscrita no art. 5º, LVI, da Lei Fundamental da República promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Novas Tendências do Direito Processual”, p. 60/82, 1990, Forense Universitária; MAURO CAPPELLETTI, “Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte”, in *Revista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; VICENZO VIGORITI, “Prove illecite e costituzione”, in *Rivista di Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada — e *repudiada sempre* — pelos juízes e Tribunais, “por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de *inconstitucionalidade*...” (ADA PELLEGRINI GRINOVER, *op. cit.*, p. 62, 1990, Forense Universitária).

A cláusula constitucional do *due process of law* — que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público — tem, no dogma da *inadmissibilidade das provas ilícitas ou ilegítimas*, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com base em elementos instrutórios obtidos ou produzidos com desrespeito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado.

A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, *necessariamente*, da garantia constitucional que tutela a situação ju-

rídica dos acusados em juízo penal e que exclui, *de modo peremptório*, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova — *de qualquer prova* — cuja ilicitude tenha sido reconhecida pelo Poder Judiciário.

ADA PELLEGRINI GRINOVER (“A Eficácia dos atos Processuais à luz da Constituição Federal”, in *RPGESP*, vol. 37/46-47, 1992), ao versar o tema das limitações que, fundadas em regra de exclusão, incidem sobre o direito à prova, analisa a questão da *ilicitude* — mesmo da ilicitude por derivação — dos elementos instrutórios produzidos em sede processual, *verbis*:

“A Constituição brasileira toma posição firme, aparentemente absoluta, no sentido da proibição de admissibilidade das provas ilícitas. Mas, nesse ponto, é necessário levantar alguns aspectos: quase todos os ordenamentos afastam a admissibilidade processual das provas ilícitas. Mas ainda existem dois pontos de grande divergência: o primeiro deles é o de se saber se inadmissível no processo é somente a prova, obtida por meios ilícitos, ou se é também inadmissível a prova, lícitamente colhida, mas a cujo conhecimento se chegou por intermédio da prova ilícita.

Imagine-se uma confissão extorquida sob tortura, na qual o acusado ou indiciado indica o nome do comparsa ou da testemunha que, ouvidos sem nenhuma coação, venham a corroborar aquele depoimento.

Imaginem uma interceptação telefônica clandestina, portanto ilícita, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. Essas provas são ‘ilícitas por derivação’, porque, em si mesmas lícitas, são oriundas e obtidas por intermédio da ilícita. A jurisprudência norte-americana utilizou a imagem dos frutos da árvore envenenada, que comunica o seu veneno a todos os frutos. (...).

Outra tendência que se coloca em relação às provas ilícitas é aquela que pretende mitigar a regra de inadmissibilidade pelo princípio que se chamou, na Alemanha, da ‘proporcionalidade’ e, nos Estados Unidos da América, da ‘razoabilidade’; ou seja, embora se aceite o princípio geral da inadmissibilidade da pro-

va obtida por meios ilícitos, propugna-se a idéia de que em casos extremamente graves, em que estivessem em risco valores essenciais, também constitucionalmente garantidos, os tribunais poderiam admitir e valorar a prova ilícita.

A primeira vista, a Constituição brasileira parece impedir essa solução, quando não abre nenhuma exceção expressa ao princípio da proporcionalidade. (...).

A Constituição preocupa-se com o momento da admissibilidade, pretendendo claramente impedir os momentos sucessivos, de introdução e valoração da prova ilícita. Mas, suponhamos que a prova, embora considerada inadmissível pela Constituição, venha a ser admitida no processo. E que a prova ingresse no processo, vulnerando a regra constitucional.

De duas, uma: ou partimos para a idéia de que nesse caso a atipicidade constitucional acarreta, como consequência, a nulidade absoluta e, portanto, no plano processual, a prova admitida *contra constitutionem* será nula e nula será a sentença que nela se fundar; ou então, numa interpretação mais consentânea com a norma constitucional, firmamos o entendimento de que a Lei Maior, ao considerar prova, tem-na como ‘não prova’, como prova inexistente juridicamente. Nesse caso, ela será simplesmente desconsiderada.

O Código de Processo Penal Italiano de 88 fala, nesses casos, de proibição de utilizar a prova. Nosso ordenamento não prevê expressamente a consequência do ingresso, no processo, da prova ilícita, mas sua ineficácia como prova surge do sistema.”

O fato irrecusável, Sr. Presidente, é que prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, *por mínimo que seja*, de eficácia jurídica.

A *Exclusionary Rule* — considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos na definição dos limites da

atividade probatória desenvolvida pela Polícia e pelo Ministério Público — destina-se, na abrangência de seu conteúdo, a proteger, *pelo banimento processual de evidências ilicitamente coligidas*, os réus criminais contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (*Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 1967; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961; *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1962, v.g.).

Essa questão — até em função das razões subjacentes ao tema da inadmissibilidade, em nosso sistema constitucional, das provas ilícitas — assume, a meu ver, inegável relevo jurídico.

Assentadas essas premissas em torno do tema suscitado na presente impetração — que acentua a *ineficácia probatória* dos elementos de convicção produzidos, *em função de ilícito comportamento*, pelos órgãos da persecução penal — impõem-se registrar que a Carta Federal, ao assegurar a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, *atenuou* o primitivo rigor dessa tutela estatal.

O art. 5º, XII, da Lei Fundamental da República, permite, agora, a *interceptação* das conversações telefônicas. Essa providência excepcional sujeita-se, no entanto, para efeito de sua *válida* efetivação, a determinados requisitos que, *fixados pelo próprio ordenamento constitucional*, condicionam a eficácia jurídica desse meio de prova.

A derrogação desse princípio tutelar do sigilo telefônico *somente* legitimar-se-á, desde que a interceptação, sempre precedida de ordem judicial, venha a realizar-se no campo exclusivo da persecução penal e nas hipóteses a serem ainda definidas em *numeros clausus* pelo legislador, a quem incumbe prescrever, de outro lado, o modo e a forma de sua execução.

O preceito constitucional em causa não se reveste, *quanto à interceptação das conversações telefônicas*, de densidade normativa suficiente. Ele impõe e reclama, para que possa válida e eficazmente atuar, a instauração de um processo de integração normativa de que derive a lei *exigida* pela Carta da República.

Nessa matéria, a só existência de ordem

judicial — que não se ajuste às hipóteses ou não observe as formas estipuladas pela lei — não constitui elemento bastante para autorizar a escuta telefônica para fins de persecução penal.

O preceito inscrito no art. 5º, XII, da Lei Fundamental qualifica-se, *no que se refere à escuta telefônica*, como estrutura jurídica dotada de *insuficiente* densidade normativa, a tornar *imprescindível*, para que possa operar, a necessária mediação legislativa concretizadora do comando nele positivado. Na realidade, a norma constitucional em questão — por reclamar a *interpositio legislatoris* — não opera, em plenitude, no plano jurídico, e *no que concerne à possibilidade das interceptações telefônicas*, todas as suas conseqüências e virtualidades *eficaciais*.

A prova oriunda de interceptações telefônicas clandestinas, realizadas com inobservância das prescrições constitucionais, revela-se prova materialmente ilícita. Nem pode fundamentar postulações acusatórias nem conferir substrato a juízos condenatórios. O ato de interceptar clandestinamente comunicações telefônicas, além de criminoso, ofende diretamente a cláusula do devido processo legal. Ninguém pode ser acusado, julgado ou, o que é mais grave, condenado com base em provas ilícitas. Ressalte-se que a exigência do *due process of law*, destinando-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, coloca-a, por isso mesmo, sob a imediata proteção das leis. A *ilicitude* desse meio de prova, consistente na ilegítima interceptação de comunicação telefônica, foi proclamada pelo STF, que, sob a égide do regime jurídico anterior, desautorizou-a, por incompatível com a tutela constitucional da intimidade (v. *RTJ* 110/798).

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.

Incensurável a análise que, deste tema, fez o em. Relator, quando salientou, *verbis*:

“.....
Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do ‘*fruit 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.

.....
Na espécie, é inegável que só as informações extraídas da escuta telefônica indevidamente autorizada é que viabilizaram o flagrante e a apreensão da droga, elementos também decisivos, de sua vez, na construção lógica da imputação formulada na denúncia, assim como na fundamentação nas decisões condenatórias.

Dada essa patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subsequentemente colhidas, não é possível apegar-se a essas últimas — frutos da operação ilícita inicial — sem, de fato, em prestar relevância probatória à escuta vedada.”

A absoluta ineficácia probatória dos elementos de convicção — cuja apuração decorreu, *em sua própria origem*, de comportamento ilícito dos agentes estatais — torna imprescritível a prova penal em questão, subtraindo, assim, à própria condenação judicial o suporte que lhe dá consistência.

Escuta telefônica, ainda que autorizada pelo juiz, constitui, *ante a ausência da lei reclamada pelo art. 5º, XII, da Carta Política*, prova materialmente ilícita. A Lei Fundamental da República impõe, para efeito de atuação da norma que excepcionalmente autoriza a interceptação das conversações telefônicas, a edição — *necessária e ineliminável* — de ato legislativo que, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, indi-

que as hipóteses e defina a forma com que se executará essa grave providência.

Sem a lei, revela-se írrita a decisão judicial cuja desvalia decorre de seu frontal desrespeito a um postulado essencial da Constituição, motivo pelo qual *ainda subsistem*, a meu juízo, as razões proclamadas por esta Suprema Corte no sentido de que “Os meios de prova ilícitos” — como aqueles decorrentes de interceptações ou gravações clandestinas de conversações telefônicas — “*não podem servir de sustentação ao inquérito policial ou à ação penal*” (RTJ 122/47, rel. Min. CÉLIO BORJA).

Desse modo, Sr. Presidente, e com estas considerações, peço vênias para, acompanhando o magnífico voto do em. Relator, *deferir* o pedido de *habeas corpus*.

É o meu voto.

VOTO (CONFIRMAÇÃO DE VOTO)

O Senhor Ministro Paulo Brossard — Senhor Presidente, também mantenho meu voto, que foi no sentido de denegar a ordem. Entendo que, no caso, houve a solicitação da autorização judiciária e o juiz, mais de uma vez, autorizou a escuta, de modo que não vejo a alegada ilicitude, penso mesmo que o procedimento policial foi rigorosamente correto.

Quando do julgamento do Habeas Corpus, examinei a espécie de maneira até minuciosa, razão por que agora me limito a confirmá-lo em todos os seus termos. Indeferi então o Habeas Corpus e mantenho o voto.

EXTRATO DA ATA

Habeas Corpus nº 69.912-0. Origem: Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sepúlveda Perence. Pacte.: Lourival Mucilo Trajano. Imp. te.: Aluisio Martins. Coator: Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Decisão: Adiado o julgamento pelo pedido de vista dos autos, formulado pelo Ministro Ilmar Galvão, depois dos votos dos Ministros Relator e Francisco Rezek, deferindo o pedido

de *habeas corpus*, para anular o processo a partir da prisão em flagrante, inclusive. Ausentes, justificadamente, os Ministros Moreira Alves e Paulo Brossard. Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Impedido o Ministro Néri da Silveira. Plenário, 25.11.93.

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal deferiu o pedido de *habeas corpus*, para anular o processo a partir da prisão em flagrante, inclusive. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sydney Sanches e Presidente (Min. Octávio Gallotti), que o indeferiam. Impedido o Ministro Néri da Silveira. Plenário, 16.12.93.

Presidência do Senhor Ministro Octávio Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Compareceram os Senhores Ministros José Dantas, Torreão Braz e William Patterson, do Superior Tribunal de Justiça, para participarem do julgamento do Mandado de Segurança nº 21.689-DF. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Moreira Alves e Francisco Rezek.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Luiz Tomimatsu — Secretário.

COMENTÁRIO

A matéria do *habeas corpus*, que motiva este comentário, tem a particularidade de haver sido objeto de duas decisões do Supremo Tribunal Federal, que importaram em julgamentos opostos, na mesma causa.

Primeiramente, em sessão de 30 de junho de 1993, prevaleceu, por seis contra cinco, o voto do Ministro CARLOS VELLOSO que, divergindo do relator, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, denegou a ordem, entendendo que, na hipótese, a prova constituída mediante quebra do sigilo de comunicações telefônicas

não era única e outros dados probatórios lastreavam o processo penal.

O relator vencido fundamentava a concessão do *writ* em que a vedação do grampeamento telefônico não apenas tornava ilícita prova, como especialmente esta fora decisiva. A inadmissibilidade de prova ilícita contaminava a legalidade do procedimento criminal, segundo a doutrina do “fruit of the poisonous tree”.

Acompanharam o voto divergente os Ministros Paulo Brossard, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves e Luiz Gallotti, compondo a maioria vitoriosa, por mínima diferença de votos.

O veto do Relator teve a adesão dos Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello.

O paciente interpôs, no entanto, mandado de segurança, alegando o impedimento do Ministro NÉRI DA SILVEIRA, cujo filho teria atuado no processo condenatório, na qualidade de membro do Ministério Público.

Acolhendo a impugnação, o Tribunal determinou a renovação do julgamento, admitido o impedimento invocado.

Em sessão de 16 de dezembro de 1993, inverteu-se a decisão anterior, concedida a ordem de *habeas corpus*, por maioria de votos.

Mantida a posição do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, ratificaram seus votos anteriores os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Ausente o Ministro Moreira Alves e impedido o Ministro Néri da Silveira, a primitiva maioria tornou-se minoritária, embora mantivessem seus votos os Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sydney Sanches e Luiz Gallotti.

O escore original de 6 x 5 inverteu-se para 5 x 4, conduzindo ao deferimento do pedido de *habeas corpus*.

A publicação dos dois acórdãos visa não somente a documentar a singularidade do caso como especialmente o relevo do debate da tese sobre a influência de prova constituída pela violação do sigilo telefônico.

Caio Tácito