PROIBIÇÃO DE ESTACIONAMENTO DE VEÍCULO — PROVA ILÍCITA —
INCONSTITUCIONALIDADE

“I. Interceptação telefônica: prova ilícita, salvo “autorização judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, a qual, porém, só se tornou admissível a partir da Lei 9.296/96, que lhe enumerou as hipóteses e a forma, como reclamado pelo art. 5º, XII, da Constituição: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal (HHCC 69.912, 73.351, 78.588).

II. Prova ilícita: da regra constitucional de sua exclusão do processo resulta — segundo decisões majoritárias do STF (HHCC 69.912, 73.351, 78.588), a última, por maioria absoluta — a contaminação das provas dela derivadas (fruits of the poisonous tree) e a invalidação da sentença que as tenha por fundamento necessário: a exclusão da prova ilícita e de suas derivações, contudo, não afeta a validade da sentença condenatória, de cujo contexto lógico se possa afirmar a suficiência das provas legítimas e daquelas independentes.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Habeas Corpus n 76.641

Paciente: Luiz Antonio Martins Carneiro

Paciente: Maria Elena dos Santos

Impetrante: Neuza Pesci Galves

Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Relator: Sr. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 1º de dezembro de 1998.

MOREIRA ALVES — PRESIDENTE

SEPÚLVEDA PERTENCE — RELATOR

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — Habeas corpus contra a condenação do casal de pacientes, condenados por sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça por infração do art. 12 da Lei de Entorpecentes: funda-se a impetração — com base na invocação da jurisprudência do Supremo Tribunal, comentada e endossada por Luiz Flávio Gomes — na ilicitude da prova oriunda de interceptação telefônica — objeto de inde-

vida autorização judicial, porque anterior à lei que a disciplinaria, conforme o art. 5º, XII, da Constituição — e, conseqüentemente, das demais provas dela derivadas e contaminadas por sua ilegitimidade.

Depois de analisar as gravações de escuta e de buscar relacioná-las ao flagrante e ao restante da prova, conclui a impetrada — f. 20:

“O uso da prova ilícita, ou qualquer que dela derive, no processo crime, é ineficaz, o ato decisório que nela se baseou está eivado da mais absoluta nulidade.

Não houvesse a interceptação telefônica, não teria a polícia conseguido prender o réu.

O Delpol falou de voz orgulhosa, em juízo, que há quinze anos trabalha em Campinas e sabe que o réu é traficante, e os policiais pediram para que ele conseguisse a “escuta”, para lograr prender o réu, doc. 78. O Delpol nunca conseguiu prender, ele mesmo atendeu o pedido de escuta requerido pelos policiais, por causa dessa impossibilidade de chegar até o réu. (doc. 77).

O reconhecimento da importância da interceptação ocorrida, está em todas as oportunidades, desde o Auto de Prisão, até o V. Acórdão do E. TJSP, e discutido em detalhes mostra que a prisão ocorreu, em face a escuta realizada.”

A questão da ilicitude da prova foi repelida pela sentença de primeiro grau, mediante a colação de acórdão segundo o qual a tutela do sigilo de correspondências e comunicação “*não pode ser colocada para a proteção de atividades criminosas e ilícitas*” (f. 121).

De sua vez, para afastar a mesma alegação, acentuou o acórdão considerar da jurisprudência da Câmara “*ser a escuta possível de acordo com o Código Brasileiro de Comunicações*”. Cita precedente (ApCr 186405), no qual — após a transcrição do art. 5º, XII, da Constituição, se lê:

“... o dispositivo constitucional enfocado mais não fez do que consolidar o que antes já se aplicava.

Era relativamente inviolável a comunicação telefônica. Admitia-se nas hipóteses agora consagradas pelo dispositivo constituo-

nal. Dependia de autorização judicial e para finalidade plenamente justificável.

A Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) em seu artigo 44, garantia a inviolabilidade da telecomunicação. Seu art. 56 contém o mandamento proibitivo (crime de violação de telecomunicação). Já o artigo 57 estabelece hipóteses de não configuração do crime de violação de telecomunicação. Dentre elas, o caso de interceptação de conversa telefônica por ordem judicial.

Ora, o mandamento constitucional previu a interceptação de conversa telefônica quando feita com ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Nada mais seria necessário.

A escuta telefônica teve em mira investigação criminal acerca do gravíssimo delito de tráfico ilícito de cocaína, houve autorização judicial para a mesma; a hipótese é prevista no Código Brasileiro de telecomunicações (Lei nº 4.117). ”

Acrescenta a decisão ora impugnada — f. 148:

“Não fosse assim, observa-se que a escuta telefônica serviu apenas para reforçar as suspeitas sobre as atividades ilícitas dos apelantes e não foi graças a ela que ocorreu a prisão em flagrante. O desfecho condenatório baseou-se muito mais nessa prisão, na apreensão de cocaína no carro dos réus, exame pericial da droga, anotações encontradas na casa dos apelantes e na boa prova oral colhida nas duas fases do procedimento.”

O Ministério Público Federal, pelo II. Subprocurador Cláudio Fonteles, ofereceu parecer resumido nesta ementa — f. 407:

“1. No caso, não há que se falar em condenação lastreada em prova ilícita.

2. A interpretação corroborou uma indefinida situação de tráfico de drogas.

3. No contexto de diligências encetadas, sem relação direta com a escuta, aconteceu a descoberta do ilícito. Situação não amparada pela jurisprudência do S.T.F., que inválida definição judicial condenatória lastreada, totalmente em prova ilícita.

4. Indeferimento do pedido.”

Entendi prudente requisitar os autos do pro-

cesso principal, à vista dos quais reiterou a Procuradoria-Geral o seu parecer pela denegação da ordem (f. 416).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — (*Relator*): A não recepção pelo art. 5º, XII, da Constituição, do art. 57 do Código de Telecomunicações não acarretou divergências no Supremo Tribunal.

No primeiro julgamento em Plenário do HC 69.912, de 25.3.93, ninguém acolheu a tese da recepção: o em. Ministro Paulo Brossard mesmo — o único que julgou válida a autorização judicial então questionada — não o fez com base na lei antiga, mas sim, essencialmente, por entender que o crime de tráfico de entorpecentes — objeto de enfática preocupação repressiva na Constituição — não poderia deixar de ser incluído entre as hipóteses para a investigação das quais se admitiria a interceptação telefônica (STF — Lex 183/290, 310 ss). E o consenso em torno da inexistência da necessária lei regulamentar da autorização judicial da escuta esteve implícito nos casos subsequentes em que o tema voltou a agitar o Plenário (v.g., HC 73.351, 9.5.96, Galvão; HC 72.588, 12.6.96, Corrêa).

O que dividiu o Tribunal foi a adoção ou não da doutrina americana da exclusão dos *fruits of the poisonous tree*, ou seja, a da contaminação das provas derivadas daquela ilicitamente obtida: depois de inconcludentes a respeito os dois julgamentos do HC 69.912 (Lex 183/290 e 186/350; RTJ 155/508), a tese veio a ser acolhida nas duas decisões posteriores mencionadas — HHCC 73.351 e 72.588, esta última, por maioria absoluta de votos, quando já vinha de ser promulgada a L. 9.296, de 24.7.96, cujo advento parece ter sido acelerado pela repercussão do julgado anterior.

De minha parte, continuo fiel à doutrina da contaminação das provas derivadas — tanto nos casos residuais de escuta não autorizada ou, antes da lei, invalidamente autorizada, quanto nos casos de provas decorrentes de

outro tipo de colheita ilegítima de informações criminais a exemplo da confissão prestada sob prisão ilegal ou sob tortura (v.g., HC 70.277, 1ª T, 14.12.93, Pertence, Lex 187/295; RTJ 154/58).

Aceita, em tese, a exclusão das provas contaminadas por derivação da prova ilícita, na sua aplicação, três hipóteses hão de ser consideradas:

— 1ª) que, efetivamente, decorram da prova ilegítima todas as demais — como prova não se reputando a habitual delação anônima que haja ocasionado a realização da prova ilícita —, caso em que a condenação — assim como nos precedentes invocados (HHCC 69.912, 70.277, 72.588, 73.351) — há de ser cassada, por falta de justa causa;

— 2ª) quando, havendo embora provas independentes da ilicitamente obtida e suas derivações, seja impossível, no *habeas corpus* ou no recurso extraordinário, afirmar que a condenação subsistiria, malgrado se fizesse abstração das últimas: caso em que a condenação, de fundamentação promíscua, há de ser anulada, a fim de outra proferir-se com a exclusão das provas ilegítimas;

— 3ª) finalmente, aquela em que, ao contrário, no contexto lógico do julgado, se possa afirmar a suficiência das provas independentes para lastrear a condenação, que, então, subsistirá validamente.

No caso concreto, os pareceres da Procuradoria-Geral acabaram por convencer-me de que ocorre essa última hipótese.

Este, o teor do primeiro — f. 408:

“Sustenta-se em que a condenação dos pacientes lastreou-se em prova ilícita pois que autorizada, judicialmente, escuta telefônica, sem ainda a legislação compatível, pois tudo se deu a partir de 7 de agosto de 1995.

Não é assim, *data venia*.

Colhe-se no depoimento do condutor, policial Giovani de Oliveira que, *verbis*:

“Que esta Delegacia teve conhecimento sobre indivíduo que atende pela alcunha de BERMUDA, traficante conhecido nesta cidade, há muitos anos, vindo de família que sempre trabalhou no comércio de substâncias entorpecentes; seu irmão NEIZINHO encontra-

se foragido com a sua prisão preventiva decretada, sua cunhada foi presa e autuada em flagrante delito por Policiais do DENARC de São Paulo quando mantinha sob a sua guarda mais de um quilograma de cocaína nesta cidade e foi condenada, estando atualmente presa na Cadeia Pública de Vinhedo.” (fls. 26/6, grifamos)

Portanto, pelo *desbaratamento inicial* de família dedicada ao largo tráfico de drogas — o irmão foragido e a cunhada presa — policiais dirigiram suas observações à pessoa do ora paciente.

É certo que, *também*, se valeram de autorização judicial para procedimento de interceptação telefônica, mas tal procedimento só veio a corroborar a situação que se fazia plausível: o paciente *sucedendo* seus familiares no tráfico de drogas.

Mas *não* se formou a acusação do casal por *esta situação*, mas *por fato*, que *não foi* *haurido* do procedimento interceptativo, senão inerente àquele estado de provável sucessor do paciente.

Com efeito, depondo o investigador Edison Doimo, ele diz, *verbis*:

“Que no dia de hoje, munidos de Mandado de busca e Apreensão para a residência de Bermuda, localizada na Rua Artur Segurato nº 366, Jardim Leonor, diligenciavam nas proximidades quando viram Bermuda e sua esposa saindo no interior de um veículo VE GOLF GTI CINZA PLACA BUW 8128 DE CAMPINAS/SP, quando efetuaram abordagem do veículo e em seus ocupantes, que com seus ocupantes nada foi encontrado, porém encontrado, porém sob o tapete do lado dianteiro (passageiro) foram apreendidos quatro papелotes de cocaína confeccionados de plástico transparente e lacrados com durex, diante desse achado, os ocupantes do veículo LUIZ ANTÔNIO MARTINS CARNEIRO e sua esposa MARIA ELENA DOS SANTOS receberam voz de prisão.” (vide: fls. 28, grifamos)

Como se vê, os policiais não sabiam que o casal portava cocaína. Iam para busca domiciliar que aliás não positivou presença da droga, mas anotações de endereços.

Na coincidência, e não porque previamente sabiam, de saída do casal, e em busca pessoal e em objeto é que *descobriram o ilícito*.

Por isso, o julgado colegiado, ainda que tenha divergido da orientação da Suprema Corte — o que realmente *não é* *admissível*, até porque sendo o tema de *clara índole constitucional* o dito pela Corte Suprema tem o timbre do *stare decisis* —, todavia trouxe, e *agora acertadamente*, em arrimo a seu decidir que, *verbis*:

“*Não fosse assim, observa-se que a escuta telefônica serviu apenas para reforçar as suspeitas sobre as atividades ilícitas dos apelantes e não foi graças a ela que ocorreu a prisão em flagrante*. O desfecho condenatório baseou-se muito mais nessa prisão, na apreensão de cocaína no carro dos réus, exame pericial da droga, anotações encontradas na casa dos apelantes e na boa prova oral colhida nas duas fases do procedimento. (Vide: fls. 389, grifamos)

Por considerar que ao caso não tem incidência o julgado avivado da Suprema Corte — fls. 4 e ss. — somos pelo indeferimento do pedido.”

Requisitados os autos originais, insiste o Dr. Cláudio Fonteles — f. 416:

“*No parecer anterior, dizíamos, verbis*:

“Como se vê, os policiais não sabiam que o casal portava cocaína. Iam para busca domiciliar que aliás não positivou presença da droga, mas anotações de endereços.

10. Na coincidência, não porque previamente sabiam, da saída do casal, e em busca pessoal e em objeto é que *descobriram o ilícito*. (vide: fls. 409)

E os documentos de fls. 13 e 14 do Apenso 1 tal corroboram.

O primeiro, datado de 19 de setembro de 1995, solicitava expedição do mandado de busca domiciliar, o que foi deferido por 10 dias.

O segundo, subscrito aos 3 de outubro é pleito por prorrogação, igualmente deferido.

É certo que desde 7 de agosto tinha-se a autorização judicial para a escuta telefônica (fls. 15), mas esta pouco, ou quase nada positivou, visto que como dissemos no parecer

retro — *itens 4/5 a fls. 408* — situação constatada de largo envolvimento dos familiares do paciente com o tráfico é que sobre ele direcionaram as investigações.

Veja-se que o flagrante foi propiciado, in-sisto, não pela busca domiciliar, *mas pessoal*, e deu-se na tarde do dia 5 de outubro de 1995 (fls. 06. Apenso 1), quando desde o dia anterior o telefone 2352125, sob escuta, já tinha novo número: o 2353784 (fls. 76 do Apenso).

A escuta telefônica autorizada judicialmente, no caso, não é a fonte primeira para as demais provas, mas *elemento de agregação a quadro, a situação real* — o largo envolvimento da família do paciente —, que assim se viu confirmada.”

Corretos os pareceres na análise do caso concreto, acolho-os integralmente e — sem prejuízo de minha convicção de princípio conforme a jurisprudência do Plenário — indefiro a ordem: é o meu voto.

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 76.641-7

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

PACTE.: LUIZ ANTÔNIO MARTINS CARNEIRO

PACTE.: MARIA ELENA DOS SANTOS

IMPTE.: NEUZA PESCI GALVES

COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. 1ª. Turma, 01.12.98.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

Ricardo Dias Duarte, Coordenador