

ESCUITA TELEFÔNICA — ORDEM JUDICIAL — VALOR DA PROVA

I — O sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (C.F., art. 5º, XII). Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do art. 5º não recepcionou o art. 57, II, “e”, da Lei 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao Juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. É que a Constituição, no inciso XII do at. 5º, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei.

II — No caso, a sentença ou o acórdão impugnado não se baseia apenas na “degravação” das escutas telefônicas não sendo possível, em sede de “habeas corpus”, descer ao exame da prova.

III — H.C. indeferido.

Habeas Corpus nº 69.912

Paciente: Lourival Mucilo Trajano

Impetrante: Aluísio Martins

Coator: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Relator p/acórdão: Sr. Ministro CARLOS VELLOSO

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 dos votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*, vencidos os Ministros Relator, Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello, que o deferiam. Votou o Presidente.

Brasília, 30 de junho de 1993. *Octávio Gal-lotti* — Presidente. *Carlos Velloso* — (Relator p/o acórdão).

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: O paciente, denunciado, com dois co-réus, por infração dos arts. 12, 14 e 18, I, da Lei de Entorpecentes, teve a sua condenação a 6 anos e 8 meses de reclusão confirmada, em grau de apelação e de embargos infringentes, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Porto Alegre).

2. Nas decisões de segundo grau, ficou vencido o il. Juiz Ari Pargendler, que, preliminarmente, determinou a exclusão dos autos da transcrição de gravações oriundas de interceptações telefônicas, a que procedera a Polícia, malgrado a prévia autorização judicial para a escuta, por entender que “antes da regulamentação do art. 5º, XII, da Constituição Federal, não é possível valorizar, no processo penal, prova decorrente do que os autos denominam de gravação — vocábulo inexistente no Novo Dicionário Aurélio e que não passa de eufimismo destinado a encobrir a produção de prova unilateral” (f. 53).

3. A nulidade argüida pela defesa e acolhida pelo voto vencido foi rejeitada pela maioria, na linha do voto condutor do il. Juiz Hada Viana, que, a propósito, consignou na ementa:

“*O texto constitucional excepciona a vedação da prova colhida por escuta telefônica a realizada por ordem judicial, para investigação criminal ou instrução processual penal. Recepção do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações.*”

4. O presente *habeas corpus* — impetrado pelo il. advogado Aluísio Martins ao STJ, que declinou da competência para o Supremo —, insiste na tese de que o referido “*preceito constitucional não é auto-aplicável, dependendo de regulamentação. Em realidade, a Constituição apenas deu autorização para que a legislação ordinária regulamentasse a matéria. Enquanto inexistir a lei ordinária, a vedação ao grameamento telefônico é absoluta*” (f. 4).

5. Nesse sentido, invoca, além do voto vencido já mencionado, a decisão da Segunda Turma do STF, no RHC 63.834, 18.12.86, Borja, RT 621/378 e três julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (MS 690.070.289, f. 57, fundado em parecer do Ministério Público local, f. 85; MS 689.079.465, f. 65; 689.078.467, f. 80).

6. Pede a concessão da ordem “*para determinar a anulação do processo e desentranhada do mesmo a prova decorrente da interceptação das conversas telefônicas, devendo a anulação ser decretada a partir da juntada da degravação aos autos*” (f. 8).

7. Com as informações, requisitei os autos do processo condenatório.

8. Confirmam explicitamente as informações que “*a diligência que redundou na apreensão da droga e prisão em flagrante dos*

acusados, foi precedida por vários meses de investigação, com escutas telefônicas, feitas com autorização judicial”.

9. Dos autos principais, verifica-se, com efeito, que os do inquérito policial começam com expedientes do Delegado de Tóxicos ao Juiz de Direito de Porto Alegre, solicitando as autorizações de escuta, e ofícios do Juízo de Plantão à Companhia Riograndense de Comunicações e à própria autoridade policial representante, comunicado o deferimento do pedido (apenso 1, f. 7/10). Vem, logo depois, mais de 100 folhas de “degravação” (ap. 1, f. 12/113), após as quais se encontram mandados de busca e apreensão de tóxicos (f. 119 e 120) e o auto de prisão em flagrante dos três acusados (f. 121 ss.). Concluído o inquérito nova “degravação” foi encaminhada a Juízo e juntada aos autos, antes da denúncia (f. 228 ss.).

10. Opinou pelo Ministério Público o il. Subprocurador-Geral Mardem Costa Pinto (f. 106/112).

11. O parecer começa por acolher a tese de que, efetivamente, para legitimar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigações ou instrução criminal, será preciso antes que “a lei específica defina os tipos de crime que justificam a exceção, e a forma de execução da medida, ou seja, o procedimento a ser adotado em tais casos, além da prévia autorização do juiz competente” (f. 107). Invoca, nessa linha, as observações de Celso Bastos (*Comentários à Constituição do Brasil*, 1989, 2/72), Ferreira Filho (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*) e Tourinho Filho (*Processo Penal*, 12ª ed. 1990, 3º/212). Não obstante, conclui pela denegação da ordem, aduzindo (f. 111):

“Ocorre, porém, que na hipótese em exame, a sentença censurada não está fundada exclusivamente nas “degravações” das escutas telefônicas, havendo expressa referência aos autos de prisão em flagrante e de apreensão de setecentos e cinquenta gramas de cocaína, na casa do paciente e no cômodo onde dormia Jaime, outro co-réu, além da confissão do próprio Jaime não sendo possível em Habeas corpus chegar-se à uma conclusão a respeito da suficiência ou não de tais elementos, para

a edição de decreto condenatório, já que demandaria exame acurado e valorativo de todo o conjunto da prova, expediente sabidamente incompatível com o objetivo e o procedimento especial e sumário do writ.”

12. À vista da relevância constitucional do tema, considere oportuno trazer o feito diretamente ao Plenário (RISTF, art. 22, parágrafo único, b).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Os problemas jurídicos atinentes à inadmissibilidade procesual e às conseqüências da admissão indevida, no processo, das provas ilícitas — da barbárie primitiva da tortura física à sotificação tecnológica da interceptação telefônica —, ainda geram controvérsias doutrinárias e vacilações jurisprudenciais nos ordenamentos de maior tradição cultural.

2. No Brasil, porém — sobretudo, a partir da Constituição —, o direito positivo deu resposta explícita às questões fundamentais do tema, antes que elas se tornassem objeto de sedimentação doutrinária e da preocupação freqüente dos tribunais.

3. Não é que, nestas bandas, a persecução penal, algum dia, tivesse sido imune à utilização das provas ilícitas. Pelo contrário. A tortura, desde tempos imemoriais, continua sendo a prática rotineira da investigação policial da criminalidade das classes marginalizadas, mas a evidência da sua realidade geralmente só choca as elites, quando, nos tempos de ditadura, de certo modo se democratiza e violenta os inimigos do regime, sem discriminação de classe.

4. De sua vez, é notório que a escuta telefônica foi amplamente utilizada, sob o regime autoritário, pelos organismos de informação e de repressão política: a questão de sua ilicitude não se constitui, porém, senão rarissimamente, em tema de discussão judicial, fosse pela vigência exclusivamente nominal das garantias constitucionais, fosse porque, de regra, efetivada clandestinamente, poucas vezes e “degravação” das conversas telefônicas interceptadas.

tadas tenha sido levada aos autos dos processos.

5. A primeira indagação jurídica que o tema propõe diz com a caracterização da ilicitude da prova ou de sua produção.

6. O art. 5º, XII, da Constituição, na linha predominante no direito comparado, garantiu, em princípio, a inviolabilidade do sigilo das comunicações privadas em geral, mas delas exceções o das comunicações telefônicas, quando a interceptação se efetivasse, “*por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”.

7. A ressalva não constava da Carta de 69, que, no art. 153, § 9º, limitara-se a afirmar inviolável “*o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas*”.

8. De seu turno, sob a Constituição de 1946, o consenso doutrinário reputava compreendidas as comunicações telefônicas na garantia, do art. 141, § 6º, à inviolabilidade do “*sigilo da correspondência*” (v.g., Pontes de Miranda *Comentários*, ed. 1953, IV/163).

9. Não obstante, nas decisões impugnadas, considerou-se satisfeita a reserva de lei do art. 5º, XII, da Constituição atual, por força da recepção do art. 57, II, e, do C. Bras. de Telecomunicações (Lei 4.117/62), que prescreve não constituir crime de violação de telecomunicação “*o conhecimento dado (...) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste*”.

10. De logo, não me parece que o dispositivo consagrasse a genérica possibilidade de escuta telefônica, ainda que mediante autorização judicial, interpretação essa que, à vista da Lei Fundamental da época, o faria inconstitucional desde a origem, afastando, de logo, a hipótese de sua recepção.

11. Ao contrário, à minha leitura, o que o Código, no preceito lembrado, erigiu em excludente de criminalidade foi a transmissão ao Juiz competente do resultado de interceptação já efetivada, o que pressupunha obviamente a licitude da escuta, que, no regime de 1946 e nos subseqüentes, se cingia, em princípio, às hipóteses do estado de sítio e similares (CF/46, art. 207 e 209, parágrafo único, I; CF/67, art. 152, § 2º, e; CF/69, art. 156, § 2º, f).

12. De resto, se se concede, para argumentar, a interpretação postulada para a norma invocada e, com essa interpretação, se supõe a sua validade originária e a sua sobrevivência aos textos constitucionais intercorrentes, o certo é que seguramente não satisfaz à reserva da lei, reclamada no art. 5º, XII, da Constituição vigente, para legitimar a interceptação telefônica na investigação criminal.

13. O primeiro acórdão questionado buscou respaldo doutrinário em Ada Pellegrini Grinover (*Liberdades Públicas e Processo Penal — As interceptações Telefônicas*, Saraiva, 1976, p. 306), que — embora tenha escrito a sua tese sobre o assunto sob a Carta de 69, que não continha a ressalva final do art. 5º, XII, da atual —, sustentou o caráter não absoluto da garantia da inviolabilidade do sigilo da comunicação telefônica, nas hipóteses em que a escuta fosse autorizada por lei para a salvaguarda de outras garantias e valores constitucionais.

14. Não é hora de aprofundar a discussão a respeito, que, de resto, sob o regime constitucional vigente, tem unicamente interesse histórico-doutrinário.

15. O que é certo é que, à luz do texto de 1988, a douta e renomada jurista repele explicitamente a pretendida recepção, para os fins do art. 5º, XII, do referido art. 57 do Código de Telecomunicações (*Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas no Processo Penal, em Novas Tendências do Direito Processual*, Forense Universitária, 1990, p. 60, 80):

“*Evidente que enquanto não vier a lei a estabelecer as hipóteses e a forma em que as interceptações poderão ser permitidas, não haverá, por enquanto, como ordená-las, pois o Código de Telecomunicações nada específica, não suprimindo a ausência de lei específica.*”

16. Na mesma linha, citada no parecer da Procuradoria-Geral, a fundada opinião de Tourinho Filho (*Processo Penal*, 1990, 3º/212), em réplica a Damásio de Jesus (*C. Pr. Pen. Anotado*, 7ª, p. 636).

17. O direito comparado prestigia essa recusa da doutrina à pretendida recepção, no ponto, do C. Bras. de Telecomunicações: na América do Norte, como na Europa, as leis que regem a autorização judicial à escuta telefônica para fins de investigação criminal

fiéis à natureza de exceção à garantia constitucional que a permissão há de ter, são todas minuciosas, começando pela enumeração taxativa dos delitos cuja repressão possibilitará, em tese, a interceptação e determinam disciplina procedimental rígida do pedido, da autorização e da execução de diligência, de modo a restringi-la ao estritamente necessário.

18. Ao contrário, a pretendida recepção do art. 57, II e, C. Bras. Telecomunicações, com a inteligência que se lhe quer emprestar, esvaziaria por completo a garantia constitucional, na medida em que a faria vulnerável a toda a forma de arbítrio judicial, como a que o caso concreto revela.

19. De resto, no caso concreto, a total ausência de motivação da autorização judicial — violando outra garantia explícita do *due process* (CF, art. 93, IX) — bastaria para firmar a ilicitude da prova colhida, que, para mim, sob vários prismas, é de evidência palmar.

20. A segunda indagação que o problema da prova ilícita sugere tem dado margem alhures a polêmicas fascinantes: é a que respeita à repercussão ou não da ilicitude da produção extrajudicial da prova sobre a sua admissibilidade no processo.

21. A discussão contrapõe os que extraem da ilicitude da prova a sua inadmissibilidade processual — a exemplo de Holmes, na jurisprudência americana (*apud* Ada Grinover, ob. cit., p. 136) e, na Itália, Nuvolone (*Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, de 1966, em *Trent Anni di Diritto e Procedura Penale*, 1969, 1/501) —, aos que entendem que a ilicitude na obtenção da prova esgota seus efeitos na responsabilidade e na punição dos agentes, sem nenhum reflexo na admissibilidade processual das evidências resultantes — tese que teve, por exemplo, nos Estados Unidos, o prestígio da adesão de Cardozo (*apud* Ada Grinover, ob. cit., p. 136) e, na Itália, a brilhante sustentação dogmática de Franco Cordero (*Prove illecite nel processo penale*, Riv. Italiana Dir. e Proced. Penale, 1961, fasc. 1/32).

22. No Brasil, contudo, a inadmissibilidade da prova captada ilicitamente já se firmara no Supremo Tribunal, antes da Constituição,

seja no processo civil (RE 85.439, 11.11.77, Xavier, RTJ 84/609; RE 100.094, 28.06.84, Mayer, RTJ 110/798), seja na investigação criminal (HC 63.834, 18.12.86, Borja, RTJ 122/47). E a Constituição de 1988 explicitou peremptoriamente, no art. 5º, LVI, que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. No ponto, *legem habemus*: toda a discussão a respeito terá, no Brasil, sabor puramente acadêmico.

23. O que resta, pois, sem solução expressa na Constituição — e de relevo decisivo no caso — é a terceira questão, atinente às consequências processuais da admissão no processo, não obstante a proibição constitucional ou legal, da prova ilicitamente obtida.

24. A tese subjacente ao parecer da Procuradoria-Geral é que a admissão da prova vedada não gerará a nulidade do processo, se a condenação não estiver fundada exclusivamente nela: bastaria, como está expresso no parecer do Dr. Mardem Costa Pinto, a referência da sentença à existência de outras provas, para, pelo menos na via de controle de legalidade do *habeas corpus*, já não ser possível, da evidência da inclusão, no processo, de uma prova ilícita, extrair a nulidade da condenação.

25. *Data venia*, levada às últimas consequências, o entendimento tolheria inteiramente a eficácia da garantia constitucional.

26. Por isso, de minha parte, não iria além de conceder que a admissão da prova ilícita só não induz nulidade, quando irrelevante por seu objetivo ou, então, quando se pudesse afirmar seguramente que outras provas, colhidas independentemente da existência daquela proibida, bastariam à condenação.

27. Não é, entretanto, o que se passa no caso.

28. A leitura da sentença convence, por si só, de que a “*degravação*” das interceptações telefônicas, com a juntada da qual se inicia o inquérito, foi seguramente a prova decisiva, imprescindível: seja por seu conteúdo próprio, seja porque muito do que se colheu após a escuta — a começar da apreensão da droga e da prisão dos acusados — foi consequência das informações obtidas pela gravação clandestina das conversas telefônicas.

29. Leio a sentença (f. 26/30):

“Comprovam o auto de prisão em flagrante, o auto de apresentação e apreensão e o laudo do exame de constatação, que, no dia 8 de janeiro de 1991, no período da tarde, por volta das 17 horas, foi apreendido na casa de Lourival, sita aos fundos da farmácia Santa Rita, de sua propriedade, no quarto onde Jaime estava dormindo, cerca de 750 gramas de cocaína, que, por sua quantidade, destinava-se à comercialização.

A materialização delitiva acha-se devidamente comprovada pelos elementos acima apontados e por intermédio dos depoimentos prestados pelas testemunhas da acusação. A materialidade sequer foi contestada pela defesa.

Passo ao exame das autorias.

O acusado Jaime, por ocasião de sua prisão em flagrante, havia há pouco chegado em Porto Alegre e estava descansando da viagem no quarto onde a cocaína foi apreendida.

O conjunto da prova existente nos autos leva à convicção de que foi ele quem adquiriu a cocaína e trouxe-a a Porto Alegre para ser comercializada.

O auto de exame de lesões corporais atesta que JAIME, ao ser preso, não sofreu agressões. Em juízo, JAIME confirma que não foi agredido nem maltratado pela polícia. Justifica o fato de não confirmar as declarações prestadas perante à autoridade policial, sob a alegação de que mentiu para evitar que os co-réus continuassem apanhando. Contudo, apenas um réu sofreu agressões, DEMERVAL, e essas resultaram do tiroteio que teve com os policiais. LOURIVAL não sofreu agressões, consoante suas próprias declarações e a constatação do exame de lesões. Ora, as agressões sofridas por DEMERVAL (fls. 892), que não são de grande monta, certamente não foram feitas na presença dos co-réus. De mais a mais, todos os acusados foram ouvidos na presença do advogado Bel. Aluisio Martins. DEMERVAL, exatamente o réu que sofreu agressões, em suas declarações prestadas perante à autoridade policial, negou qualquer participação na prática do delito.

Assim e por não contrapor-se ao restante da prova contida nos autos, as declarações pres-

tadas por JAIME à autoridade policial merecem acolhida.

JAIME declarou (fls. 125/126) que adquiriu a cocaína na Bolívia, na cidade de San Matias.

Na degravação da escuta feita no telefone 29.09.90 (fls. 63), em conversa com ÂNGELA, faz ela referência a viagem a Bolívia.

Perante à autoridade policial JAIME disse que utilizava a palavra “madeira” para referir-se à cocaína. Na degravação de fls. 41 JACIRA (irmã de JAIME falando com ROSE esposa de JAIME) queixa-se que JAIME levou a chave de seu cofre e pergunta a ROSE se ela sabe se ele deixou “madeira” dentro do mesmo. Alerta ao fato que o cofre será aberto no dia seguinte. No dia 19.09.90, às 14h10min, JAIME conversando com sua irmã Jacira, pelo telefone 44.19.59, afirmou que foi pego por duas vezes, ao que Jacira aconselhou: “Mas larga esta via né! tendo Jaime respondido: “Não vou largar não, não tem jeito não”.

Às fls. 66, está a degravado de uma conversa de LUCIANO com JAIME, na qual o primeiro diz: “Não. Vem cá, eu falei com teu pai hoje, ele me disse que pegaram um cara na ‘rota’, sabe... o que tu tá fazendo... te cuida...” às fls. 72 está o diálogo de Jacira e Jaime, no qual Jacira, mais uma vez diz a seu irmão: “Tu tem que parar com isso um pouco, né Jaime.”

Os monitoramentos telefônicos não deixam dúvidas sobre as atividades ilícitas de Jaime e o fato de ter ele trazido a cocaína, comprada na Bolívia, que, finalmente, foi apreendida no quarto de LOURIVAL, onde JAIME descansava da viagem.

Em suas declarações prestadas à autoridade policial JAIME afirmou que trouxe a cocaína para os “meninos que eram LOURIVAL “LOURO” e DEMERVAL “DED”.

A cocaína, repita-se, foi apreendida na casa de LOURIVAL, em cima do armário de seu quarto de dormir.

Esse fato comprometedor é corroborado pelas declarações de JAIME, na fase investigatória, e das conversas telefônicas mantidas por JAIME e LOURIVAL, das quais destacam-se as seguintes:

Louro (referindo-se a Jaime): “Não sei, ele

tava em SP a semana passada e continua em SP... tinha dado problema no carro e que segunda-feira tava aqui, que era para eu mandar mais dinheiro prá ele, mandei dez mil naquele dia. E agora, nada... Hoje ligou pro DED, disse que tava tentando ligar pra madeireira e não consegue. Que DED marcasse um horário... Tô desde as quinze para as nove aqui e até agora nada..." (fls. 111).

Louro (falando com Eleni e referindo-se a Jaime (fl. 113): "Ele já tá vindo, já me disse tudo que tá trazendo e tudo... Não sei como mas ele conseguiu fazer alguma coisa... Tá vindo razoavelmente bem... sabe..."

"Mas, disse que o carro deu problema e ele estava engatado em SP..."

Jaime para LOURO (fls. 115) "... só que tá lá ajeitando, no jeito, só que o cara quer alguma coisa prá poder liberar... Entendeu? cinco, dez, quinze, quando quiser... Ele arruma até mais, mas ele quer pelo menos alguma coisa prá ele fazer negócios lá..."

Às fls. 116, JAIME para LOURO:

"Eu vou. Eu tive que vender uma 'ervilha' lá para poder descer para aí... para vir prá cá."

Após conversaram sobre a colocação e preço da "mercadoria":

LOURO — "Mas acho que não demora nada disso ... Olha, vou dizer uma coisa, tem até um parente-meu... mas não posso falar... um cunhado meu..."

JAIME: "Fica frio, não comenta muito por telefone..."

LOURO: Um cunhado meu, sabia, marido da Nerci... Tá numa ruim e tem umas fontes aí, prá um quilo, ele tem dinheiro na mão..."

Da análise das conversações telefônicas, verifica-se que o "negócio" foi feito entre JAIME e LOURIVAL, estando esse último na ansiosa espera de Jaime que traria a "madeira" e, inclusive, encarregado de aliciar os "clientes" da droga, dentre eles destacando-se o "GRAVATA":

E seguem-se mais duas páginas de transcrição das conversas telefônicas.

Desse modo, sem necessidade de reexame de questões de fato, 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 interceptadas só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência da interceptação ilícita de telefonemas.

32. Numas das suas últimas versões, em *Wong Sun vs United States* (371 US 471, 487 (1962), a decisão, da lavra do Justice *Brennan*, resumiu a doutrina e a aplicou ao caso, no qual se conclui que somente as declarações ilícitamente colhidas de um dos co-réus (Toy) é que haviam possibilitado a apreensão da droga em poder de outro (Yee), de modo que a ilegalidade da primeira se comunicava à prova material e induzia à sua inatendibilidade. *Verbis*:

"We now consider whether the exclusion of Toy's declarations requires also the exclusion of the narcotics taken from Yee, to which those declarations led the police. The prosecutor candidly told the trial court that "we wouldn't have found those drugs except that Mr. Toy helped us to." Hence this is not the case envisioned by this Court where the exclusionary rule has no application because the Government learned of the evidence "from an independent source," *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S.385, 392; nor is this a case in which the connection between the lawless conduct of the police and the discovery of the challenged evidence has "become so attenuated as to dissipate the taint." *Nardone v. United States*, 308 U.S.338, 341. We need not hold that all evidence is "fruit of the poisonous tree" simply because it would not have come to light but for the illegal actions of the police. Rather, the more apt questions in such a case is "whether, granting establishment of the primary illegality, the evidence to which instant objection is made has been come at by exploitation of that illegality or instead by means sufficiently distinguishable to be purged of the primary taint". *Maguire, Evidence of Guilt* 221 (1959). We think it clear that the narcotics were "come at by the exploitation of that illegality" and hence that they may not be used against Toy."

33. 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.

34. 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.

35. Nossa experiência histórica, a que já aludi, em que a escuta telefônica era notória, mas não vinha aos autos, servia apenas para orientar a investigação, é a palmar evidência de que, ou se leva às últimas conseqüências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida.

36. 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.

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

38. Desse modo, não vejo, sem infidelidade aos princípios, como fugir da nulidade radical do procedimento, nele incluídos o inquérito e a prisão em flagrante.

Nesses termos, defiro a ordem: é o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Rezek — Meu voto acompanha, por inteiro, o do Ministro relator. Pouparei o Tribunal de ouvir um sumário das reflexões que esse tema me tem motivado há longos anos. Destacarei apenas aquilo que me pareceu nuclear na manifestação do Ministro 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 esvaziando o efeito útil da norma protetiva que a Constituição de 1988 estabeleceu quando, de modo honesto e realista, admitiu a escuta telefônica em circunstâncias excepcionais. Ela pode dar-se no interesse da Justiça e à base de um mecanismo idôneo, visto que envolve uma postulação da parte — o Ministério Público ou outrem — e uma decisão do juiz, condicionando tudo isso ao devido registro escrito e a determinados limites que o magistrado determinará. Aí está nossa segurança coletiva: a escuta telefônica, acaso necessária em determinado momento da investigação penal, será um segredo transitório, não permanente. Transparecerá logo em seguida, com a assunção da responsabilidade histórica daquele magistrado pela medida que autorizou, e cujos resultados virão a público.

As normas que a Constituição de 1988 encerra sobre essa matéria são prudentes: oferecem garantias aos cidadãos e à sua privacidade, sem entretanto descuidar do interesse legítimo da investigação criminal. 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. Isso me parece inadmissível.

Acompanho, pois, o primoroso voto do relator.

VOTO

O Senhor Ministro Ilmar Galvão: Sr. Presidente, também não tenho dúvida em acompanhar o brilhante voto do eminente Ministro Relator. No mesmo sentido, decidi recentemente, em petição avulsa submetida a minha apreciação, na qualidade de Relator do Inquérito 705, tendo concluído, naquela oportunidade, por igual, que o Código Brasileiro de Telecomunicações, no dispositivo indicado, não atende à exigência de expedição de lei que está contida no art. 5º, inc. XII, regulamentadora do uso das comunicações telefônicas para fins de

investigação criminal ou instrução processual penal. Cheguei até a afirmar que essa norma já fora revogada anteriormente pela Constituição de 1967, na Emenda nº 1, art. 153, § 9º.

De outra parte, Sr. Presidente, também concordo com S. Ex.^a no entendimento de que a prova colhida pelo meio ilícito contamina de nulidade insanável todas as demais provas dela conseqüentes, sob pena de — como advertiu S. Ex.^a — abrir-se uma larga porta para a burla da vedação constitucional.

No caso sob enfoque, esclareceu o eminente Relator que a escuta telefônica foi a chave da senda que levou à apreensão da substância tóxica em poder do paciente. Parece-me que essa escuta não foi sequer decorrência de outras investigações anteriores.

Assim sendo, Sr. Presidente, não tenho dúvida em também conceder a ordem.

VOTO

O Senhor Ministro Marco Aurélio — Senhor Presidente, louvo, no caso, em primeiro lugar, a sensibilidade demonstrada pelo nobre Ministro Relator e também pelos que já votaram quanto ao alcance da garantia constitucional alusiva à inviolabilidade, ao sigilo das comunicações telefônicas. Precisamos caminhar para a retirada da maior eficácia possível dos preceitos contidos na Carta de 1988, principalmente quando estão colocados no campo das garantias constitucionais.

Duas matérias, dois temas, dois enfoques mostram-se importantíssimos, e ambos foram empolgados, pelo nobre Relator, com maestria. O primeiro está ligado à recepção, ou não, do disposto no art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações pela Constituição vigente. S. Ex.^a declarou, e com muita segurança, que não subsiste, cotejado com a garantia constitucional de que cuida o inciso XIII do art. 5º, o que se contém no art. 57, inciso II, alínea “e” do Código:

“Artigo 57 — não constitui violação de telecomunicações:

II — O conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.”

S. Ex.^a emprestou ao dispositivo a única in-

terpretação consentânea com o Diploma Maior, já que o citado inciso cogita não só da autorização judicial para que haja escuta como, também, da observância da forma imposta por lei.

Comungo integralmente com S. Ex.^a e, se assim não entendermos, deixará de existir a eficácia dessa conjugação que decorre do preceito do inciso XII do rol das garantias constitucionais: entre a ordem judicial e a disciplina da hipótese, mediante lei. Suficiente será a ordem judicial, perdendo sentido a parte final do referido inciso.

A segundo matéria, também de grande importância, diz respeito à valia, à envergadura do que levantado mediante a quebra do sigilo da comunicações telefônicas, no que se chegou ao provimento judicial condenatório. Evidentemente não basta que se tenha o título condenatório como alicerçado, também, em outras provas. É preciso que se chegue à conclusão de que o exposto mediante a escuta clandestina não teve repercussão no convencimento do Estado-juiz, e isto não ocorreu na hipótese dos autos. S. Ex.^a leu um trecho da sentença revelador, a mais não poder, de que a origem da persecução criminal foi justamente a escuta.

Acompanho o voto proferido, concedendo, portanto, a ordem, com a extensão nele registrada.

VOTO

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. PROVA ILÍCITA: “DEGRAVAÇÃO” DE ESCUTAS TELEFÔNICAS. C.F., art. 5º, XII. Lei nº 4.117, de 1962, art. 57, II, “e”. “HABEAS CORPUS”: EXAME DA PROVA.

I. — O sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (C.F., art. 5º, XII). Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do art. 5º não recepcionou o art. 57, II, “e”, da Lei 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de te-

lecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. É que a Constituição, no inciso XII do art. 5º, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei.

II. — No caso, a sentença ou o acórdão impugnado não se baseia apenas na “degravação” das escutas telefônicas, não sendo possível, em sede de *habeas corpus*, descer ao exame da prova.

III. — H.C. indeferido.”

O Sr. Ministro Carlos Velloso — Sr. Presidente, começo por dizer que, em termos de interpretação do que está posto na Constituição, no inciso XII do art. 5º, que consagra o direito à privacidade, estou inteiramente de acordo com o eminente Ministro Sepúlveda Pertence.

Penso que o art. 57, II, e, da Lei nº 4.117, de 1962, que estabelece que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste, não é a lei que o referido inciso XII do art. 5º exige para viabilizar a ressalva posta no mesmo inciso, ou seja, para admitir a quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A Constituição, como vimos, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei. A lei deverá estabelecer, portanto, a forma e as hipóteses; o art. 57, II, e, da mencionada Lei nº 4.117, de 1962, não fixa a forma e tampouco as hipóteses; conseqüentemente, não houve a recepção do citado dispositivo legal pelo inciso XII do art. 5º da Constituição.

No particular, estou inteiramente de acordo com o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence que, como é costumeiro, produziu voto brilhante, fazendo jus à fama que detém de juiz eminente e de jurista notável.

Na conclusão, entretanto, peço licença para divergir do douto voto do Ministro Sepúlveda Pertence. O parecer da lavra do Dr. Mardem Costa Pinto chama a atenção para o fato de que a sentença ou o acórdão impugnado

não se baseia apenas nas “degravações” das escutas telefônicas.

De acordo com o parecer, a sentença está fundada em outros elementos de convicção, não cabendo, no processo de *habeas corpus*, verificar se tais elementos são ou não suficientes para escorar o decreto condenatório. É certo que o Ministro Sepúlveda Pertence admite esta última assertiva. S. Ex.ª, todavia, afirma que, no caso, a condenação assenta-se, fundamentalmente, nas escutas e, por isso, divergindo do parecer, defere o *habeas corpus*.

Estou em que a condenação assenta-se em outros elementos de prova. Invoco o voto do Juiz Paim Falcão, Revisor, por cópias às fls. 46/50. S. Ex.ª deixa expresso que, “Mesmo que se desconsidere a prova obtida através da escuta telefônica, há, nos autos, outras provas suficientes para ensejar a condenação”. (fl. 48).

O Relator, Juiz Hadad Vianna, cujo voto está, por cópia, às fls. 44/45, esclarece que “a mercadoria, na quantidade de 750 gramas, foi apreendida na casa de Lourival, nos fundos da farmácia de sua propriedade...” E mais: “Quanto à participação de Lourival, além de a mercadoria ter sido apreendida em sua residência, seu envolvimento ficou também provado nas degravações das conversas telefônicas interceptadas”. (fl. 44).

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence — A única afirmação que faço é que essas outras provas, que, segundo as decisões, seriam suficientes para a condenação, não existiriam sem a escuta telefônica.

O Sr. Ministro Carlos Velloso — Da primeira afirmativa de V. Ex.ª também me permiti divergir, *data venia*, com base na palavra da autoridade policial, que, acho, não pode ser desconsiderada, sem mais, no exame do inquérito.

O que acho decisivo, básico, fundamental, são essas afirmativas postas nos votos do Relator e do Revisor. E vou ler mais, Sr. Presidente, o voto do Juiz Ari Pargendler, justamente o que não aceitou a escuta telefônica. O eminente Juiz Ari Pargendler, após analisar a questão, afirmou (fl. 55):

“Esse contexto, que prescinde das gravações de conversas telefônicas, é suficiente para a convicção de que Lourival Mucilo Trajano par-

ticipou efetiva e conscientemente da ação delituosa”.

Lourival Mucilo Trajano é o paciente deste *habeas corpus*.

Diante deste quadro, sinto muito divergir — volto a repetir — do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, que está com a tese mais simpática, que eu gostaria de acompanhar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio — Mesmo diante do delito, V. Ex.^o entende que é a mais simpática?

O Sr. Ministro Carlos Velloso — Estou pon-do nas minhas palavras a maior sinceridade.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence — Na histeria repressiva que este País está vivendo, a tese simpática é a minha ou a de V. Ex.^o?

O Sr. Ministro Carlos Velloso — Estamos vivendo um fenômeno interessante, bem lembrou, outro dia, no Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Paulo Brossard: as atividades autoritárias e repressivas do Estado — atividades que cessaram há pouco — geraram reação legítima dos juristas brasileiros, das pessoas em geral. Pois bem. Essa reação repercu-te, agora, entretanto, de modo negativo, gerando a deterioração do princípio da autoridade, já que é suficiente que o agente público aja com autoridade, aja no sentido de fazer cumprir a lei, para que esse ato seja considerado contrário à liberdade. Na verdade, Sr. Ministro Pertence, este País não está vivendo uma “histeria” repressiva. Se V. Ex.^o atentar para o que está acontecendo nas grandes cidades brasileiras, vai concluir que é outra coisa o que está acontecendo: vivemos momento de violência, de impunidade. No que concerne ao tóxico, certo é que a Polícia não consegue impedir, desgraçadamente, a sua entrada no território nacional. A Corte Suprema há de ser sensível, então, ao clamor da sociedade, que se sente indefesa e não deve colaborar para que não haja punição para os traficantes. Punição, evidentemente, na forma da lei.

Há dois anos, um eminente advogado paulista me dizia que já não se pode andar nas ruas de São Paulo com um automóvel de luxo que chame a atenção. E eu perguntava, por quê? Ele acrescentava: o tóxico que entra em São Paulo faz um mundo de viciados, que, para obter a substância tóxica, atacam nas ruas, buscando dinheiro para acalmar o vício.

É a isso que estamos assistindo, Sr. Ministro. Não posso, pois, em nome de um posição que seria liberal, entre aspas, colaborar para que isso continue ocorrendo, *data venia*.

Mas, Sr. Presidente, anoto o seguinte: o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence afirma que as investigações surgiram somente com a “degravação” das escutas telefônicas. Permito-me divergir, *data venia*.

Diz a autoridade policial, dirigindo-se ao juiz, para o fim de solicitar autorização para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, no caso:

“Agentes desses órgãos, atualmente, investigam quadrilha de criminosos que traficam substâncias tóxicas, com ramificações em Porto Alegre, São Leopoldo e Novo Hamburgo.

Apurou-se que toda ação delinqüencial é articulada pelo indivíduo de nome Demerval Mucilo Trajano, tendo como um dos polos de contato — em suas atividades, os telefones de prefixo tais, tais, mais os integrantes — números enormes dessa sociedade criminosa — ainda são desconhecidos.

Trata-se de quadrilheiros organizados que possuem todos os meios para o implemento dos atos ilícitos.

Assim, deduzido para chegar-se ao fim, ao cabo das investigações e para a adequada aplicação da lei, representa V. Ex.^o”.

Sr. Presidente, é verdade — e o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence foi fiel — que a autoridade policial não trouxe para os autos os elementos que corroborariam ou que comprovariam a afirmativa no sentido de que os agentes investigavam uma quadrilha de criminosos. Não há, nos autos, ao que parece, esses elementos. Isso, entretanto, não seria relevante. O que me parece relevante é que a condenação, na verdade, não se assentou — estamos aqui a examinar o acórdão — apenas nas “degravações” das escutas.

Permito-me reler, com a devida vênia, os votos dos eminentes juízes Relator e Revisor da apelação criminal. Permito-me, com a a licença dos eminentes colegas, repetir que não posso desconsiderar, examinando um *habeas corpus*, a afirmativa posta pela autoridade policial no ofício que dirigiu ao Juiz, afirmativa que, afinal, resultou comprovada, por outros meios.

Releio o que afirma o Revisor, Juiz Paim Falcão, exatamente às fls. 48, com todas as letras:

“Mesmo que se desconsidere a prova obtida através da escuta telefônica, há nos autos provas suficientes para ensejar a condenação”.

Diante disso, será lícito a este Tribunal, em sede de *habeas corpus*, descer ao exame da prova para verificar se esta afirmativa não tem procedência?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence — Acho que V. Ex.^a não homenageou com sua atenção o final do meu voto. Eu não disse, Ex.^a, se as outras provas são suficientes ou não. Eu disse que, pelo próprio histórico contido na sentença e nos acórdãos, essas provas são frutos da árvore venenosa. Quais são essas provas? Basicamente, a apreensão da droga e declarações de um dos co-réus no flagrante. Como se chegou à informação de que na farmácia havia cocaína trazida pelo co-réu Jaime, que lá estava hospedado? Pela interceptação telefônica ilícita: logo, as provas são *fruits of the poisonous tree*.

O Sr. Ministro Carlos Velloso — Escutei, com a maior atenção, o voto de V. Ex.^a, como sempre o faço. O que acontece é que estou apenas divergindo de V. Ex.^a. Acabei de ler o que está escrito nos votos dos eminentes Juizes Hadad Viana e Paim Falcão, Relator e Revisor, respectivamente. E já esclareci que não acho que tudo começou com a escuta telefônica. A palavra da autoridade policial no sentido de que investigava uma quadrilha de traficantes, vale dizer, que existia uma quadrilha, na qual se incluía o ora paciente, não pode ser desconsiderada.

Devo concluir Sr. Presidente. Faça-o, pedindo mil vênias ao Sr. Ministro Relator, que admiro e estimo, para, acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República, lavrado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Mardem Costa Pinto, indeferir o *habeas corpus*. Faça-o, não porque divirja do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence no ponto em que S. Ex.^a considera que a escuta telefônica é prova ilícita, porque eu também penso assim, mas porque nos autos estão elementos que autorizam a afirmativa no sentido de que a condenação não se baseia exclusivamente na prova ilícita, e porque não seria possível, nos estreitos limi-

tes do *habeas corpus*, descer ao exame da prova para desconsiderar as afirmativas postas nos votos que servem de base do acórdão impugnado.

Com essa breves considerações, indefiro o *habeas corpus, data venia* do Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

Habeas Corpus n.º 69.912-0 — Origem: Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Pacte.: Lourival Mucilo Trajano. Impete.: Aluisio Martins. Coator: Tribunal Regional Federal da 4.^a Região.

Decisão: Após os votos dos Ministros Relator, Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, deferindo o pedido de *habeas corpus*, e do Ministro Carlos Velloso, indeferindo-o foi adiado, em virtude de pedido de visto dos autos formulados pelo Ministro Paulo Brossard. Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, na ausência ocasional do Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, Vice-Procurador Geral da República. Plenário, 25.03.93.

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

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO (VISTA)

O Senhor Ministro Paulo Brossard: Repetindo servilmente o disposto no art. 113, n.º 4, da Constituição de 1934 e o expresso no § 18, do art. 72, da Constituição de 1891, a Constituição de 46 prescrevia em seu art. 141, § 6.º: “é inviolável o sigilo de correspondência”. Em verdade, o preceito vinha de mais longe. Segundo a Constituição do Império, de 1824, art. 179, n.º 27, “o segredo das cartas é inviolável.

A administração do correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste artigo”.

2. Foi assim de 1824 a 1967. O Código desse ano, porém, ampliou o direito ao dispor em seu art. 150, § 9º: “são invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas”. A Carta de 69 manteve o preceito, melhorando a sua formulação: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telgráficas e telefônicas”.

3. Como se sabe, porém, nunca essa garantia constitucional foi tão violada como no tempo em que ela foi ampliada. Eu mesmo tive ocasião de declarar, no Senado, que a minha correspondência fora violada e que o meu telefone era historicamente censurado, o que, aliás, não chegava a ser novidade, visto que até o do Vice-Presidente da República Pedro Aleixo, também o fora, “No Senado”, 1985, I, p. 20 a 22.

Mas esta é outra questão. Ao mencionar o fato histórico quis apenas salientar o que ele encerra de paradoxal. Nunca a violação dessa regra constitucional foi tão generalizada como ao tempo em que ela foi aperfeiçoada e ampliada em sua enunciação, o que revela que o problema está menos na existência da lei, do que na sua observância.

4. Outrossim, é de reduzido interesse discutir agora se as fórmulas de 67 e 69 relativas ao sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas, estabelecendo a sua inviolabilidade, admitiam temperamentos como o autorizado pela Lei 4.117, de 1962, em seu art. 57, II, “e”.

É que os direitos, via de regra, não são absolutos e o seu exercício não exclui limitações e temperamentos mediante o denominado poder de polícia, que é mais fácil saber onde começa do que onde termina, para repetir a sentença do juiz Shaw, que deveria de tornar-se clássica.

5. O certo é que o telefone teve tamanha difusão que, de certa forma, banuiu a correspondência familiar e reduziu em muito a comercial.

De outro lado, o século decorrido entre a invenção de Graham Bell apresentada na Exposição da Filadélfia, em 1876, e os nossos

dias, assistiu a tamanho aperfeiçoamento do invento que o seu inventor não reconhecera. Fala-se hoje para qualquer parte do mundo, diretamente, da casa de cada qual, sem a intervenção de ninguém.

6. A Constituição de 88 foi atenta a essa nova realidade a dispôs no art. 5º, XII, “é inviolável o sigilo da correspondência 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”.

A provisão constitucional brasileira não constitui singularidade, pois encontra símile no direito estrangeiro, Constituição da Itália, art. 15, da Alemanha, art. 10 (e lei de 13 de agosto de 1968), da Dinamarca, art. 72. A matéria é de atualidade crescente e se relaciona com o quase inevitável conflito entre o direito individual e o interesse coletivo, e a necessidade de sua composição. O tema foi objeto de profunda e extensa análise pela professora da Faculdade de São Paulo, Ada Pellegrini Grinover, na consagrada monografia “Liberdades Públicas e Processo Penal — Interceptações telefônicas”, *singnater*, p. 196 a 270.

Em trabalho posterior, “Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas no Processo Penal”, escreveu a mesma autoridade:

“em se tratando de medida cautelar, a interceptação telefônica só pode ser autorizada quando presentes os requisitos que justificam as medidas cautelares em geral: quais sejam, a aparência do direito, entendido como sua plausibilidade (*o fumus boni iuris* ou justa causa) e sua urgência (*o periculum in mora*). Além de outros pressupostos legais, que dependem de cada sistema jurídico.

Com essas características, as legislações da maioria dos países democráticos admitem, em maior ou menor extensão, as interceptações telefônicas ordenadas pelo juiz ou, mais raramente, pelo Ministério Público. Os limites deste nosso trabalho não permitem a análise de direito comparado que comprovaria a afirmação. Lembrem-se apenas, a título exemplificativo, os documentos internacionais que reconhecem a licitude das escutas telefônicas, recomendando-lhes limites (§ 177 do Doc. nº E, Cm. 4/1.116, de 23 de janeiro de 1973, da

ONU), bem como as recentes decisões da Corte Européia que explicitam os lindes das escutas autorizadas pelo art. 2º da Convenção Européia (Caso Malone, julg. 2 de agosto de 1984). E se recorde, no plano do direito interno, a regulamentação legislativa dos Estados Unidos da América (Omnibus Crime Control and Safe Streets Act, de 1968, consagrando a interpretação jurisprudencial), da Alemanha Federal (Lei de 13 de agosto de 1968, modificando o Código de Processo Penal (arts. 100-A e 100-B), da Itália (Desde a Lei nº 98, de 1974, passando pela Lei nº 59, de 21 de março de 1978, e, finalmente pela Lei nº 191, de 18 de maio de 1978). Por dever de síntese, mencionen-se apenas outros ordenamentos, como os da Suíça, Dinamarca, Canadá, Países Baixos, Suécia, Portugal, todos admitindo e disciplinando as escutas telefônicas. Além de outros sistemas que as vêm introduzindo, como os do Japão, Israel e Grécia, ou que estão na iminência de discipliná-las, como o Uruguai e a Argentina (ver, para uma ampla resenha de direito comparado, de nossa autoria, “Liberdades públicas e processo penal”, ed. cit., p. 210/247, bem como o recente relatório apresentado por Christopher Osakwe ao XII Congresso Internacional de Direito Comparado sobre o tema “O resultado da espionagem eletrônica como prova penal” (Sidney, Austrália, agosto de 1986), a ser publicado pela Revista de processo).

O que vale afirmar, nos limites de um relatório nacional, é que se universaliza a tendência à regulamentação legislativa das escutas telefônicas, atendidas as exigências e peculiaridades locais. E que, em todos esses casos, a interceptação deixa de ser ilícita, desde que observado o regime constitucional e legal dos países que a adotam”, *Novas Tendências do Direito Processual*, 1990, p. 64 e 65.

7. Quer dizer, mantendo a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados, a Constituição abriu exceção expressa às telefônicas, em princípio, invioláveis, mas suscetíveis de quebra. Ilimitadamente? Seguramente não, pois que de maneira condicionada. “Por ordem judicial”, reza a Constituição. Em outras palavras, a administração por si mesma, “ex-auctoritate”, não

pode quebrar o princípio; há de solicitar a devida autorização, caso a caso, à autoridade judicial, que só ela pode autorizar a quebra de inviolabilidade. Mas o próprio juiz não tem poder incondicionado a respeito; seu poder está vinculado às finalidades constitucionalmente previstas: “investigação criminal ou instrução processual penal”. Ora, como “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, Constituição, art. 5º, XXXIX, desde logo ressalta que a lei limita à possível autorização de autoridade judicial. Dir-se-á, porém, que a Constituição menciona “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”, e se dirá bem. Nas hipóteses criminais e na forma que a lei estabelecer, sigilosa, reservada ou pública. Ocorre que a lei, a que se refere a Constituição, não foi editada. Decorrerá daí que a regra constitucional permanecerá em estado de sonolência, para repetir as palavras de *Cooley*, *Constitutional Limitations*, 1903, p. 121, até que a lei seja promulgada? Respeitáveis autoridades, dão resposta afirmativa a essa indagação.

8. Aqui mesmo, nesse sentido opinaram sábios ministros exarando votos memoráveis, dentre os quais peço licença para realçar o luminoso do preclaro relator do presente HC, ministro Sepúlveda Pertence, que logrou a adesão dos eminentes Juizes Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Carlos Velloso. Tão vigoroso e brilhante foi o voto que orientou a manifestação de significativa parcela do Tribunal que me ocorre aplicar-lhe as palavras que Rui Barbosa certa vez escreveu em relação a Pedro Lessa:

“Mais abalizado relator não podia ter o feito. Modelo de juízes, juriconsultos e cidadãos, consciência inteiriça, proficiência cabal, experiência consumada, fala como Nestor entre os seus colegas. Trazia de longe, ao entrar aquela casa, vasta nomeada, que a presença lhe não desluziu: *Non minuit praesentia famam*, mas antes realçou com o espetáculo quotidiano das suas virtudes: *Auget sed coetera virtus*. Assim, não é sem receio que o contrariamos, nem sem desgosto que uma vez o deixamos de aplaudir”. E continuava o advogado sem par: “mas qual o ciente, que não erra, o justo, que não desliza, o santo, que não peca, o sol, que se

não esconde?”, (Questão Minas x Werneck, in OC. XLV, 1918, IV, 1980, n° 12, p. 228).

9. Feitas estas observações preliminares, peço que o Tribunal me perdoe se entro a divergir do eminente Ministro relator e dos que o seguiram e seja tolerante com a minha temeridade. Começo por perguntar-me se a ausência da lei chega ao ponto de esterilizar a cláusula segundo o qual o sigilo das comunicações telefônicas pode ser levantado “por ordem judicial... para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, porque a Constituição fala “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” e a lei ainda não foi decretada.

10. Se é verdade que a Constituição delega à lei determinar as hipóteses criminais e a forma a ser observada “para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal”, parece-me, no entanto, que o legislador está claramente vinculado a outros preceitos da mesma Constituição, como o inserido no mesmo art. 5º, aquele que impõe ao legislador sejam considerados “crimes inafiançáveis e insuscetíveis da graça ou anistia a prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”, XLIII, e ainda “a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”, que há de ser tido como crime inafiançável e imprescritível”, XLIV.

Não me parece arbitrário entender que esses crimes não de figurar, necessariamente, ainda que não exclusivamente, entre as hipóteses delituosas que a lei há de contemplar ao minudenciar as hipóteses justificativas do levantamento do sigilo das comunicações telefônicas “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Tem mais. A Constituição revela atenção particular em relação aos delitos relacionados com o tráfico de entorpecentes e drogas afins, a eles se referindo mais de uma vez.

Por isto parece-me que para a investigação criminal ou instrução processual penal de crimes que a própria Constituição mencionou com *inafiançáveis, e insuscetíveis até de graça ou anistia*, querendo ou não o legislador,

vão de figurar no catálogo das hipóteses autorizativas do levantamento do sigilo das comunicações telefônicas. A primeira regra de hermenêutica constitucional é a que ensina que a Constituição deve ser entendida como um todo e de maneira harmônica e sem contradições.

Tenho para mim que é preciso ler a Constituição por inteiro. Assim quando ele trata de segurança pública e dos serviços policiais que por ela devem zelar, federais, estaduais, civis e militares, prescreve, quanto à polícia federal, que ela se destina a “prevenir a reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, art. 144, § 1º, II;

tratando da família, da criança e do adolescente e do idoso, alude a “programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins”, art. 227, § 3º, VII.

Não contente com esses dispositivos que revelam a especial preocupação da Constituição com o maior flagelo do século, ela acrescenta no art. 243:

“As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

E no parágrafo único do mesmo artigo:

“Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.”

Como se tal não bastasse, ao dispor que nenhum brasileiro será extraditado, prescreve no inciso LI do artigo 5º:

“nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.”

Isto tudo, sem esquecer que o tráfico de entorpecentes e drogas afins, ao lado de tortura, do terrorismo e dos chamados crimes hediondos, são tidos como inafiançáveis e insuscetíveis de graça e até da anistia!

Tudo isto me faz crer que a omissão legislativa, vai para cinco anos, não converte em hipótese abortícia a do Juiz autorizar o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. É que tenho como certo que entre as hipóteses a serem contempladas pela lei com justificativas da autorização judicial tem de estar, inequivocadamente, aquelas que a própria Constituição denomina crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, e a elas se refere em seis de suas cláusulas.

Esta é a razão de ordem estritamente constitucional por que não me parece isenta de dúvidas e interpretações dada pelo eminente relator quanto ao inciso XII do art. 5º da Constituição, segundo o qual a ausência de lei impediria fosse dada a autorização judicial no sentido de autorizar a escuta telefônica “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

11. Mas tem mais. O comércio de drogas não conhece fronteiras e sua força expansiva não tem rival, tendo em vista a lucratividade que oferece; como o jogo, que não distingue classes sociais e abarca na sua vertigem, as mais belas expressões de inteligências, como as mais toscas figuras humanas, o entorpecente penetra tanto nos salões mais elegantes e fidalgos como nas masmorras mais miseráveis. Em pouco tempo se converteu em grave problema internacional. Daí a ONU haver convocado conferência especial com o fito de compor uma convenção que cuidasse do problema. Sucessivas reuniões se realizaram, a elas esteve presente o Brasil. Tive a fortuna de chefiar a delegação brasileira nas duas últimas Assembléias de Viena, em Dezembro de 87 e de 88 e me coube assinar, em nome do Brasil, a 20 de dezembro de 1988, a convenção afinal acertada, após estudos minuciosos e debates amplos. É a “Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.”

Pelo Decreto Legislativo 162, de 14 de ju-

nho de 1991, o Congresso Nacional aprovou a convenção de 20.XII.88 e em 26 de junho foi ela promulgada pelo Decreto 154, o Presidente da República expediu Carta de Ratificação, referendada pelo Ministro das Relações Exteriores, o nosso eminente colega Francisco Rezek; depositado o instrumento da ratificação em 17 de junho de 1991, a convenção entrou em vigor para o Brasil em 15 de outubro do mesmo ano, ou seja, no nonagésimo dia após o depósito, Convenção, art. 29, § 2º.

Em termos internacionais entrara em vigor a 11 de novembro de 1990, nonagésimo dia seguinte à data em que depositado, junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, o vigésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, art. 29, § 1º, da Convenção. Ou seja, menos de dois anos de sua assinatura em Viena.

12. Deste documento peço licença para reproduzir o seu intróito:

“As partes nesta Convenção,

Profundamente preocupadas com a magnitude e a crescente tendência da produção, da demanda e do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, que representam uma grave ameaça à saúde e ao bem-estar dos seres humanos e que têm efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade.

Profundamente preocupadas também com a sustentada e crescente expansão do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas nos diversos grupos sociais e, em particular, pela exploração de crianças em muitas partes do mundo, tanto na qualidade de consumidores como na condição de instrumentos utilizados na produção, na distribuição e no comércio ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, o que constitui um perigo de gravidade incalculável.

Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados.

Reconhecendo também que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional, cuja supressão exige atenção urgente e a mais alta prioridade.

Conscientes de que o tráfico ilícito gera con-

sideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.

Decididas a privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade.

Interessadas em eliminar as causas profundas do problema do uso indevido de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, compreendendo a demanda ilícita de tais drogas e substâncias e dos enormes ganhos derivados do tráfico ilícito.

Considerado que são necessários medidas para o controle de determinadas substâncias, tais como precursores, produtos químicos e solventes que são utilizados na fabricação de entorpecentes e substâncias psicotrópicas e que, pela facilidade com que são obtidas, têm provocado um aumento da fabricação clandestina dessa drogas e substâncias.

Decididas a melhorar a cooperação internacional para a supressão do tráfico ilícito pelo mar.

Reconhecendo que a erradicação do tráfico ilícito é responsabilidade coletiva de todos os Estados e que, para esse fim, é necessária uma ação coordenada no nível da cooperação internacional.

Reconhecendo a competência das Nações Unidas em matéria de fiscalização de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas e desejando que os organismos internacionais interessados nessa fiscalização atuem dentro do quadro das Nações Unidas.

Reafirmando os princípios que regem os tratados vigentes sobre a fiscalização de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas e o sistema de fiscalização estabelecido por esses tratados.

Reconhecendo a necessidade de fortalecer e complementar as medidas previstas na Convenção Única de 1961 sobre Entorpecentes, emendada pelo Protocolo de 1972 de Modificação da Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, e na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, a fim de enfrentar

a magnitude e a expansão do tráfico ilícito e suas graves conseqüências.

Reconhecendo também a importância de fortalecer e intensificar os meios jurídicos efetivos para a cooperação internacional em matéria penal pra suprimir as atividades criminosas internacionais do tráfico ilícito.

Interessadas em concluir uma convenção internacional, que seja um instrumento completo, eficaz e operativo, especificamente dirigido contra o tráfico ilícito, levando em conta os diversos aspectos do problema como um todo, particularmente os que não estão previstos nos tratados vigentes, no âmbito dos entorpecentes e das substâncias psicotrópicas.

Convém o que segue:"

É um extenso documento que cuida da colaboração internacional nessa matéria e que, assinada em 20 de dezembro de 1988, já em 1990, estava em vigor, o que mostra quanto era importante e atual.

13. Assim, se é certo que falta a lei ordinária a cumprir a ordem constitucional, indicando as hipóteses e a forma em que a escuta telefônica pode ser autoridade pelo juiz, não falta a Convenção Internacional, já incorporada ao direito interno, pelo qual o Brasil se obrigou a colaborar no combate ao Tráfico de entorpecentes e drogas afins.

14. Assentadas essas premissas acerca do alcance do disposto no inciso XII do art 5º da Constituição, poderia concluir pela inorrência de ofensa ao direito do cidadão a ensejar concessão do HC impetrado, tendo em vista que na espécie não teria havido utilização de prova obtida por meios ilícitos, vedada pela Constituição no inciso LVI do mesmo art. 5º, a contaminar a prova inteira, prova essa que o ilustre TRF da 4ª Região entendeu apta a embasar a procedência da ação penal impondo ao paciente as penas dos arts. 12 e 18, I e III da Lei nº 6.368/76, ao confirmar sentença do Juiz da 8ª Vara da Justiça Federal de Porto Alegre.

15. Contudo, o eminente relator concluiu pela imprestabilidade da prova dada à ilicitude da sua obtenção, uma vez que falta a lei enumerativa das hipóteses e forma permissiva da autorização judicial.

16. Divergindo de S. Exª entendo que a hipótese está prevista na própria Constituição ao

capitular o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins como delitos inafiançáveis e insuscetíveis de graça e ate anistia, que a autorização judicial não foi ilegal ou arbitrária, e, em consequência, não pode considerar-se ilícita a prova obtida; de mais a mais, a apreensão de 750 gramas de cocaína na casa do investigado pela polícia e cujo telefone foi liberado por autorização judicial revela, à evidência, que a solicitação policial não era infundada e que a autorização judicial não foi arbitrária,

17. Pelo ofício 173/90, de 7 de agosto de 1990, o Delegado de Tóxicos pediu ao Juiz de Direito a escuta de dois aparelhos telefônicos, em requerimento do seguinte teor:

“Agentes deste Órgão, atualmente, investigam quadrilha de criminosos que traficam substâncias tóxicas com ramificações em Porto Alegre, São Leopoldo e Novo Hamburgo.

Apurou-se que toda a ação delinqüencial é articulada pelo indivíduo de nome DEMERVAL MUCILLO TRAJANO, tendo como um dos polos de contatos em suas atividades os telefones de prefixos 40.76.10 e 40.19.59, mas, os integrantes número e nomes, desta sociedade criminosa, ainda, são desconhecidos; tratam-se de quadrilheiros organizados que possuem todos os meios para o implemento de seus atos ilícitos.

Assim deduzido, para chegar-se ao fim e ao cabo das investigações e para a adequada aplicação da lei, represento a Vossa Excelência a desconexão dos aparelhos telefônicos supracitados, polos de contatos dessa sociedade criminosa.”

O Juiz de Direito deferiu o pedido. A ordem se não encontra nos autos, se não estou enganado, mas foi dada, como se vê do ofício 1.014/90, de 9 de agosto de 1990, dirigido ao Diretor do CRT, *verbis*:

“Valho-me do presente, para solicitar a Vossa Senhoria, as necessárias providências, no sentido de que seja procedida a desconexão dos aparelhos telefônicos sob os nºs 40.76.10 e 40.19.59, conforme solicitado em ofício nº 173/90, pelo Delegado Titular da Delegacia de Tóxicos.”

Pelo ofício 178/90, de 14 de agosto de 1990, o mesmo Delegado pediu a escuta telefônica

em substituição à desconexão que antes pedira e fora deferido, em requerimento deste teor:

“Em 07 de agosto andante solicitei a escuta telefônica dos aparelhos de prefixos 40.76.10 e 40.19.59, o que foi deferido, conforme faz certo o documento judiciário de nº 1.024/90.

No entanto, ali foi deferido dupla desconexão enquanto na verdade pretendia e pretendendo a escuta (o que é a mesma coisa tecnicamente, apenas que a segunda modalidade é instantânea e a primeira tem-se o resultado no fim do dia, acarretando prejuízos à investigação aquela medida já deferida.”

Ainda em agosto, o Delegado pediu a escuta do aparelho 44.13.41, que foi deferida, ofício 1.095/90, de 24 de agosto de 1990, ao Delegado de Tóxicos.

Em Dezembro de 90, foi pedida a escuta dos aparelhos 40.40.37 e 40.79.10, ofícios 1.723 e 275/90, também deferida por quinze dias, ofícios 1.722 e 1.723, de 30 de dezembro.

O requerimento do Delegado de Tóxicos pode não ser um modelo a figurar em formulários muito apreciados pelos que se inciam no foro, mas diz o necessário para ser entendido e apreciado; é breve, mas claro; contém a exposição do fato e formulação do pedido.

18. A decisão do Juiz não figura nos autos, pelo menos não a encontrei no exame que fiz de suas peças. Mas dessa decisão deu ele ciência à CRT, Ofícios 1.024, de 9 de agosto, 1090, de 23 de agosto e 1.723, de 30 de dezembro, e ao Delegado de Tóxicos, Ofícios 1.059, de 15 de agosto, 1.095, de 24 de agosto e 1.722, de 30 de dezembro. Não posso opinar, por conseguinte, se a decisão esta bem fundamentada, suficientemente fundamentada ou deficientemente fundamentada.

O que me parece certo e incontestável é que o Delegado não foi leviano ao requerer autorização, nem o Juiz foi afoito e precipitado ao deferir a escuta, pois não há dúvida que o principal suspeito, nominalmente indicado, foi preso tendo em sua casa regular quantidade de cocaína que um dos comparsas confessou haver adquirido na Bolívia, cidade de San Matias. Trata-se de um dado inequívoco. De modo que não me parece razoável se despreze sumariamente todo o trabalho de polícia, que se processava há meses, e se considere tudo vi-

ciado ilícito e imprestável. O mínimo que se pode dizer é que a polícia não estava equivocada no rumo do trabalho que vinha desenvolvendo.

19. Quando o Delegado de Tóxicos de Porto Alegre, em 7 de agosto de 1990, se dirigiu ao Juiz solicitando a escuta dos telefones, cujos números ele indicava, ambos pertencentes ao ora paciente, ele não estava dando um tiro na lua. Ele dizia que agentes da Delegacia de Tóxicos investigavam quadrilha de traficantes de substâncias com ramificações em Porto Alegre, São Leopoldo e Novo Hamburgo, e que ficara apurado que

“toda a ação delinqüencial é articulada pelo indivíduo de nome Dermeval Mucillo Trajano, tendo como um dos polos de contactos em suas atividades os telefones de prefixos 40.76.10 e 40.19.59.”

20. Investigações, que muitas vezes se prolonguem por meses, pouco se documentam, embora possa haver documentos de alguns fatos, mas esse documentário há de ser fragmentário e desconexo, antes de encerrado, normalmente um acervo de informações colhidas de pessoas que nem sempre sabem o valor das informações que estão dando, informações essas que vão sendo costuradas, aproveitadas umas, desprezadas outras; o trabalho policial tem alguma semelhança com a investigação científica; ao caso de ana pode resultar em nada; as vezes, procurando uma coisa encontra outra e quando menos se espera; ou se confia ou não se confia no trabalho policial, que, como sabido, é precário, defectivo, pouco reconhecido e menos estimado; depende de aca-sos felizes e quantas vezes naufraga em frustrações lamentáveis no momento de concluir; pretender que a autoridade policial tenha de apresentar ao Juiz um trabalho perfeito e acabado para solicitar-lhe autorização a fim de realizar escuta telefônica, importa um desconhecer as condições em que se realiza a investigação policial.

21. De outro lado, a ordem do Juiz não pode deixar de ter fundamentação discreta, porque dificilmente ele disporá de seguros elementos de convicção; ele se defrontará com hipóteses, que a autoridade policial lhe apresenta; as próprias hipóteses podem vir a revelar-se in-

subsistentes; é um terreno extremamente delicado, no qual se defrontam o direito ao sigilo da conversa telefônica e o dever de autoridade de investigar e apurar a prática de crimes, hediondos ou não. No fio da navalha há de encontrar-se ora a autoridade policial, ora o magistrado. Os antecedentes dos envolvidos, o tipo de atividade a que dedicam, circunstâncias variadas hão de orientar o magistrado em sua decisão. A ordem do Juiz a que alude a Constituição há de fundar-se em uma possibilidade razoável. A autorização judicial para que a escuta se faça, licitamente, tem o caráter de providência cautelar, em cujo processo há sempre um juízo de probabilidade, José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, 1965, IV, n.º 915, p. 15. Aludindo, após, ao seqüestro e à hipoteca legal, notava o saudoso jurista que essas medidas tinham como pressuposto a imputação provável, op. cit. n.º 918, p. 20.

22. Penso que a respeito da ordem judicial — e a Constituição não fala em decisão, nem mesmo em despacho, mas em ordem — não descabe o emprego da mesma observação, penso eu que ela há de fundar-se em um juízo de probabilidades. O Juiz poderá acertar ou errar, mas dificilmente os elementos de que dispuser lhe permitirão ir além do plano das possibilidades, especialmente na fase da instrução. No caso concreto, a suspeita foi confirmada e os meses de investigação que antecederam a escuta foram placitados pelos resultados obtidos.

23. Não me parece que o STF possa ou deva conceder HC em favor de traficante comprovado, quando a sua condenação nem sequer se deveu à escuta telefônica, como acentuado no voto do Juiz Pargendler, que no TRF considerou ilegal a escuta, a qual vale repetir, foi solicitada pela autoridade policial e deferida pela autoridade judicial.

24. Não esqueci a advergência de Rui Barbosa, segundo a qual as formas tutelares do direito “cessarão de proteger os inocentes, quando não protegerem indistintamente os acusados”, Obras Completas, XXV, 1898 t. V, p. 223. No caso vertente, ao qual me cinjo, a escuta, solicitada pela autoridade policial e autorizada pela autoridade judicial, veio a con-

firmar a seriedade do pedido. Não sei se a Constituição fez bem em repetidamente aludir ao problema dos entorpecentes; mas, bem ou mal, ela assim o fez, evidenciando a mais não poder a sua hostilidade a esse impressionante flagelo dos nossos tempos, que desafia, às vezes com vantagem, os países organizados, que dizer de países onde os serviços policiais, tradicionalmente abandonados e malquistos, deficientes e claudicantes, miseravelmente equipados, estão em inferioridade manifesta em relação às poderosas organizações nacionais e internacionais, que se dedicam ao tráfico de entorpecentes? Penso que, na hipótese em exame, foi atendida a ordem constitucional.

25. Assim, ainda que a escuta telefônica para fins de investigação criminal ou instrução processual penal de crime considerado hediondo pudesse ser considerada ilegítima, o fato é que outras provas existem e que não são decorrência da escuta. De modo que, no caso, não se pode falar nos frutos da árvore venenosa, “fruits of the poisonous tree” e tanto assim é que quando o Delegado pediu autorização ao Juiz, para proceder à escuta telefônica, já estava sob investigação quadrilha de traficantes de substâncias tóxicas com ramificações em Porto Alegre, São Leopoldo e Novo Hamburgo, e era indicado o nome do chefe da ação delituosa, exatamente o paciente neste HC. Daí por que não me parece seguro concluir que, quando a escuta tivesse sido ilegal e, por conseqüência, ilícita a prova obtida por seu intermédio, toda a prova ficasse contaminada e imprestável. Como os autos revelam que há fatos relevantes anteriores e posteriores à escuta, não vejo como uma prova que venha a ser considerada ilegal possa contaminar outras, mesmo que anteriormente produzidas. Foi como votou o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO; tendo concordado com a tese da ilegalidade da escuta, sustentada pelo Ministro Relator, indeferiu o “habeas corpus”, tendo em vista as demais provas; nesse sentido citou passagens dos votos dos ilustres juizes do TRF da 4ª Região. Também o parecer do Ministério Público salienta que a decisão condenatória não se funda apenas no resultado da escuta, mas em outros elementos idôneos, fls. 111. Ao demais, para deferir este pedido de

“habeas corpus”, tal como formulado, teria de examinar toda a prova dos autos, afim de separar as que fossem eventualmente contaminadas por suposta ilegalidade da escuta telefônica, valorar cada uma delas, saber se seria o caso de absolvição por insuficiência de provas ou de condenação. Este procedimento não é tarefa a ser executada em sede de “habeas corpus”, segundo pacífica jurisprudência desta Corte.

26. Assim, pelas razões expostas, peço licença para, divergindo do brilhante voto do eminente Ministro Relator e dos que o seguiram, conhecer do pedido, mas indeferir a ordem. No caso, considero legítima a escuta telefônica autorizada pelo Juiz; além disso, entendo que o “habeas corpus” não é meio idôneo para fazer-se a classificação, qualificação e reavaliação das provas produzidas na ação penal, verificar o que se relacionou com a escuta e o que foi obtido antes dela e sem relação com ela.

Indefiro a ordem. É o meu voto.

VOTO

O Senhor Ministro Celso de Mello — Impõe-se destacar, como expressiva conquista de direitos assegurados àqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável 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* Rivista di Di-

ritto 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, *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 imposterável 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 jurídica 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 (“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 sa-

ber 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, levam 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 prova 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.

À 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 inadmissibilidade, 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 ab-

soluta 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 a prova inadmissível, não a considera 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 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 — impõe-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 conversas telefônicas. Essa providência excep-

cional 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 *numerus 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 conversas 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 consequências 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 processual 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*, 110/768).

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 atestam 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 provatória 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 sã 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 denuúncia, assim como na fundamentação nas decisões condenatórias.

Dada essa patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subsequenteamente colhidas, não é possível, apegar-se a essas últimas — frutos da operação ilícita inicial — sem, de fato, emprestar 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 imprestável 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, indique as hipóteses e defina a forma com que se executará essa grave providência.

Sem a lei, revela-se irrita 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 vênha para, acompanhando o magnífico voto do em. Relator, *deferir* o pedido de *habeas corpus*.

É o meu voto.

VOTO

O Senhor Ministro Sydney Sanches — Sr. Presidente, o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal diz que “*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*”.

Por outro lado, o inciso LVI do art. 5º considera “*inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito*”.

Sendo assim, uma condenação criminal não pode se apoiar exclusivamente em gravação de conversa telefônica, se não tiver sido (a gravação) autorizada, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida pela lei.

No caso, porém — e isso ficou bem esclarecido nos votos dos eminentes Ministros Carlos Velloso e Paulo Brossard —, a condenação não se apoiou apenas na gravação, mas em todos os demais elementos de convicção interpretados na sentença e no acórdão que a manteve.

Não é nula, pois, a condenação, já que encontrou apoio nas provas lícitas com que foi justificada.

Pouco importa que tais provas só tenham sido possíveis, depois da alegada violação ilícita do sigilo telefônico.

Por essa violação, se realmente ocorreu, pode até, eventualmente, ser responsabilizada a autoridade que a praticou ou ordenou. Mas nem por isso ficarão invalidadas todas as demais provas posteriormente obtidas.

A não ser assim, poderá ocorrer hipótese como esta: a Polícia grava, ilicitamente, uma conversa telefônica, e com isso toma conhecimento de que o marido foi o autor do homicídio, que vitimou sua mulher, e cujo corpo estava desaparecido. Diante disso, a Polícia realiza diligências e consegue localizar o corpo da vítima, verifica, pericialmente, que foi atingida por disparos de arma de fogo, identifica o revólver, localiza-o em poder do marido, procede aos exames necessários e verifica que os projéteis encontrados na vítima, procederam daquela arma, que apresentava resíduos dos disparos recentes. Em seguida, obtém depoimentos de testemunhas que viram o marido, em companhia da mulher, num carro, assistiram à discussão entre o casal, viram o marido efetuar os disparos, viram a vítima cair fora do veículo, viram-no levá-la para dentro do carro, fugindo, em seguida, com o automóvel e a vítima, para lugar ignorado. Tais testemunhas reconheceram o acusado e a vítima. O marido confessa, perante a Polícia e em juízo, que realmente matou a mulher, dizendo, inclusive, quais foram os motivos. Em juízo tudo se repete.

E, no entanto, não se poderia apoiar a con-

denação em todas essas provas, minuciosas e cabais, só por que o fio da meada foi uma prova ilícita, como a gravação telefônica não autorizada?

Penso que não foi esse o propósito do legislador constituinte, ao considerar inadmissíveis, no processo, apenas e tão-somente, as provas ilícitas, e não as provas lícitas obtidas paralelamente, posterior ou anteriormente.

Peço vênia, pois, ao eminente Relator e aos Ministros que prestigiaram seu douto voto, para acompanhar os votos dos eminentes Ministros Carlos Velloso e dos que o seguiram, indeferindo o *habeas corpus*.

VOTO

O Senhor Ministro Néri da Silveira — Sr. Presidente. Não há dúvida de que a questão jurídica, que decorre do exame do inciso das comunicações telefônicas, tem extraordinário relevo em nosso sistema constitucional. O eminente Ministro Paulo Brossard bem anotou os assentos constitucionais anteriores a propósito do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e mesmo das comunicações telefônicas.

Penso, todavia, que, no caso concreto, ao que depreendi do relatório e debates, a sede de discussão não está propriamente no inciso XII do art. 5º, mas, sim, no inciso LVI do mesmo artigo da Lei Magna, onde se estipula:

“LVI — são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

Cuida-se, aqui, de saber se o paciente foi condenado com base em provas suficientes e não obtidas por meios ilícitos.

Afirma-se, de um lado, que há provas ilícitas, obtidas por escuta telefônica, sem obediência à Constituição, eis que não é legítima a autorização judicial, havida na espécie, porque o dispositivo maior não se implementou com a edição da lei regulamentadora prevista no inciso XII, do art. 5º mencionado.

O eminente Ministro Paulo Brossard sustenta a tese, segunda a qual, em se cuidando de determinados crimes, há de entender-se que essa autorização já decorre do texto constitucional. Há ainda invocação, no particular, do art.

57, II, letra “e”, da Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962, o Código Brasileiro de Telecomunicações, onde se estabelece não constituir violação da telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

O que faltaria, no caso concreto, para aplicação do dispositivo constitucional? Há norma legislativa a prever autorização judicial, onde se estabelece que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste (Lei nº 4.117/1962, art. 57, letra “e”). O que faltaria é exatamente a enumeração das hipóteses e a definição da forma por que isso ocorreria. Em verdade, o sistema da nova Constituição reduziu a possibilidade da escuta telefônica, ao prever essa disciplina, não constante da Lei nº 4.117/1962. Antes, não havia exigência de essa escuta se dar em determinados casos previstos em lei; bastava que o juiz a autorizasse, que houvesse uma requisição judicial ou intimação desse, como está no art. 57, II, letra “e”, da citada Lei nº 4.117/1962. Agora, exige-se a enumeração dos casos, em que possível a autorização judicial, “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

O ilustre Ministro Paulo Brossard, em seu douto voto, sustentou que já determinadas hipóteses, todavia, em que a autorização legislativa seria insuscetível de dúvida, referindo-se aos casos dos crimes a que alude o inciso XLIII do art. 5º, da Constituição, que estabelece: “XLIII — a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

Penso que, considerada a “quaestio juris”, sob o ponto de vista formal, não seria possível chegar a conclusão com essa abrangência do eminente Ministro Paulo Brossard, embora esteja de inteiro acordo com S. Ex^a, de “lege ferenda”, quanto aos crimes a que alude, entre eles, o de tráfico de entorpecentes, que não poderiam deixar de incluir-se na enumeração legal prevista no inciso XII do art. 5º da Constituição.

Certo é, entretanto, que a Constituição exige a enumeração, “em lei”, dessas hipóteses, não se havendo, ainda, editado o diploma em apreço.

A questão, a meu ver, como disse inicialmente, não está, entretanto, para a solução deste pedido, no inciso XII, do art. 5º, da Lei Magna, mas, sim, no inciso LVI, do mesmo artigo.

Pergunta-se: as provas vindas aos autos são inadmissíveis, são ilícitas e, assim, não podem servir de base à condenação imposta ao paciente?

Em primeiro lugar, é necessário considerar que a condenação não resultou exclusivamente das provas obtidas pela escuta telefônica. Como ouvi do voto do ilustre Ministro Carlos Velloso, houve apreensão, em poder do paciente, ou dos co-réus, de 750 gramas de cocaína. A vinculação entre os co-réus, ao que compreendi do mesmo voto, está demonstrada pelos demais elementos de prova colhidos.

“Data venia”, penso que outras provas não cabe deixar de considerá-las, sob pena de se chegar a uma conclusão: o Supremo Tribunal Federal proclamaria neste julgamento que todos os processos de tráfico de entorpecentes, posteriores à Constituição, em que houve escuta telefônica, são nulos, porque a ilicitude dessa prova contaminaria todas as provas subsequentes do processo.

Ora, como destacou o eminente Ministro Paulo Brossard, entre os crimes que mais preocupam a ordem constitucional vigente, e mesmo a ordem internacional, situa-se o tráfico de entorpecentes. Comprovado como está, no caso concreto, e, pois, insuscetível de qualquer dúvida, que os co-réus tinham em seu poder a substância entorpecente que foi apreendida, não é possível afirmar que não há prova suficiente para manter a condenação, ou, em outros termos, que, por via de “habeas corpus”, em processo sumaríssimo de “habeas corpus”, seria de decretar a nulidade do processo, tão-só porque houve escuta telefônica, não obstante autorizada judicialmente. Na espécie, consoante ponderou o ilustre Ministro Carlos Velloso, referindo o parecer da Procuradoria-Geral da República, a decisão condenatória censurada encontra apoio em outros elementos probatórios, além dos resultantes da “degravação” da escuta telefônica.

Com efeito, não é inadmissível, “data venia”, em hipótese como a dos autos, acolher entendimento que conduza à anulação de processo com absolvição dos acusados, em que a substância entorpecente foi encontrada em poder dos réus, e numa quantidade realmente comprometedora, a indicar tráfico de entorpecente. Segundo compreendi dos debates, a autoridade policial solicitou autorização à autoridade judicial competente, para a escuta telefônica, a partir de investigações que precederam à escuta telefônica autorizada. Ora, isso é elemento a indicar que as investigações levadas a termo por agentes policiais precederam à escuta telefônica, que já se dirigiu, à vista de nome, antes apurado, de suspeito. Foi a partir daí que ocorreu solicitação ao juiz para ser autorizada a escuta telefônica. No interesse de quem? No interesse precisamente da sociedade, no interesse da apuração dos fatos. A “escuta telefônica” veio confirmar o que já estava na investigação prévia.

Ora, o processo criminal não é um ente abstrato, mas, sim, instrumento para apuração do crime, dos fatos, da autoria do ilícito. Exato é não se admitir que isso aconteça por qualquer meio, arbitrariamente, com constrangimento à liberdade. A lei, para tanto, o disciplina. A autorização judicial, para determinadas providências de investigação, há de significar, em princípio, salvo prova em contrário, que a autoridade policial se empenha, na apuração do crime, com respeito aos ditames da lei, máxime em se tratando de delitos de tão intenso poder ofensivo à sociedade.

Penso que o exame teórico da questão não pode conduzir, em princípio, a ter-se como nenhum, como inválido, processo em que outras provas e, notadamente, uma prova que é insusceptível de dúvida, qual seja, a apreensão da substância entorpecente em poder dos co-réus, confirmam a materialidade e a autoria do ilícito.

Cumpra, ademais, ter presente, no exercício da jurisdição, que se está a examinar um caso concreto, e não a discutir, academicamente, uma tese, uma “quaestio juris”. Um processo complexo, com múltiplas provas, não é, “data venia”, admissível que, sumariamente, em “habeas corpus”, seja anulado, tão-somente,

a partir da consideração teórica de que se teria apurado uma prova, por meio ilícito, não obstante a autorização judicial diante da situação concreta. Não é cabível, com a devida vênia, que o Supremo Tribunal Federal firme solução a tese dessa gravidade, no sentido de anular o processo condenatório, mesmo existindo outras provas, inclusive a apreensão da substância entorpecente em poder do traficante.

Sr. Presidente. Meu voto é no sentido de indeferir o “habeas corpus”, acompanhando o voto do Senhor Ministro Carlos Velloso e dos que o seguiram, com a vênia devida ao ilustre Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves — Sr. Presidente, o que está em causa, neste *habeas corpus*, é o alcance do inciso LVI do art. 5º da Constituição, o qual reza: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Como se vê, não diz esse dispositivo que são nulos os processos em que haja prova obtida por meios ilícitos. Portanto, se num processo houver provas lícitas e provas ilícitas, a ilicitude destas não se comunica àquelas para que se chegue à absolvição por falta de provas, ou se anule o processo pela ilicitude de todas as provas produzidas.

A prevalecer a tese dos que estão concedendo o *habeas corpus*, ter-se-á que a descoberta, por escuta telefônica ilícita, de uma pista que conduza à descoberta de uma poderosa rede de traficantes de droga, com a obtenção de provas cabais do tráfico, impossibilitaria, em última análise, que tais traficantes fossem condenados porque — como ocorre no caso, — a pista que conduziu àquela descoberta foi obtida por meio ilícito que contamina todo o processo posterior, transformando-se ela num verdadeiro *bill* de indenidade para esses criminosos. Até a confissão em juízo feita por eles estaria contaminada pelo vício da escuta telefônica inicial. O absurdo dessa conclusão, com a devida vênia, demonstra a erronia da premissa. Mais, Sr. Presidente: a adoção de tese dessa natureza por esta Corte vai permitir que se

subornem maus policiais para que simulem escutas telefônicas ilícitas, com a posterior declaração deles de que se utilizaram desse meio para a descoberta do crime, o que invalidará o processo judicial posterior por essa pretendida contaminação.

Por outro lado, Sr. Presidente, é de manifesta evidência que a legislação que estabelecer as hipóteses em que a escuta telefônica será lícita terá necessariamente de incluir a dos crimes hediondos, como o é o crime relativo a este *habeas corpus*.

O certo, Sr. Presidente, é que, na espécie, há provas lícitas da prática do crime, e estas, até pela letra simplesmente do inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, não podem ser invalidadas pela ilicitude de uma escuta telefônica que não é sequer prova do crime, mas pista para a apuração das suas existência e autoria.

Com a devida vênia dos que entendem em contrário, indefiro a ordem.

VOTO

O Senhor Ministro Octávio Gallotti (Presidente): — Srs. Ministros, também considero que a ilicitude da quebra de sigilo não pode ter a consequência de nulificar tudo aquilo mais que se venha a obter de prova e possa servir à instrução do processo e ao convencimento do juiz. E muito menos, em *habeas corpus*, havendo, como há, no caso presente, outras provas a corroborar o resultado da investigação impugnada, não penso que se possa empreender um amplo reexame dessas provas para concluir sobre o seu caráter, decisivo ou não, na condenação proferida contra os denunciados.

É por isso, em síntese, que estou de acordo com os votos dos Ministros que indeferiram a ordem.

EXTRATO DA ATA

Habeas Corpus nº 69.912-0 — Origem: Rio Grande do Sul. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Paciente: Lourival Mucilo Trajano. Impetrante: Aluísio Martins. Coator: Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Decisão: Após os votos dos Ministros Relator, Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, deferindo o pedido de “*habeas corpus*”, e do Ministro Carlos Velloso, indeferindo-o, o julgamento foi adiado, em virtude de pedido de vista dos autos, formulado pelo Ministro Paulo Brossard. Ausentes, justificadamente, os Ministros Moreira Alves, Octávio Gallotti e Celso de Mello. Procurador-Geral da República, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, na ausência ocasional do Vice-Procurador-Geral, o Dr. Moacir Antonio Machado da Silva. Plenário, 25.03.93.

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal indeferiu o pedido de “*habeas corpus*”, vencidos os Ministros Relator, Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello, que deferiam. Votou o Presidente Relator para o acórdão o ministro Carlos Velloso. Plenário, 30.06.93.

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

Subprocurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza. Luiz Tomimatsu — Secretário.