ESCUTA TELEFÔNICA — CONTAMINAÇÃO DA PROVA — HABEAS CORPUS POR EMPATE

— É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei n. 9.296, de 24-07-96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal. São igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos "frutos da árvore venenosa".

— Inexistência de prova autônoma.

— Precedente do Plenário: HC n. 72.588-1-PB

— Habeas-corpus *conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art. 150, § 3º), para anular o processo* ab initio, *inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Habeas Corpus n. 74.116

Paciente: Nuno dos Santos Fernandes ou Afonso Rodrigo Fernandes
Impetrante: Antonio Roberto Barbosa
Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Relator p/acórdão: Sr. Ministro MAURÍCIO CORRÊA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por empate na votação o *habeas corpus* foi deferido. Em conseqüência dessa decisão fica anulado o processo *ad initio*, inclusive a denúncia, devendo-se expedir alvará de soltura em favor do paciente, se por *al* não houver de permanecer preso.

Brasília, 05 de novembro de 1996.

NÉRI DA SILVEIRA — Presidente

MAURÍCIO CORRÊA — Relator para o acórdão

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (RELATOR): Cuida-se de ordem de *habeas corpus*, impetrada pelo Dr. Antônio Roberto Barbosa, em benefício de Nuno dos Santos Fernandes ou Afonso Rodrigo Fernandes, português, condenado, em primeiro grau, à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, além de 120 dias-multa, como incurso no art. 12, combinado com o art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368, de 1976, e a 20 dias de prisão simples, por infringir o art. 19, da Lei das Contravenções Penais (fls. 2/8).

Sustenta o impetrante, em resumo, procurando caracterizar o alegado constrangimento ilegal, ser imprestável a prova que conduziu o paciente à condenação que lhe foi imposta pelo Dr. Juiz *a quo*, mantida em grau de apelação, tendo em conta que foi obtida mediante escuta telefônica. Assinala o impetrante, ademais, que "as provas derivativas, aquelas que foram colhidas posteriormente, em razão da interceptação ilícita, também não podem frutificar em favor do Estado" (fls. 8), vez que são os frutos da árvore envenenada.

Requisitadas as informações, prestou-as o ilustre 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com o ofício de fls. 298/299, nestes termos:

"Dirijo-me à presença de Vossa Excelência para prestar as informações solicitadas, em relação ao *Habeas Corpus* em epígrafe, registrado neste Tribunal sob o nº 212.298.3/0-00, em que é paciente NUNO DOS SANTOS FERNANDES, nos termos em que se segue:

1. O paciente foi denunciado como incurso nas sanções dos artigos 12 e 14, ambos da Lei 6.368/76, e 19, da Lei das Contravenções Penais, nos autos do P. 444/94, da 26ª Vara Criminal, juntamente com outros cinco réus, por fatos cometidos em 11/07/94, ocasião em que foi preso em flagrante.

2. Regularmente processado, foi o paciente, afinal, condenado pelas infrações do artigo 12, c.c. o artigo 18, inciso III, ambos da Lei de Tóxicos, ao cumprimento de sete anos e seis meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de cento e vinte e quatro dias-multa. Pela contravenção de porte de arma, o paciente foi apenado com vinte dias de prisão simples.

3. Apreciado o apelo do paciente, a Colenda Sexta Câmara Criminal deste Tribunal manteve na integra a r. sentença. A respeito do tema em questão na impetração, entenderam os E. Desembargadores que a escuta telefônica foi precedida de autorização judicial, tornando-a lícita.

4. Transitada em julgado a decisão condenatória, expediu-se Guia de Recolhimento, encaminhando-se ao Juízo das Execuções Criminais.

Acompanham cópias das principais peças do processo.

Aproveito a oportunidade para externar a Vossa Excelência meus protestos de elevada estima e distinta consideração."

Oficiando nos autos, opinou a Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 338/339, pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (RELATOR): Está na denúncia que os policiais iniciaram investigações acerca das atividades do paciente, "segundo informações que obtiveram" antes de ocorrer a

interceptação telefônica, por autorização judicial.

Às fls. 10, está na denúncia, *verbis*:

"Apurou-se que há cerca de um (1) mês, policiais da 1ª Delegacia do Denarc estavam investigando o indiciado *Nuno dos Santos Fernandez*, o qual segundo informações que obtiveram era associado aos demais indiciados, formando quadrilha, cuja atividade principal era traficar *cocaína* da Bolívia para entregar ao consumo. Outros membros dessa quadrilha, entre eles Hudson Duarte, foram autuados em flagrante por tráfico em 25/05/94 (fls. 101/109). Desde então descobriu-se que Nuno mantinha contato com o bando de Hudson através do telefone 215-9324, instalado em um açougue de sua propriedade, na Rua Visconde de Magé, nesta cidade. O aparelho era usado no comércio de cocaína."

E, a seguir, expõe a denúncia (fls. 10):

"Autorizados pela autoridade judiciária procedeu-se a censura daquele telefone. Os policiais ouviram várias conversas de Nuno com os outros integrantes da quadrilha. Entre elas aquela em que MARCO ANTONIO ZANESCO, qual. A fls. 121, combinou a entrega do veículo Ford/F.1000, placa BFM-1115/SP, para que Nuno o trocasse por cocaína na Bolívia. Contudo, quando ele conduzia a camionete para o pais citado, foi interceptado pela Policia Militar na cidade de Corumbá, depois na divisa do Brasil com aquele país. Nas duas oportunidades os Militares diligentemente entraram em contato com *Marco Antonio*, para saber se a F-1000 não era produto de crime. A resposta foi negativa e o veículo foi liberado. Esses incidentes geraram ligações de *Nuno* para o telefone censurado, nas quais discutiu-se o risco de concluir-se a transação, mesmo porque há notícia de que aludido veículo era segurado, poderia também ocorrer investigação da seguradora."

Dessa maneira, a providência da escuta telefônica foi um momento posterior ao do início das investigações policiais tendo em vista o paciente e que culminaram na apreensão em seu poder e dos co-réus de 5,329 kg (cinco quilogramas, trezentos e vinte e nove gramas), o que está documentado, no Laudo de Constatação de fls. 24, e no auto de apreensão.

O acórdão, que confirmou a condenação do paciente e co-réus, acentuou, no início de sua fundamentação (fls. 287):

"A prova reunida no processo demonstra que policiais, pertencentes à Divisão de Investigações Sobre Entorpecentes desta Capital, passaram a observar as atividades do co-réu Nuno dos Santos Fernandes depois da prisão de uma quadrilha de traficantes de entorpecentes, composta por oito pessoas e chefiada por Hudson Duarte, em razão das visitas freqüentes que este fazia ao estabelecimento comercial pertencente a Nuno."

Foi, em razão disso, que o aresto afirmou que, com a autorização judicial, veio a ser implantada escuta telefônica na linha que servia o açougue de Nuno, precisamente, o estabelecimento comercial de sua propriedade, o qual já vinha sendo objeto de observação pela autoridade policial (fls. 287).

Decerto foi, segundo o aresto confirmatório da condenação, a informação do encontro dos co-réus no Posto de Gasolina Paraná obtida em decorrência da censura e escuta telefônicas no aparelho localizado no estabelecimento comercial do paciente. É de notar, entretanto, que o telefone censurado teve seu número obtido não por via de escuta ilícita de comunicação havida, tanto assim que o pedido de autorização judicial já se fez com expressa referência ao telefone 215.9324, do açougue do paciente, qual anotou a denúncia e está no depoimento de fls. 10.

De outra parte, a prova da apreensão da substância entorpecente no interior de um dos veículos consta, também, do depoimento da testemunha Oscar Prado do Nascimento, estranha à Polícia Civil, como reconheceu o acórdão, às fls. 290, *verbis*:

"Não há qualquer dúvida de que a droga estava no carro Gol, posto que a testemunha Oscar Prado do Nascimento, estranha aos quadro policiais, declarou em juízo que 'viu o momento em que um dos policiais retirou de dentro do Gol branco uma sacola azul esverdeada e dentro da mesma havia cinco pacotes, tendo o policial furado um deles, e de dentro saiu um pó'."

Ademais disso, o acórdão, examinando as

alegações dos co-réus, inclusive do paciente, de negativa de autoria, anotou (fls. 290/291):

"Aliás, o próprio condutor desse veiculo, o co-réu Gideones, não negou a existência da sacola no seu automóvel, ainda que alegando não ter conhecimento do seu conteúdo (fls. 374).

As versões apresentadas em juízo pelos co-réus apelantes Nuno, Adalberto e Rosângela, para justificar as suas presenças no local dos fatos, não encontram respaldo nos elementos de convicção dos autos.

Fossem estes dois últimos vítimas das circunstâncias, como pretenderam fazer crer, por certo não teriam negado em Juízo toda a ação delituosa que presenciaram, o que serve assim para evidenciar que de fato estavam ajustados com Nuno para a prática criminosa, como muito bem observou a d. Magistrada sentenciante.

Em relação a eles, impossível o reconhecimento da participação de menor importância, porquanto estavam conluiados com Nuno e os demais para alcançar objetivo comum, participando de forma importante da ação criminosa, tanto assim que ocupavam dois veículos onde havia quatro armas de fogo que poderiam ser utilizadas para assegurar o êxito da transação ilícita. Tanto quanto Nuno, são co-autores e devem ser responsabilizados na mesma medida.

Plenamente cabível a majorante prevista no artigo 18, § 2º, inciso III, da Lei de Tóxicos, uma vez que restou sobejamente demonstrada a existência da co-autoria, ou seja, da associação para a prática de crime de tráfico de entorpecentes."

Oscar Prado do Nascimento dá exata descrição do fato da prisão do paciente e co-réus e da apreensão da cocaína, conforme está às fls. 27: "Que o depoente vinha conduzindo seu veículo pela Av. Francisco Morato sentido Centro-bairro, sexta-feira última, por volta das 20:30 horas, quando notou que o trânsito todo parou; o depoente então parou seu carro de lado e foi verificar o que tinha ocorrido; que o cruzamento da Francisco Morato, que fica nas proximidades do nº 2.500, o depoente notou que alguns policiais prendiam diversas pessoas, mais precisamente duas mulheres e quatro homens; que uma das mulheres tinha uma criança no colo; que com objetivo de ajudar o depoente aproximou-se e perguntou o que tinha acontecido; que os policiais responderam que haviam prendido aquelas pessoas, porque portavam uma pequena maleta com 05 (cinco) pacotes de cocaína; que o depoente observou o momentos em que os policiais retiraram uma pequena maleta azulada onde estava acondicionada a droga; que os policiais mostraram a maleta e os cinco pacotes; que um dos policiais inclusive rasgou um dos pacotes e mostrou que no seu interior continham uma substância esbranquiçada, dizendo que era cocaína; que o depoente pode observar que as pessoas presas estavam num Santana-Quantum, vermelho e num Gol branco; que o depoente notou inclusive, que um dos presos, um português, ainda estava sendo retirado do Santana-Quantum vermelho, quando chegou no local; o depoente foi cientificado pelos policiais que algumas armas foram apreendidas com aquelas pessoas presas".

Os depoimentos em Juízo dos co-réus conduzem, à sua vez, à compreensão dos fatos e das ligações do paciente com os demais condenados (fls. 95/99).

Não cabe, destarte, ver na prova resultante da escuta telefônica em foco, que consta da degravação dos diálogos por via telefônica insertos no laudo de fls. 101/263," a única prova a fundamentar a decisão condenatória. Como antes referi, o aresto, embora faca alusão à escuta telefônica, adota provas e razões outras para fundamentar a decisão condenatória em segundo grau.

Nessa linha, bem anotou o Subprocurador-Geral da República em exercício, Dr. Edson Oliveira de Almeida, às fls. 339:

"O advento da Lei 9.296/96, regulamentando a interceptação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e instrução processual penal, não alcança o fato concreto, praticado anteriormente, visto cuidar-se de nova norma de caráter processual, para a qual vale o princípio *tempus regit actum.*

4. Todavia, na hipótese em exame, segundo consta da sentença e do acórdão da apelação,

a escuta telefônica, muito embora coerente com o conjunto probatório, não foi o único elemento de prova levado em consideração para a formação da convicção das instâncias ordinárias, não se podendo desmerecer os depoimentos dos policias que efetuaram a prisão em flagrante dos réus e apreenderam a droga. É o que basta para efetuar a argüição pois, ainda que se pretendesse aplicar a teoria do *"fruto da árvore proibida"*, é inviável, no âmbito estreito do *habeas corpus*, revolver com amplitude a prova dos autos para pesquisar a existência de provas livres de contaminação: *"a existência de prova obtida ilicitamente (escuta telefônica) não basta à invalidação do processo, se a sentença condenatória está baseada em prova testemunhal autônoma, isto é, colhida sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita"*.

5. Com efeito, ainda que eliminadas totalmente as escutas telefônicas, subsistiriam provas aptas para, tranqüilamente, embasar o juízo condenatório. Desse modo, a prova fonográfica serviu apenas para corroborar a prova testemunhal, não se constituindo, de modo algum, na prova decisiva."

Já, nesse sentido, ao ensejo do julgamento do *Habeas Corpus* nº 73.250-0-SP, anotei:

"Meu voto acompanha o do Sr. Ministro Francisco Rezek, indeferindo o *habeas corpus*. Faço-o na linha de votos que tenho proferido na Turma e no Plenário.

No caso, em particular, pelo que ouvi do voto do Sr. Ministro Francisco Rezek, as provas principais em que se pôde basear a condenação, efetivamente, não têm vínculo de imediatidade com a escuta telefônica ocorrida. Isso para mim é bastante em ordem a não anular um processo por invocação da escuta telefônica quando ele subsiste com base em outras provas que não decorrem dessa escuta."

Do exposto, meu voto é no sentido de indeferir o *habeas corpus*.

VOTO

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: — Sr Presidente, recentemente, sendo Relator, indeferi o *Habeas Corpus 73.654-8*, de São Paulo, em que havia uma prova autônoma que apreciei e levei em consideração para denegar o pedido, em tema acerca de escuta telefônica.

O que se vê, no caso ora em exame, é que havia meras suspeitas com relação a participação dessa quadrilha no tráfico ilícito de drogas. A partir dessas informações que a policia possuía, solicitou ela permissão ao juiz para proceder a censura telefônica.

A prisão que se realizou posteriormente no posto de gasolina foi conseqüência da autorização através da interceptação telefônica, com os elementos probatórios assim colhidos. Sinto-me com dificuldades para acompanhar V.Exa., tendo em vista que não estou isentindo a presença, pelo menos ainda que não possa ser fundamental, da mínima existência de prova autônoma.

Sr. Presidente, mantenho-me fiel ao precedente do Tribunal S (*Habeas Corpus* nº 72.588-1, da Paraíba, que contou com composição completa do Plenário, e do qual fui Relator), com todas as vênias a V.Exa., porque entendo que essas informações obtidas pela policia, inclusive com a obtenção dos números dos telefones da quadrilha, não são elementos, a meu ver, covincentes para a caracterização de prova autônoma, e exatamente em face da contaminação que resultou com a prisão em seguida à escuta telefônica, tenho que aplicar o precedente que está respaldado no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, com supedâneo inclusive na doutrina americana dos *"fruits of the poisonous tree"*.

Como prova independente também não posso ter aquela que adveio dos depoimentos de testemunhas que só foram identificadas por causa da escuta; e as que assistiram à prisão porque esta só foi possível em razão de terem sido presos os traficantes pela flagrância contaminada.

Caso fosse uma prova absolutamente autônoma, acompanharia V.Exa., mas, na hipótese, estou admitindo que a *possível prova* partiu exclusivamente do pressuposto de que a polícia era detentora de informação, e com base nessa, da escuta passou-se ao *grampo*.

Ora, a polícia recebe informações todo dia, e foi a partir da escuta telefônica que desencadeou o processo.

Fica, dessa forma, mais do que evidenciado que toda a prova que se seguiu contava com a contaminação de sua origem ilícita e inidônea.

Fiel à doutrina do Plenário, vitoriosa por maioria a que aderi, concedo o *habeas corpus* e, em conseqüência, insubsistente a denúncia, porque partiu de prova que já estava viciada.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Senhor Presidente, em primeiro lugar, reafirmo duas crenças: a primeira diz respeito ao objeto do *habeas-corpus*; medida que não visa à prisão do paciente nem à manutenção deste no cárcere. Por isso mesmo, quando me defronto com um processo com tais objetivos, procuro base para conceder a ordem e não para negá-la.

A segunda convicção, Senhor Presidente, está ligada às garantias constitucionais relativas à liberdade, ao devido processo legal. Em geral, essas garantias não são empolgadas em benefício de cidadãos exemplares; são articuladas tendo em conta, justamente no campo penal, pessoas quase sempre de vida pregressa condenável e, nem por isso, podemos olvidá-las, deixando de fazer com que operem. É o preço que se paga por viver-se em um Estado Democrático de Direito, numa democracia em que se homenageia a tese de que, em sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele. Há de observar-se, de forma estrita, a ordem jurídica em vigor.

Consoante se depreende do relato minucioso feito por V. Exa., temos um ato que é apontado como "de constrangimento", com origem, com base maior, que diria única, em um procedimento policial contrário ao texto do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE E RELATOR) — Talvez em parte, porque houve informações e suspeita de prática de crime pelo paciente em trabalho policial que precedeu ao pedido de autorização judicial; os policiais já vinham exatamente identificando o relacionamento das duas quadrilhas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Senhor Presidente, corrijo: não atribuo o ilícito constitucional aos policiais, mas àquele que, investido do ofício judicante, inobservou a norma insculpida no citado inciso XII, consoante a qual:

"é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso," — o caso das comunicações telefônicas — "por *ordem judicial,"* — e aí vem a parte que revela que o preceito não era auto-aplicável a época em que autorizada a escuta — "nas *hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;"*

A regulamentação desse dispositivo somente veio à balha após algumas decisões desta Corte, colocando em liberdade traficantes. Lembro-me bem que em um dos casos em que nos pronunciamos, o flagrante surpreendera o agente com noventa quilos de cocaína e, mesmo assim, o Plenário concedeu a ordem.

— Irresignado, o Ministro Moreira Alves objetou: "Vamos colocar na rua um traficante de noventa quilos de cocaína?". Lembro-me do que disse e repeti há pouco: é o preço que se paga por se viver numa democracia. Atende-se à ordem jurídico-constitucional.

Senhor Presidente, concluindo, afastada a escuta, a prova ilícita e respectivos consectários, nada subsiste em termos de respaldo ao decreto condenatório. No *habeas-corpus*, não posso decretar uma preventiva, e, dessa forma, a conseqüência lógica da concessão da ordem é a expedição do alvará de soltura, a ser cumprido com as cautelas legais, se o Paciente não estiver detido por motivo diverso do retratado nestes autos.

Anulo o processo *ab initio*, inclusive a denúncia, porque está calcada em um relatório policial que levou em conta, a mais não poder, a escuta telefônica.

Por isso, concedo a ordem, acompanhando o Maurício Corrêa.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO — Sr. Presidente, no voto que proferi nos *Habeas Corpus* 72.588 e 73.510, examinei a questão das provas ilícitas sob o prisma que os juristas norte-americanos chamam de "frutos da árvore venenosa".

Essa doutrina foi formada e formulada pela Suprema Corte norte-americana, que, entretanto, a trata com temperamentos. Na verdade, Sr. Presidente, vivemos num Estado de Direito e não podemos fugir da idéia de que a lógica do Direito é a lógica do razoável, e que a balança da Justiça tem dois pratos: se num prato estão os inalienáveis direitos individuais, os inalienáveis direitos da pessoa humana, no outro prato estão os direitos da coletividade.

O constitucionalismo deste século faz a compatibilização destas duas concepções, dessas duas *weltanschauung*. Em outras palavras, quer conciliar direitos individuais com direitos da coletividade. Portanto, não vejo como admitir que a apreensão de uma grande quantidade de tóxico não possa ser compreendida no contexto. Penso que encarar radicalmente a doutrina "dos frutos da árvore venenosa, leva a não prestar obséquio, no fundo, ao verdadeiro Estado Democrático de Direito, dado que proclamaria algo não razoável. A cláusula do *substantive due process*, que a nossa Constituição consagra — art. 5º, LIV — restaria violada pela decisão desarrazoada.

Desse modo, reportando-me aos votos que proferi nos mencionados *habeas corpus*, peço licença aos Ministros que divergem para acompanhar o voto de V. Exa., Sr. Presidente.

EXTRATO DA ATA

HABEAS CORPUS N. 74116-9
ORIGEM: SÃO PAULO
RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. MAURÍCIO CORREA
PACTE.: NUNO DOS SANTOS FERNANDES OU AFONSO RODRIGO FERNANDES
IMPTE.: ANTONIO ROBERTO BARBOSA
COATOR: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Por empate na votação o *habeas corpus* foi deferido, vencidos os Senhores Ministros Néri da Silveira (Relator) e Carlos Velloso. Em conseqüência dessa decisão fica anulado o processo *ab initio*, inclusive a denúncia, devendo-se expedir alvará de soltura em favor do paciente, se por *al* não houver de permanecer preso. Relator para o acórdão o Senhor Ministro Maurício Corrêa. 2a Turma, 5.11.96.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Francisco Rezek.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.

Wagner Amorim Madoz, Secretário