

Supremo Tribunal Federal

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 19.03.99
EMENTÁRIO Nº 1 9 4 3 - 1

7

09/05/96

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 73351-4 SÃO PAULO

PACIENTE: JOSÉ PEREIRA DA ROSA

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA: **HABEAS CORPUS**. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **FRUITS OF THE POISONOUS TREE**.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal.

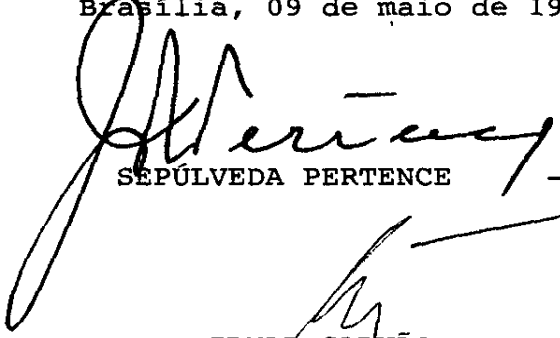
Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta.

Habeas corpus concedido.

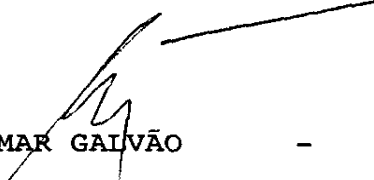
A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o pedido de **habeas corpus**, vencidos os Ministros Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves. Votou o Presidente. Declarou impedimento o Ministro Carlos Velloso.

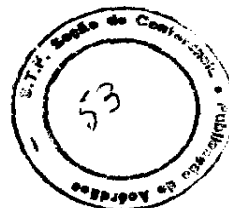
Brasília, 09 de maio de 1996.


SEPÚLVEDA PERTENCE

- PRESIDENTE


ILMAR GALVÃO

- RELATOR



09/05/96

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 73.351-4 SÃO PAULO

PACIENTE: JOSÉ PEREIRA DA ROSA

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (RELATOR): Trata-se de **habeas corpus** em que o alegado constrangimento ilegal, a que estaria sujeito o paciente, cuja condenação a 07 anos e 06 meses de reclusão, pela prática do crime do art. 12 c/c o art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, foi confirmada pelo acórdão, consistiria no fato de a prisão em flagrante haver resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida por despacho do Juiz Corregedor da Capital paulista, em afronta à norma do art. 5º, XII, da Constituição, a qual teria sido fundamental e decisiva para a apreensão da droga e prisão do paciente e dos co-réus.

Invoca, ao abono de sua tese, decisão plenária do STF, no HC nº 69.912, efetuando ampla transcrição dos votos majoritários, a partir do proferido pelo eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence.

À guisa de informações, veio aos autos cópia das principais peças do processo (fls. 264/287).

A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Wagner Natal Batista, opinou no sentido do indeferimento do **writ**, nos termos adiante transcritos (fls. 298/301):

"Apesar de já haver esta Corte Suprema



debatido a **quaestio juris**, temos que a questão deva novamente ser levada ao plenário, eis que as primeiras decisões foram tomadas em circunstâncias especiais, nas quais se observava o impedimento, de alguns Ministros. Assim é que cremos que a questão, ainda não pacificada, merece nova análise por parte do Colegiado, com vistas a assentar a orientação desta Casa.

Ressalte-se ainda, que a petição de fls. 02/28 não foi sequer assinada pelo doutor Carlos Mário da Silva Velloso Filho. Compulsando-se os autos percebe-se, **a priori**, que o nobre advogado, não atuou na ação penal, sendo de se corrigir a autuação.

Assim, há que se ter como impetrante, apenas, o Doutor Marcos Roberto Alexander, de forma a não se falar no impedimento, neste caso, do Ilustre Ministro Carlos Velloso.

Colocadas estas premissas, adentremos ao exame do mérito.

Efetivamente, a Constituição Federal consagra no artigo 5º em seu inciso XII a inviolabilidade das telecomunicações. Por outro lado, veda a utilização da prova ilícita no processo penal. Está claro, portanto, que a utilização da gravação da escuta telefônica como meio de prova está absolutamente proibida, mesmo que no caso haja autorização judicial, isto tudo porque ainda pende de regulamentação a questão da quebra desta inviolabilidade para os



casos de persecução penal, face à não recepção do Código das Telecomunicações como o autorizativo legal.

O que se está a questionar, aqui, é a possibilidade que esta prova teria, ou não, de contaminar todas as demais provas colhidas no bojo do processo.

A corrente adepta da tese **fruit of the poisonous tree** acredita que, havendo prova ilícita no processo, todas as provas colhidas posteriormente a esta, dela derivando direta ou indiretamente, estariam inequivocamente contaminadas, sendo nulo o processo desde a sua colheita.

A assertiva, **data maxima venia**, não deve encontrar guarida.

Com efeito, a adoção da tese citada teria, **data maxima venia**, efeitos terríveis: primeiramente haveria uma verdadeira avalanche de pedidos de **habeas corpus** em favor, principalmente, de traficantes já condenados em casos em que por um motivo ou outro se utilizou a escuta telefônica. A ordem, então, seria concedida, já que não caberia o exame de validade das outras provas. Anos e anos de investigação policial e muito tempo de trabalho das instâncias monocráticas seriam perdidos por conta de um tecnicismo exacerbado, longe da verdade real dos fatos. Corruptos agentes policiais, para conferir aos criminosos um

verdadeiro "atestado" de que não seriam condenados, procederiam à escuta telefônica justamente e apenas para o efeito de gerar aquela nulidade. Enfim, por uma omissão do legislador, que até agora não conseguiu regulamentar a matéria, anos a fio do trabalho do judiciário seria posto por terra, e pior, gerando intensos malefícios à sociedade.

Não se trata aqui, repise-se, de se admitir a valoração da prova ilícita no processo penal. De forma alguma.

O que se quer aqui dizer é que se existem provas autônomas, capazes por si só de convencer o juiz da autoria do crime, estas devem prevalecer pois traduzem a verdade real dos fatos, que afinal é o que se busca com a ação penal, que intenta, em última análise, resguardar a sociedade dos malefícios do crime.

A tese *fruit of the poisonouns tree*, teoricamente utilizada pelo direito norte-americano, não se enquadra na problemática do nosso direito processual penal. São dois mundos diferentes, em que as peculiaridades de cada cultura, de cada povo e das condições econômicas e tecnológicas de cada qual se chocam a cada minuto.

Aliás, a nem mesmo nos Estados Unidos esta tese foi definitivamente consagrada, eis que cada Estado Federado tem suas regras próprias.

Daí porque a questão deva ser estudada e

decidida **cum grano salis**. Os efeitos a serem gerados com a adoção da citada tese podem ser desastrosos. Criminosos, consabidamente perigosos terão de ser libertados, mesmo que tenham contra si colhidas provas válidas e robustas. Seria uma verdadeira incongruência."

É o relatório.

* * * * *



dfm

09/05/96

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 73.351-4 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (RELATOR): A denúncia oferecida contra o paciente e seus comparsas assim se expressa acerca da prova reunida quando do auto de prisão em flagrante (fls. 30):

"Policiais civis do DENARC (Departamento Estadual de Investigações sobre Narcóticos), mediante informações obtidas por intermédio da censura telefônica legal instalada na linha 298.7304, a qual estava sendo utilizada por José Costa nesta urbe, descobriram que chegaria até esta cidade uma grande carga de cocaína. José Medrade telefonou para José Costa em 03/12/1994 e combinou o transporte e o recebimento da droga que seria trazida para esta cidade, proveniente de Campo Grande/MS. Detalhou José Medrade que transportaria o entorpecente em meio a uma carga de papéis, num caminhão pertencente a José Costa, de placas com letras iniciais "I V".

Os traficantes combinaram que a droga, que estava depositada à disposição deles na origem, iria ser transportada pelo caminhão e passaria sobre a Ponte da Casa Verde na manhã do dia 04/12/1994, sendo que seria entregue para um

comparsa conhecido pela alcunha de "Zé Português", o qual deveria estar nas imediações daquele sítio, ali chegando de ônibus proveniente de Campo Grande/MS.

Policiais civis do DENARC, informados a respeito das combinações dos traficantes, foram até a Ponte da Casa Verde tentar interceptar o caminhão com o tóxico e viram um indivíduo descer de um ônibus da Viação Andorinha, vindo do Estado de Mato Grosso do Sul. Os policiais abordaram aquela pessoa e ficaram sabendo por ela que se chamava José Rosa e que estava ali esperando um amigo caminhoneiro.

Logo depois os agentes da autoridade viram o caminhão de placas IV-0648/SP passando na Ponte da Casa Verde, em direção à Avenida Rudge. Os policiais seguiram o veículo e por volta de 8h30min lograram interceptá-lo na confluência da Avenida Rudge com a Rua do Bosque. Em revista naquele caminhão, na carroceria os policiais encontraram e apreenderam oitenta e dois pacotes com cocaína.

(...)

Diante das evidências, o condutor do caminhão confessou que iria se encontrar com José Rosa, a quem faria a entrega da droga, que tinha sido trazida por ele de Campo Grande/MS. Flagrado, José Rosa também confessou que receberia a droga, informando mais que o derradeiro destino da cocaína era ser entregue

posteriormente a um homem de vulgo "Luizão", na divisa dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, que se encarregaria de transportar a droga até a Capital carioca, especificamente até a favela de Vigário Geral.

(...)

O caminhão utilizado para transportar a droga foi apreendido em auto próprio (fls. 11) e ficou elucidado que pertence ao denunciado José Costa (cf. documento de fls. 62), que o cedeu para o transporte da cocaína aos comparsas."

A sentença fez o seguinte relato sobre a prova reunida nos autos (fls. 36):

"Os acusados calaram-se na fase policial.
Em juízo negaram a imputação.

José Costa (fls. 142/143) confirmou ser proprietário do caminhão apreendido em poder de seu cunhado José Medrade, sendo que este último trabalha como motorista no transporte de mercadorias para diversos lugares do país. Soube que seu cunhado foi detido por policiais, alegando que ignorava o que era transportado no caminhão.

José Roque Medrade (fls. 162/163) disse ter deixado o caminhão em uma fábrica de papelão em Campo Grande, sendo informado que a carga era constituída apenas de papelão, de nada suspeitando. Deveria efetuar a entrega para um

tal de "Zé Português" em uma fábrica situada um pouco depois da Ponte da Casa Verde. Quando estava passando pelo local foi detido por policiais, os quais alegaram que ele estava transportando droga no caminhão.

José Pereira da Rosa (fls. 165/166) afirmou ter ido a Corumbá para visitar seus parentes, tendo retornado para São Paulo em um ônibus da Viação Andorinha. Próximo da Ponte da Casa Verde desceu do ônibus e foi abordado por policiais, que o conduziram ao outro lado da pista onde se encontrava um caminhão e seu motorista, que não conhecia até então. No Denarc foi informado que estava sendo preso por transporte de cocaína.

A versão dos acusados foi contrariada pela gravação magnética e pela prova oral, que bem os incriminam. (...) A bem sucedida operação policial foi encetada a partir da representação de fls. 203, onde o Delegado de Polícia do DISE requereu autorização para a censura na linha telefônica 298.7304 instalada à Rua Nova dos Portugueses, 307.

(...)

A prova oral confirmou integralmente o teor da gravação magnética. Neste sentido destaca-se o depoimento extenso e minucioso do investigador de polícia Marcos César Lima (fls. 432), no qual explica que a operação policial foi preparada a partir das informações obtidas na escuta telefônica.



(...)

Marcelo Alexandro, ouvido a fls. 502, estava nas imediações da Avenida Rudge quando foi solicitado por um investigador para acompanhar a apreensão de substância entorpecente. Subiu no caminhão e auxiliou a remover 82 pacotes contendo cocaína. Havia no local dois indivíduos algemados, sendo um deles o motorista do caminhão. Um dos indivíduos indicou aos policiais onde estava a droga, facilitando a sua retirada. Um deles disse que tinha conhecimento da droga encontrada no caminhão, sendo que o outro indivíduo não se manifestou na sua presença.

(...)"

Apreciando os fatos à luz da norma do art. 5º, XII, da Constituição Federal, discorreu o acórdão:

"Ora, 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 constitucional. Dependida de autorização judicial e para finalidade plenamente justificada.

A Lei 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), em seu art. 55, garante a inviolabilidade da telecomunicação. Em seguida,

o seu art. 56 contém o mandamento proibitivo (crime de violação de telecomunicação). Já o art. 57, estabelece hipóteses de não configuração do crime de violação da telecomunicação. Dentre elas, o caso de interceptação de conversa telefônica por ordem judicial.

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

O que mais se faz necessário?

A escuta telefônica teve em mira investigação criminal acerca do gravíssimo delito de tráfico ilícito de cocaína; houve autorização judicial para a escuta telefônica; a hipótese é prevista no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62).

(...)

A matéria já era regulamentada pelo Código Brasileiro de telecomunicações. Reportando-se o dispositivo constitucional às hipóteses e na forma que a lei estabelecer, nenhuma outra regulamentação se fazia necessária. A própria Constituição remeteu a legalidade da interceptação de conversa telefônica aos ditames da lei ordinária que já existia. Se assim não fosse, outra seria a redação do texto maior como, por exemplo: ... nas hipóteses e na forma que a

lei estabelecerá...

Se assim não fosse, em não havendo nova lei definindo o que é violação de sigilo das comunicações telefônicas, e as hipóteses legais em que a interceptação é permitida e proibida, ilícito também não seria a escuta telefônica por falta de lei a regulamentar o dispositivo constitucional.

Equivale dizer: se o art. 5º, XII, da Constituição Federal, depende de regulamentação, não sendo auto-aplicável ou não prevalecendo a legislação ordinária regulamentadora da matéria, existente até 1988 sem modificações posteriores, não tem ele aplicação. Somente após eventual regulamentação, poderá ser ele invocado. Chega-se ao absurdo.

Enfim, com a escuta ou sem ela, a prova colhida é suficiente para a condenação.

Enfim, no que concerne à prova reunida nos autos, asseverou o acórdão (fls. 284):

"Detectou-se conversa telefônica a respeito da aquisição da droga e sua entrega. Para o recebimento da droga, combinou-se o encontro de José Roque e "Zé Português", que chegaria a São Paulo no ônibus da empresa "Andorinha" procedente de Campo Grande/MS, na ponte da Casa Verde. "Zé Português" realmente desceu do coletivo da empresa "Andorinha" procedente de Campo Grande.

Reconheceu que esteve em Corumbá. O caminhão conduzido por José Roque foi encontrado na ponte da Casa Verde e seguido. Houve a abordagem. Em meio à carga foi encontrada a cocaína apreendida o que é confirmado por testemunhas. "Zé Português" foi conduzido ao local onde o caminhão foi abordado e até apontou onde a droga estava e o meio mais fácil para sua retirada.

O proprietário do caminhão, José Costa, sabia que seu caminhão seria utilizado para o transporte da droga consoante evidenciado na prova."

As peças transcritas retratam caso típico de acusação vazada em flagrante de delito viabilizado, com exclusividade, por meio de operação de "grampo" de telefone, cujo resultado se encontra nos autos, em todo seu teor.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento invocado na inicial (HC 69.912), apreciou questão análoga e, conquanto por escassa maioria, assentou, a um só tempo, dois entendimentos: primeiramente, o de que sem a edição de lei que "nas hipóteses e na forma" indicada no art. 5º, XII, da Constituição, não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; e, em segundo lugar, o de que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outras eventuais provas, oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta.

É ler-lhe a ementa:



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

O acórdão teve por relator o eminente Min. Sepúlveda Pertence que, a propósito do primeiro ponto acima enfocado assim argumentou:

"(...)

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 excetuou 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 (L. 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, parág. 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 especifica, 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."

No que concerne ao segundo aspecto então dilucidado, assim discorreu o eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

"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, I/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, 28.6.84, 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 conseqüências 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 conseqüências, 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 objeto 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 por que 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.

(...)

31. 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. Numa 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 concluiu que somente as declarações ilicitamente 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.

(...)

33. Estou convencido de que essa doutrina da invalidez 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 subsequente



colhidas, não é possível apegar-se a essas últimas - frutos da operação ilícita inicial - sem, de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada."

Formei, na oportunidade, com a maioria, com o seguinte voto:

"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.Exa. 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.Exa. -- 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."

Na verdade, quanto à necessidade de lei regulamentadora das interceptações telefônicas para fins de investigação criminal, limitei-me a reafirmar, na oportunidade, entendimento que havia manifestado sobre o assunto, no despacho indicado, que é do seguinte teor:

"A Constituição da República consagrou em seu art. 5º, inc. XII, o princípio da tutela constitucional do sigilo, que se estende, de modo específico, às comunicações telefônicas.

A vedação constitucional consubstanciada no preceito em causa, absoluta desde a Carta de 1946, sofreu abrandamentos com a superveniência, em 1988, da nova Lei Fundamental, que admite, ainda que limitadamente, a possibilidade jurídica de o Estado romper o sigilo das comunicações telefônicas, desde que observados, estritamente, os seguintes pressupostos:

a) existência de ordem judicial subscrita por autoridade competente;

b) edição de lei ordinária, definidora das hipóteses e da forma com que se deverá romper a

incolumidade desse sigilo;

c) relação de causalidade entre a ruptura do sigilo das comunicações telefônicas e a necessidade dessa providência excepcional, para fim, exclusivamente, de investigação criminal ou de instrução processual penal.

Não sobreveio, até o presente momento, a lei ordinária reclamada pelo texto constitucional, que requer, até mesmo para preservação da própria esfera da intimidade das pessoas, a discriminação, em sede legal, das hipóteses, necessariamente taxativas, que possam justificar a adoção de providência revestida de excepcionalidade absoluta.

Sem a ocorrência de todos os pressupostos exigidos pela norma inscrita no art. 5º, XII, da Constituição Federal, tornar-se-á inviável, sob pena de caracterização da ilicitude dos elementos probatórios eventualmente coligidos, o atendimento da pretensão à **disclosure** das conversações telefônicas.

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a norma consubstanciada no art. 57, II, e, do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27.08.62), precisamente por não cumprir as exigências impostas pelo novo ordenamento constitucional, não foi por este recebida, cabendo registrar que, mesmo sob a égide das Cartas anteriores, a sua própria constitucionalidade já se mostrava questionável.

O preceito inscrito no art. 5º, XII, da Carta Federal, consagra uma garantia individual, plenamente oponível ao Poder Público, e impõe uma inquestionável função tutelar, somente derogável, em face da supremacia do interesse público, nos casos que, com fundamento no ordenamento constitucional, vierem a ser autorizados por lei, ainda inexistente em nosso sistema de direito positivo."

Está-se, neste caso, por igual, como já acentuado, diante de processo-crime que tem por exclusiva base probatória auto de prisão em flagrante que resultou de informações obtidas, unicamente, por via de interceptação telefônica autorizada judicialmente.

Para deferir o **habeas corpus**, portanto, nada seria necessário acrescentar aos fundamentos dos precedentes transcritos.

O acórdão impugnado, todavia, como se viu, além de argumentar com o fundamento da recepção, pela Carta de 1988, da norma do art. 57, II, e, da Lei nº 4.117/62 -- expressamente rejeitado por esta Corte e por este Relator, nos precedentes transcritos -- invocou um outro, seja, aquele segundo o qual, se se admitir o não-recebimento, pela Carta de 1988, do dispositivo indicado, da Lei nº 4.117/62, ter-se-ia por consequência que o art. 5º, XII, da Constituição, por sujeito a regulamentação ainda inexistente, não seria auto-aplicável, não podendo ser invocado no caso sob exame.

Também nesse ponto, todavia, não tem razão.

Com efeito, contrariamente ao suposto, a



inviolabilidade do sigilo das comunicações estabelecida no dispositivo em apreço, por encerrar, não apenas uma proibição, mas também uma garantia constitucional, é norma que se reveste de aplicabilidade imediata e direta, possuindo todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade, razão pela qual entrou a produzir efeito desde o momento da promulgação da Constituição.

É certo que essa eficácia poderá vir a ser restringida, no interesse de investigação criminal ou instrução processual penal, por meio de lei que discipline as hipóteses e a forma em que, por ordem judicial, tal se possa dar, conforme previsto no referido dispositivo.

Essa complementação normativa, todavia, como facilmente se percebe, não diz com a eficácia da proibição, mas com a possibilidade de vir esta a ser refreada, em face dos fins explicitados, o que é coisa diametralmente oposta.

Assim, "enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena" (cf. José Afonso da Silva, *in* Aplicabilidade das normas constitucionais, SP, 1968, p. 96).

Confundiu o acórdão, portanto, no ponto indicado, norma constitucional de eficácia contida, com norma que o festejado publicista citado conceitua como de princípio institutivo, cuja eficácia é limitada e cuja aplicabilidade é indireta, isto é, dependente de legislação integrativa, o que no caso em tela não se configura.

Ante o exposto, portanto, por considerar caracterizado, nestes autos, o alegado constrangimento ilegal, meu voto defere o **habeas corpus**.

* * * * *

09/05/96

TRIBUNAL PLENO

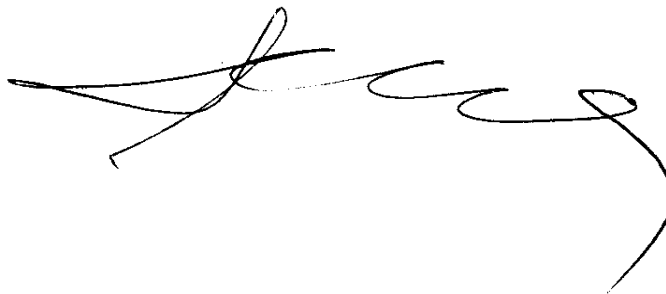
HABEAS CORPUS Nº 73.351-4 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Senhor Presidente, entendo que, na hipótese, incide realmente a aplicação do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, porque, mesmo partindo de uma suspeita, a autorização do Juiz é absolutamente inconstitucional. Logo, a obtenção da prova é ilícita.

Juntarei, depois, o voto que proferi em habeas corpus, onde tive o trabalho de examinar tese que me parece, no fundo, é a mesma.

Por isso, acompanho o eminente Relator, deferindo o habeas corpus.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and strokes, likely belonging to the Minister mentioned in the text.

09/05/96

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 73.351-4 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, ressaltou o Ministro Francisco Rezek que a regra inserida no rol das garantias constitucionais é no sentido da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas. A exceção, segundo o inciso XII do artigo 5º da Carta de 1988, corre à conta apenas das comunicações telefônicas e, aí, o legislador constituinte teve um cuidado maior, até mesmo considerada a prática policial. Jungiu a possibilidade de vir-se a ter a interceptação telefônica, primeiro, a uma ordem judicial emanada de órgão investido do ofício judicante, e segundo, mesmo assim, remeteu à legislação que, conforme exposto no inciso XII, deve prever de maneira não exemplificativa, mas exaustiva, as hipóteses e a forma para chegar-se à interceptação. Mais do que isso, colou a interceptação à investigação criminal ou instrução processual penal.

O preceito, aduziu o Ministro-Relator, não é - já o disse esta Corte - auto-aplicável. No caso dos autos, como início das investigações, houve o grampeamento telefônico. A partir do que descoberto, mediante esse ilegítimo ato, chegou-se ao deslinde da trama com o flagrante ocorrido,

surpreendendo-se, pois, os agentes na prática delituosa. Indaga-se: é possível, a esta altura, olvidar que toda a instrução penal baseou-se em procedimento glosado pela Carta? É possível potencializarmos o fim? É possível levarmos a extremo o argumento ad terrorem quanto ao crime perpetrado, para colocarmos em plano secundário uma garantia constitucional? A democracia, para ser cultivada, exige um preço.

Senhor Presidente, o Direito é ciência e continuará ciência. Assim sendo, o meio justifica o fim, mas não este aquele. Repito sempre quando me defronto com controvérsias situadas no campo penal que não se pode simplesmente, em face ao interesse da sociedade na persecução criminal, colocar em segundo plano as regras estabelecidas. Digo até mais: quanto maior a gradação da imputação, mais rigorosa deve ser a observância das normas que revelam garantias e que viabilizam, respeitadas essas garantias, o devido processo legal.

Esta Corte - é certo, estava impedido o Ministro Néri da Silveira e não participou o Ministro Moreira Alves do julgamento do habeas-corpus nº 69.912 - já decidiu a questão. Ficaram vencidos os Ministros Carlos Velloso, Sydney Sanches, Octavio Gallotti e Paulo Brossard. Hoje, a cadeira do Ministro Paulo Brossard é ocupada pelo Ministro Maurício Corrêa e creio que S. Ex^a. tem convicção sobre a matéria, independentemente do julgado anterior. A maioria tem sempre razão.

Hoje são seis os votos no sentido da eficácia maior - e sempre devemos procurar tirar a máxima eficácia da Carta - do que se contém no inciso XII do artigo 5º. V. Ex^a., Senhor Presidente, lembrou ao Plenário, em um dia desses, que essas garantias, principalmente as situadas no campo penal, não

são empolgadas em relação ao homem comum, ao homem médio. São argüidas, geralmente, visando a beneficiar pessoas que, por isso ou por aquilo, claudicaram.

Senhor Presidente, devo observar princípios, critérios. Não posso simplesmente estabelecer, porque não sou legislador, as normas para a situação concreta. De duas uma: ou há eficácia linear, no campo subjetivo, do que se contém no inciso XII, ou não há. O que não posso, de forma alguma, tendo assento na Corte mais alta do País, é colocar em plano secundário o que se contém na Carta. Apontar que é válido um processo que já nasceu viciado, que se iniciou a partir da transgressão não a uma norma de estatura ordinária, mas a uma norma de idoneidade maior que é a do inciso XII do artigo 5º.

Senhor Presidente, convencido de que o vício nesse processo é de origem, contaminando-o na integralidade, peço vênias àqueles que entendem de forma diversa, para acompanhar o Senhor Ministro Ilmar Galvão, deferindo o habeas-corpus, somando o meu voto, portanto, ao de S. Exª., e aos dos Ministros Maurício Corrêa e Francisco Rezek.

É o meu voto.



09/05/96

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N. 73351-4 SAO PAULO

V O T O

Levy Gallotti

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: - Penso, Sr. Presidente, que a escuta telefônica, a despeito da emoção que vem despertando essa questão, é uma prova ilícita como qualquer outra, e a sua admissão em juízo, bem como as consequências processuais dessa ilicitude, devem reger-se pela aplicação da mesma teoria aplicável às demais provas ilícitas, como por exemplo, o depoimento de uma testemunha impedida, um documento falso, uma confissão coacta.

Leva, cada uma delas, a expungir-se aquela especificamente inválida, mas sem repercussão no resultado do julgamento, quando se ache ele baseado num conjunto probatório, capaz de alicerçar a condenação, independentemente da interferência útil, ou decisiva, da prova reputada ilícita, e sem que de produção dessa prova possa decorrer a invalidade das demais, lícitas e suficientes para fundamentar a sentença.

Estamos, no caso, diante de uma investigação prévia, que conduziu a uma suspeita, a qual, por sua vez - ao que depreendi do relatório, - veio a ser confirmada pela escuta telefônica.

Prosseguiu a investigação, e redundou na apreensão de grande quantidade de cocaína.

Penso, por isso, que há fundamento bastante para a condenação, mesmo se excluída a consideração da prova ilícita.

Reconheço a força da argumentação dos eminentes colegas, no sentido de que possa vir a tornar-se, essa posição, estimulante de futuras gravações.

Foge, entretanto, preocupação de tal natureza, à finalidade do processo penal, que é a apuração da verdade emergente das provas regulares.

O que não se pode - penso eu - é proclamar a absolvição do réu, como meio de reprimir o procedimento de autoridade policial, cuja irregularidade deve dar margem a outro procedimento e sanção, que não a de inocentar um culpado.

Com esses breves fundamentos, peço vênias para divergir dos colegas que me precederam e indeferir o pedido de habeas corpus. *Luiz Allatti*

/amn/

09/05/96

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N. 73351-4 SAO PAULO

V O T O



O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES: -

Sr. Presidente, tem sido lembrado, nesta sessão, o precedente do "HC" 69.912-0/RS, de que foi Relator, em Plenário, no dia 30.06.1993, o eminente Ministro CARLOS VELLOSO, tendo sido indeferido o "writ", por maioria de votos, assentando a ementa do julgado (D.J. nº 26.11.93, Ementário nº 1727-2):

"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 telecomunicação 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".

2. Nesse precedente, "H.C." nº 69.912, compus a maioria, que indeferiu o pedido, com o seguinte voto:

"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 condenação em todas essas provas, minuciosas e cabais, só porque

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, posteriormente ou anteriormente".

3. Como é sabido, o entendimento da maioria, pelo indeferimento do "writ", nesse "H.C." nº 69.912-0/RS, acabou não subsistindo, pois que o julgamento, por vício consistente na participação de Ministro impedido, acabou anulado no MS nº 21.750-2/RS, que não foi conhecido, tendo sido, porém, concedido "H.C.", de ofício, para tal fim.

E, renovado o julgamento do "H.C. nº 69.912 em data de 16.12.1993, impedido o Ministro NÉRI DA SILVEIRA e ausente o Ministro MOREIRA ALVES, restou deferido o "H.C.", por maioria, ficando o aresto, que teve por Relator o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, assim ementado (D.J. 25.03.94, p. 06012, Ementário nº 1738 - 01):

"EMENTA: Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, "nas hipóteses e na forma" por ela estabelecidas, possa o Juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do "habeas corpus" pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do "habeas corpus", verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS nº 21.750, 24.11.1993, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude

→ *Ally.*

da interceptação telefônica - à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la - e viabilizá-la - contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta ("fruits of the poisonous tree"), nas quais se fundou a condenação do paciente".

4. Com a ausência de dois Ministros, nessa ocasião, e que antes haviam rejeitado a tese da contaminação, não se pode dizer, ainda, que o Plenário, completo, tenha posição firmada, a respeito do tema, qual seja, no sentido do precedente referido, decorrente do novo julgamento do "H.C." nº 69.912, ocorrido a 16.12.1993.

5. Hoje, porém, com o julgamento do presente "H.C." nº 73.351, a Corte, completa, firmará sua posição.

6. Penso, pois, que devo insistir em meu ponto de vista, expresso no primeiro julgamento do "H.C." nº 69.912, ocorrido a 24.11.1993, até porque não me convenci de seu desacerto, "data vênua".

7. Aliás, inúmeras hipóteses poderiam ser imaginadas, em que a ilicitude de uma interceptação telefônica não haveria de contaminar as provas lícitamente obtidas, antes ou depois daquela.

Assim, para exemplificar, mais uma vez, uma outra hipótese imaginada: dez crianças desaparecem, mais ou menos à mesma época e nas mesmas circunstâncias. A Polícia faz diligências e suspeita de um cidadão. Procede, então, à escuta telefônica, com ou sem autorização judicial, pois, de qualquer forma, a prova foi obtida ilicitamente, à falta de lei que regule sua colheita.

50114.

Prova, obviamente, que jamais poderá ser aproveitada em Juízo, porque ilícita.

Mas o certo é que, na conversação telefônica, o suspeito admite que foi o autor de todos os delitos, ou seja, da morte das dez crianças, embora sem entrar em detalhes.

A Polícia continua diligenciando: encontra os corpos, exuma-os, examina-os, constata que foram violentados sexualmente, torturados e assassinados com requintes de selvageria. Descobre as armas usadas, encontra-as em poder do autor dos delitos, colhe depoimentos de testemunhas que o viram em companhia de cada uma das crianças, antes dos fatos delituosos, faz um levantamento da vida pregressa e verifica que outros crimes idênticos haviam sido cometidos pelo agente, processado e condenado por eles, mas ainda em liberdade.

Por fim, obtém uma confissão minuciosa, sem qualquer violência, em presença de pessoas insuspeitas.

E todos os elementos informativos do inquérito se convertem em prova em Juízo, perante o qual o agente confessa, mais uma vez, a prática de todos os crimes.

Pois bem, a prevalecer o entendimento de que a prova ilicitamente obtida contamina as lícitamente colhidas, esse cidadão não poderá, sequer, ser denunciado. Muito menos processado ou condenado.

8. Recuso-me, "data vênica", a aceitar esse descalabro.

Não posso compreender que se possa levar tão longe o princípio constitucional, que proíbe, sim, a utilização de provas ilícitas, em Juízo, mas não impede, de forma alguma, as

HC 73.351-4 SP

48

40114

que nele tenham sido regularmente colhidas, inclusive e principalmente a confissão do agente.

Basta que se retire do inquérito e dos autos judiciais a prova ilícita, ou seja, a degravação da comunicação telefônica. Tudo o mais, porém, há de ser preservado e avaliado.

9. Recentemente a imprensa noticiou a ocorrência de fatos que denominou de "Massacre de Carajás", dizendo que um grupo de pessoas "sem terra" teria sido executado, indefeso, pela Polícia do Pará.

Sem entrar no exame do acerto ou desacerto dessas notícias, pois a questão pode chegar a esta Corte, passo a imaginar que um dos indigitados autores da execução tenha sua confissão colhida, ilicitamente, mediante escuta telefônica, pela Polícia. Mas, depois, todas as provas a corroborem, inclusive a própria confissão em Juízo. Ainda assim, pela tese que vem prevalecendo até aqui, não poderá ser condenado.

Lamento não poder concordar com esse desfecho, se ocorrer hipótese como essa.

10. A se levar tão longe a tese da contaminação das provas lícitas pela prova ilícita, dia virá em que o Brasil se tornará o paraíso dos narcotraficantes, pois é sabido que em todos os Países do mundo é mediante uma escuta telefônica que se descobrem, depois, as provas completas de um narcotráfico. Aqui ela não poderá ser utilizada (a escuta telefônica) e se o for inutilizará todas as demais.

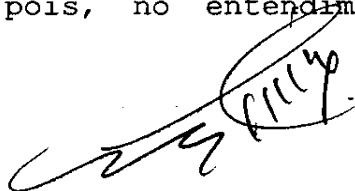
Aliás, não sei se o Brasil já não é um paraíso dos narcotraficantes. Mas acho que, a prevalecer a tese da

contaminação das provas, esse paraíso não apenas estará aqui localizado, como proclamado e consagrado perante todo o mundo.

Não me animo a concorrer para isso. Não me parece que a interpretação do Direito, sobretudo do Direito Constitucional, possa levar a calamidades como essa. Até porque o Brasil também se obrigou a combatê-las, até no plano constitucional, como se vê, por exemplo, do disposto no inc. LI do art. 5º da Constituição Federal, que permite, até, a extradição de brasileiro naturalizado, a pedido de outro Governo estrangeiro, em caso de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

11. Aliás, no processo da Ação Penal nº 307, de que foi Relator o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, sendo um dos Réus Paulo César Cavalcanti de Farias, este Plenário, embora declarando ilícita a apreensão de computador e decodificação de seus dados, teve por lícitas todas as demais colhidas contra esse e outros réus, alguns dos quais - e ele próprio - condenados (DJ 13.10.95, Ementário nº 1.804-11).

12. Por todas essas razões, embora ressalte o máximo respeito pela posição sustentada nos votos que deferem o pedido de "Habeas Corpus", peço vênias, no caso, para indeferi-lo, insistindo, pois, no entendimento que venho sustentando até aqui.



09/05/96

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS

Nº 73.351-4 - SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA: - Sr. Presidente.

Está na Constituição Federal:

"Art. 5º.....

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

De outra parte, o art. 5º, inciso XII, da Constituição, diz:

"Art. 5º.....

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal."

É certo - a Corte já afirmou - que não houve recepção do dispositivo da Lei nº 4.117 aos efeitos da disciplina prevista na parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição. É de admitir-se, pois, que a escuta telefônica, a esta altura, inexistente lei, é efetivamente vedada. Toda prova vinda aos autos, com base em gravação de escuta telefônica, é prova ilícita e não pode ser

J. Néri

considerada no processo. Deve o juiz mandar retirá-la deste, ou a mesma não pode ser invocada para fundamentar a decisão.

Vejo a Constituição tão-só nesses limites: o conteúdo da prova ilícita.

Foi nesse sentido a decisão na Ação Penal nº 107, quando se excluiu de consideração todo aquele complexo de provas degravadas que estavam no computador e ilicitamente recolhidas, material que poderia ser invocado como a indicar ligações entre os co-réus. O Supremo Tribunal Federal então decidiu não poder ser isso levado em conta, pois não seria prova válida, porque a sua obtenção fora ilícita.

Não há na Constituição, com a devida vênia, norma alguma que autorize o que se está pretendendo. Houve uma prova ilícita que não pode ser considerada, mas, a partir daí, se obtiveram provas materialmente insusceptíveis de dúvida; nesse sentido, a apreensão de oitenta quilos de cocaína em poder de pessoa que é o proprietário dessa mercadoria ilícita. Gostaria de saber onde está, na Constituição, a proibição de apreender em poder de alguém mercadoria ilícita, como seja a substância entorpecente. Se assim fosse, essa mercadoria teria que ser devolvida. Essa apreensão seria ilícita e, desse modo, a prova seria também ilícita. Onde está na Constituição que uma prova dessa natureza, subsistente por si, seja ilícita?

Não é possível conceder-se **habeas corpus** para anular um processo em que houve apreensão da mercadoria, a confissão do traficante e proprietário da substância entorpecente, a qual foi apreendida em seu poder. Será que essa prova não tem valia?

Invoco os fundamentos já emitidos, em outros votos, sobre a matéria e com a devida vênia do eminente Ministro-Relator e dos

J. M. G.

que o seguiram, acompanho os votos dos ilustres Ministros Octavio Gallotti e Sydney Sanches, indeferindo o **habeas corpus**.

J. Wein

09/05/96

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N. 73.351-4 SÃO PAULOV O T O

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Sr. Presidente, se interpretarmos literalmente o inciso XII do artigo 5º da Constituição - "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" -, teremos que é absolutamente inviolável o sigilo de correspondência dos presos sem a possibilidade de qualquer fiscalização por parte da administração penitenciária até porque o texto só com relação às comunicações telefônicas é que admite, nas condições que estabelece, a quebra de seu sigilo.

Por outro lado, como já salientei anteriormente no tocante à escuta telefônica não autorizada legalmente, o texto da Constituição - o inciso LVI do artigo 5º - é cristalinamente claro ao dizer que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", o que significa literal e logicamente que apenas as provas obtidas ilicitamente é que não podem ser admitidas no

processo, não havendo, pois, que se falar em contaminação de provas lícitas. Nem se diga que, assim, se está incentivando o ato ilícito como o é a escuta telefônica sem autorização legal. A prova daí decorrente não será admitida no processo. As outras provas, porém, obtidas lícitamente - inclusive, como no exemplo dado pelo eminente Ministro Sydney Sanches, a confissão plena produzida em juízo -, não estão evidentemente abarcadas pelo texto constitucional, para que também elas não sejam admitidas e se declare nulo todo o processo. Note-se, ademais, que uma coisa é a condenação baseada unicamente em prova ilícita como a resultante apenas da escuta telefônica não legalmente autorizada; outra coisa, contudo, é a pista resultante de escuta dessa natureza e que, em si mesma, as mais das vezes sequer poderia servir de prova pelo caráter dissimulado da conversação, e com base nessa pista a investigação se aprofunda e se colhem provas absolutamente lícitas da prática criminosa, porquanto, nesse caso, pista não é sequer prova, para ser alcançada pela proibição constitucional, e faz parte das investigações policiais e não do processo penal.

Com essas considerações, Sr. Presidente, acompanho os colegas cujos votos divergem do Sr. Ministro relator. Indefiro o presente habeas corpus.



09.05.96

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N.º 73.351-4/130 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE): O caso é típico dos que põem em causa a discussão sobre a contaminação das provas derivadas da prova ilícita.

A questão é dramática; não nasceu no Brasil, nem nasceu nesta sala. Ela preocupa, hoje, os constitucionalistas e processualistas de todo o mundo. A polêmica é dessas intermináveis. Ora predomina, seja nos Estados Unidos, na Alemanha ou em Portugal, uma orientação, ora outra. Na verdade, atrás da polêmica está um dilema, que é o verdadeiro divisor de águas.

O dilema está entre a crença nas garantias constitucionais e na necessidade de lhe dar efetividade, ou na crença de que às garantias constitucionais se deve sobrepor a perseguição, a qualquer custo, da verdade real, posta como única finalidade do processo penal, em qualquer caso ou pelo menos, no tocante à criminalidade de maior gravidade.



Não é à toa que os eminentes Ministros que denegam a ordem apelaram todos à "verdade real", como interesse prevalente.

Alega-se que o texto da Constituição não cuida de provas derivadas. Mas, salvo engano meu, nenhum direito positivo o faz. Não obstante, a polêmica lavra em todo o mundo.

A ilicitude da prova, no caso, não vem de irregularidade processual na sua colheita, mas da violação a uma garantia constitucional.

Ora, impossibilitar a juntada de degravações da escuta proibida, mas possibilitar que seja ela a fonte de toda a prova colhida é simplesmente tornar coisa alguma a garantia do sigilo das comunicações.

Continuo convencido da correção da assertiva da Suprema Corte americana, em **Nordone v. United**, de 1939, de que *"to forbid the direct use of methods (...) but to put no curb on their full indirect use only invite the very method deemed inconsistent with ethical standards and destructive of personal liberty"*.

Nesse mesmo sentido, como testemunha Costa Andrade (Sobre as Proibições de Prova em Proc. Penal, Coimbra, 1992, p. 175) o raciocínio da melhor doutrina germânica, no rumo similar da aceitação do "efeito à distância" (Fernwirkung) das proibições de prova.

"A utilização das provas secundárias, argumenta-se nesta linha" - segundo o testemunho de Costa Andrade (ob. cit.) - permitiria ladear as proibições, minando a eficácia das normas e neutralizando o respectivo conteúdo de tutela. Não pode - sustenta, por exemplo, Otto - estabelecer-se nenhuma diferença entre a valoração duma declaração como declaração e a valoração

dos conhecimentos resultantes da mesma declaração. Em sentido convergente e reportando-se concretamente às provas obtidas mediante tortura, enfatiza Hassemer que a recusa do efeito à distância paralizaria e dissolveria "a força expressiva da proibição da tortura, tanto no plano cultural como jurídico".

No Brasil, Luiz Francisco Torquato Avolio, em monografia preciosa (Provas Ilícitas, ed. RT, 1995, p. 66 ss.) - fundado em Trocker (Processo Civile e Costituzione, 1974, p. 631) - chega também à proscrição das "provas ilícitas por derivação", sempre que a proibição da prova visar à "proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade."

Não se trata, **data venia**, a meu ver, de punir, pela absolvição, a violação da regra constitucional, mas sim de adotar a única interpretação capaz de dar garantia aos altos valores constitucionais subjacentes à proibição da prova ilícita, porque decorrente da interceptação telefônica sem autorização judicial.

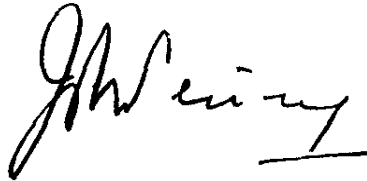
Aqui, de minha parte não admito transigência fácil. Sou dos que pensam, com Wolter (apud M.Costa Andrade, ob. cit., p. 38), que "em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade nem um processo penal vocacionado para a proteção dos direitos fundamentais. Pois, nas situações de criminalidade grave uma tal ponderação de interesses redundaria sistematicamente na frustração da tutela dos direitos fundamentais."

Certo, a Constituição transigiu, no ponto, com os interesses da repressão penal, ao admitir que a lei estabeleça as hipóteses e a forma em que seria viável quebrar o sigilo das comunicações telefônicas: essa delicada ponderação confiada



exclusivamente à lei, não pode, contudo, ser substituída pela discricção da autoridade policial, que ora se pretende receba a chancela do Supremo Tribunal.

Reportando-me no mais ao voto que proferi no **Habeas Corpus** nº 69.912, defiro a ordem.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. W. de Figueiredo', with a horizontal line under the last name.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 73.351-4

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO

PACTE. : JOSE PEREIRA DA ROSA

IMPTE. : MARCOS ROBERTO ALEXANDER E OUTRO

COATOR : TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: A Turma decidiu afetar o julgamento do presente pedido de **habeas corpus** ao Tribunal Pleno. Unânime. 1a. Turma, 30.04.96.

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal deferiu o pedido de **habeas corpus**, vencidos os Ministros Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves. Votou o Presidente. Declarou impedimento o Ministro Carlos Velloso. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Celso de Mello. Falou pelo paciente o Dr. Marcos Roberto Alexander. Plenário, 09.05.96.

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

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Tomimatsu
Coordenador