



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**HABEAS CORPUS Nº 695895 - MS (2021/0307447-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**PACIENTE** : ANTENOGINES SILVA BERGER (PRESO)  
**CORRÉU** : JOSE CARLOS ROMANA  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

### **EMENTA**

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. POLICIAL QUE ATENDE O CELULAR DE INVESTIGADO E SE PASSA POR ELE PARA INDUZIR CORRÉU A ERRO E EFETUAR PRISÃO EM FLAGRANTE. SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. VIOLAÇÃO. ILICITUDE DAS PROVAS COLHIDAS. TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. INAPLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Ao dispor 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”, o art. 5º, XII, da Constituição estabeleceu uma regra geral de proteção ao sigilo das comunicações telefônicas e criou a possibilidade excepcional da sua relativização, na forma da lei. Vale dizer, enquadrar-se nos termos da lei (no caso, a Lei n. 9.296/1996) é um requisito para que a quebra do sigilo de comunicações telefônicas seja válida, como

ressalva à regra geral de inviolabilidade, pois é só dentro dos limites legais que se admite a relativização da garantia fundamental. Em contrapartida, violar esse sigilo fora das hipóteses previstas pelo legislador implica a ilicitude da diligência, e não a sua validade.

2. No caso, o paciente foi abordado pela polícia em uma rodovia, mas nada de ilícito foi encontrado no veículo por ele conduzido. Desconfiados de que o acusado fosse um batedor do tráfico, todavia, os agentes levaram o réu para o interior da base e começaram a questioná-lo, momento em que o celular dele tocou. Um dos agentes, então, pegou o aparelho do acusado, atendeu a ligação e se fez passar pelo paciente. O outro interlocutor era o corréu José Carlos, o qual estava dirigindo o automóvel que transportava as drogas e pretendia saber do acusado se havia fiscalização policial e se era seguro prosseguir. Fingindo ser o paciente, o policial respondeu afirmativamente e determinou a abordagem do veículo dele, onde então foram encontrados os entorpecentes.

3. Cabe salientar, de início, que o paciente nem sequer estava preso em flagrante no momento em que teve seu celular atendido pelo policial, uma vez que nada de ilegal foi encontrado após a revista no veículo que conduzia. Na ocasião, portanto, não havia justificativa idônea nem mesmo para apreender o celular do réu, muito menos para o militar atender a ligação e, pior, passar-se por ele de forma ardilosa para induzir o corréu a erro e fazer com que acreditasse estar livre de fiscalização policial a rodovia pela qual trafegava, o que veio a ensejar a abordagem e o encontro das drogas no automóvel do referido comparsa.

4. Ausentes quaisquer das hipóteses que permitissem excepcionar a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, não poderia o agente de segurança pública ter atendido ligação direcionada ao acusado sem o seu consentimento e, ainda, manipulado o diálogo a fim de enganar o outro interlocutor e levá-lo à prisão em flagrante, em uma espécie *sui generis* de “interceptação telefônica ativa”. Ao atender o telefone, forjar a sua identidade e mentir para o corréu, o policial

assumiu o papel do real destinatário da ligação e teve acesso – de forma sub-reptícia – ao conteúdo privado de comunicação telefônica destinada exclusivamente ao paciente, circunstâncias que impingem nítida mácula às provas por esse meio colhidas e a todas as que delas derivaram.

5. A teoria da descoberta inevitável está prevista em nosso ordenamento no art. 157, § 2º, do CPP, segundo o qual “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Embora confusa a redação do dispositivo, que parece se referir ao § 1º do mesmo artigo, como explicação da teoria da fonte independente, é consolidado na doutrina o entendimento de que se trata de situações diversas.

6. A construção teórica é oriunda dos Estados Unidos (*inevitable discovery limitation*) e foi adotada pela primeira vez na Suprema Corte daquele país no julgamento do caso *Nix x Willians* (467 US 431, 1984). Tratava-se de caso em que o investigado havia matado uma criança e escondido o corpo, o que motivou 200 voluntários a iniciarem um processo de busca. Durante a procura, a polícia ilegalmente extraiu uma confissão do acusado quanto à localização do cadáver e o encontrou no local por ele indicado. Na espécie, todavia, apesar da ilicitude da confissão, a Corte considerou que o caminho natural do plano previamente traçado para as buscas, em poucas horas, inevitavelmente passaria pelo lugar em que achado o corpo, razão pela qual a prova foi mantida nos autos.

7. Por consistir em exceção à regra da exclusão das provas ilícitas – e, por consequência, a direito fundamental (art. 5º, LVI, da Constituição) – tal teoria deve ser interpretada restritivamente, até como forma de dar conformidade constitucional ao dispositivo legal, que limita o âmbito de aplicação da norma contida na Carta Magna quanto à exclusão das provas ilícitas.

8. Apesar de se tratar de um juízo hipotético, não basta que se faça um raciocínio vago e abstrato de mera possibilidade de descoberta da prova

por outro meio, sob pena de se converter a exceção em regra e, assim, fragilizar sobremaneira a garantia constitucional. É necessário, ao revés, como consectário da interpretação restritiva do dispositivo legal, que ele seja aplicado somente quando demonstrado pela acusação – sobre quem recai o ônus probatório –, com amparo em elementos concretos dos autos, que os fatos naturalmente chegariam ao mesmo desfecho a despeito da ilegalidade na ação policial.

9. É pertinente notar, a respeito, que o texto do art. 157, § 2º, do CPP usa o verbo “seria” – a indicar algo que aconteceria se a ilicitude não houvesse interrompido o caminho natural dos fatos –, e não a locução verbal “poderia ser”, esta representativa de um juízo de mera possibilidade remota. Da mesma forma, cumpre observar que o próprio nome pelo qual se consagrou a teoria é indicativo do rigor com que se deve analisar o hipotético desdobramento causal dos fatos: a descoberta deve ser inevitável – verbete que significa “impossível de evitar, necessário; fatal” –, e não meramente possível.

10. Ainda que seja difícil – em termos epistemológicos – atingir um *standard* de certeza plena e absoluta sobre o que viria a ocorrer no futuro, por se tratar de raciocínio hipotético sobre o curso causal de fatos que não chegaram efetivamente a acontecer, é preciso que a acusação demonstre, com clareza e amparo concreto em elementos dos autos, no mínimo, a alta probabilidade de que os eventos fatalmente se sucederiam de forma a atingir o mesmo resultado alcançado de maneira ilícita. Presente dúvida razoável sobre esse curso causal hipotético, a solução deve ser favorável ao réu, em respeito às garantias fundamentais da presunção de inocência e da vedação ao uso de provas ilícitas.

11. Na espécie, o fato de os acusados já serem previamente investigados pela polícia, a qual tinha informações de que eles fariam o transporte de entorpecentes, não bastava para assegurar que as drogas seriam apreendidas e eles, presos de qualquer forma. Cabe lembrar, por oportuno, que o objetivo da ligação do corréu José Carlos ao paciente – “interceptada” pelo policial – era justamente o de verificar com ele, que

atuava como batedor, se era seguro prosseguir no transporte da droga ou se havia fiscalização policial, a evidenciar que o desfecho poderia ter sido completamente diverso – fuga, desvio de rota, desfazimento das drogas etc – se o militar não houvesse atendido a ligação e, fazendo-se passar pelo réu, garantido ao comparsa que ele poderia continuar sem receios por aquele caminho.

12. Ordem concedida para anular toda as provas colhidas e absolver o paciente.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2022.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ  
Relator



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**HABEAS CORPUS Nº 695895 - MS (2021/0307447-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
**PACIENTE** : ANTENOGINES SILVA BERGER (PRESO)  
**CORRÉU** : JOSE CARLOS ROMANA  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

### **EMENTA**

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. POLICIAL QUE ATENDE O CELULAR DE INVESTIGADO E SE PASSA POR ELE PARA INDUZIR CORRÉU A ERRO E EFETUAR PRISÃO EM FLAGRANTE. SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. VIOLAÇÃO. ILICITUDE DAS PROVAS COLHIDAS. TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. INAPLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Ao dispor 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”, o art. 5º, XII, da Constituição estabeleceu uma regra geral de proteção ao sigilo das comunicações telefônicas e criou a possibilidade excepcional da sua relativização, na forma da lei. Vale dizer, enquadrar-se nos termos da lei (no caso, a Lei n. 9.296/1996) é um requisito para que a quebra do sigilo de comunicações telefônicas seja válida, como

ressalva à regra geral de inviolabilidade, pois é só dentro dos limites legais que se admite a relativização da garantia fundamental. Em contrapartida, violar esse sigilo fora das hipóteses previstas pelo legislador implica a ilicitude da diligência, e não a sua validade.

2. No caso, o paciente foi abordado pela polícia em uma rodovia, mas nada de ilícito foi encontrado no veículo por ele conduzido. Desconfiados de que o acusado fosse um batedor do tráfico, todavia, os agentes levaram o réu para o interior da base e começaram a questioná-lo, momento em que o celular dele tocou. Um dos agentes, então, pegou o aparelho do acusado, atendeu a ligação e se fez passar pelo paciente. O outro interlocutor era o corréu José Carlos, o qual estava dirigindo o automóvel que transportava as drogas e pretendia saber do acusado se havia fiscalização policial e se era seguro prosseguir. Fingindo ser o paciente, o policial respondeu afirmativamente e determinou a abordagem do veículo dele, onde então foram encontrados os entorpecentes.

3. Cabe salientar, de início, que o paciente nem sequer estava preso em flagrante no momento em que teve seu celular atendido pelo policial, uma vez que nada de ilegal foi encontrado após a revista no veículo que conduzia. Na ocasião, portanto, não havia justificativa idônea nem mesmo para apreender o celular do réu, muito menos para o militar atender a ligação e, pior, passar-se por ele de forma ardilosa para induzir o corréu a erro e fazer com que acreditasse estar livre de fiscalização policial a rodovia pela qual trafegava, o que veio a ensejar a abordagem e o encontro das drogas no automóvel do referido comparsa.

4. Ausentes quaisquer das hipóteses que permitissem excepcionar a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, não poderia o agente de segurança pública ter atendido ligação direcionada ao acusado sem o seu consentimento e, ainda, manipulado o diálogo a fim de enganar o outro interlocutor e levá-lo à prisão em flagrante, em uma espécie *sui generis* de “interceptação telefônica ativa”. Ao atender o telefone, forjar a sua identidade e mentir para o corréu, o policial

assumiu o papel do real destinatário da ligação e teve acesso – de forma sub-reptícia – ao conteúdo privado de comunicação telefônica destinada exclusivamente ao paciente, circunstâncias que impingem nítida mácula às provas por esse meio colhidas e a todas as que delas derivaram.

5. A teoria da descoberta inevitável está prevista em nosso ordenamento no art. 157, § 2º, do CPP, segundo o qual “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Embora confusa a redação do dispositivo, que parece se referir ao § 1º do mesmo artigo, como explicação da teoria da fonte independente, é consolidado na doutrina o entendimento de que se trata de situações diversas.

6. A construção teórica é oriunda dos Estados Unidos (*inevitable discovery limitation*) e foi adotada pela primeira vez na Suprema Corte daquele país no julgamento do caso *Nix x Willians* (467 US 431, 1984). Tratava-se de caso em que o investigado havia matado uma criança e escondido o corpo, o que motivou 200 voluntários a iniciarem um processo de busca. Durante a procura, a polícia ilegalmente extraiu uma confissão do acusado quanto à localização do cadáver e o encontrou no local por ele indicado. Na espécie, todavia, apesar da ilicitude da confissão, a Corte considerou que o caminho natural do plano previamente traçado para as buscas, em poucas horas, inevitavelmente passaria pelo lugar em que achado o corpo, razão pela qual a prova foi mantida nos autos.

7. Por consistir em exceção à regra da exclusão das provas ilícitas – e, por consequência, a direito fundamental (art. 5º, LVI, da Constituição) – tal teoria deve ser interpretada restritivamente, até como forma de dar conformidade constitucional ao dispositivo legal, que limita o âmbito de aplicação da norma contida na Carta Magna quanto à exclusão das provas ilícitas.

8. Apesar de se tratar de um juízo hipotético, não basta que se faça um raciocínio vago e abstrato de mera possibilidade de descoberta da prova



por outro meio, sob pena de se converter a exceção em regra e, assim, fragilizar sobremaneira a garantia constitucional. É necessário, ao revés, como consectário da interpretação restritiva do dispositivo legal, que ele seja aplicado somente quando demonstrado pela acusação – sobre quem recai o ônus probatório –, com amparo em elementos concretos dos autos, que os fatos naturalmente chegariam ao mesmo desfecho a despeito da ilegalidade na ação policial.

9. É pertinente notar, a respeito, que o texto do art. 157, § 2º, do CPP usa o verbo “seria” – a indicar algo que aconteceria se a ilicitude não houvesse interrompido o caminho natural dos fatos –, e não a locução verbal “poderia ser”, esta representativa de um juízo de mera possibilidade remota. Da mesma forma, cumpre observar que o próprio nome pelo qual se consagrou a teoria é indicativo do rigor com que se deve analisar o hipotético desdobramento causal dos fatos: a descoberta deve ser inevitável – verbete que significa “impossível de evitar, necessário; fatal” –, e não meramente possível.

10. Ainda que seja difícil – em termos epistemológicos – atingir um *standard* de certeza plena e absoluta sobre o que viria a ocorrer no futuro, por se tratar de raciocínio hipotético sobre o curso causal de fatos que não chegaram efetivamente a acontecer, é preciso que a acusação demonstre, com clareza e amparo concreto em elementos dos autos, no mínimo, a alta probabilidade de que os eventos fatalmente se sucederiam de forma a atingir o mesmo resultado alcançado de maneira ilícita. Presente dúvida razoável sobre esse curso causal hipotético, a solução deve ser favorável ao réu, em respeito às garantias fundamentais da presunção de inocência e da vedação ao uso de provas ilícitas.

11. Na espécie, o fato de os acusados já serem previamente investigados pela polícia, a qual tinha informações de que eles fariam o transporte de entorpecentes, não bastava para assegurar que as drogas seriam apreendidas e eles, presos de qualquer forma. Cabe lembrar, por oportuno, que o objetivo da ligação do corréu José Carlos ao paciente – “interceptada” pelo policial – era justamente o de verificar com ele, que

atuava como batedor, se era seguro prosseguir no transporte da droga ou se havia fiscalização policial, a evidenciar que o desfecho poderia ter sido completamente diverso – fuga, desvio de rota, desfazimento das drogas etc – se o militar não houvesse atendido a ligação e, fazendo-se passar pelo réu, garantido ao comparsa que ele poderia continuar sem receios por aquele caminho.

12. Ordem concedida para anular toda as provas colhidas e absolver o paciente.

## RELATÓRIO

### O SENHOR MINISTÉRIO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

**ANTENOGINES SILVA BERGER** alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul** na Apelação Criminal n. 0000616-75.2013.8.12.0012.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006.

A defesa aduz, em síntese, que “toda a presente ação penal se desenrola a partir da ‘apreensão’ ILEGAL do aparelho celular do suspeito pelos policiais responsáveis pela abordagem, que, sem qualquer autorização do réu ou da Justiça, atendeu chamada que não lhe era destinada e conversou com suposto traficante, o encorajando a passar a barreira policial que estaria vazia, passando-se por um dos acusados” (fl. 8).

Requer, assim, o reconhecimento da ilicitude das provas colhidas com base nessa diligência, bem como de todas as que dela derivaram, e por consequência, a absolvição do acusado.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração (fls. 739-743).

## VOTO

**O SENHOR MINISTÉRIO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):**

### **I. Contextualização**

A denúncia assim descreve a dinâmica fática (fls. 22-23, grifei):

Conforme apurado, no dia dos fatos, Policiais Militares Rodoviários, **em fiscalização de rotina, abordaram o veículo GM/Corsa, placas MSK-2034, de Vitória/ES, que era conduzido por Eder Nascimento Vilela, e, no momento em que os policiais verificavam o veículo Eder recebeu uma ligação em seu celular, sendo que o Policial Justi, fingindo ser Eder, atendeu e, ao ouvir o seguinte questionamento: "os botas está beleza?", respondeu afirmativamente. Diante disso, os Policiais passaram a abordar todos os veículos que passavam pela Base Operacional de Amandina, até que lograram abordar o veículo Ford/Fiesta, placas EJG-9310, de São Paulo, que na ocasião era conduzido por José Carlos Romana, e tinha como passageiro um terceiro indivíduo não identificado.**

Ocorre que, enquanto José Carlos desceu do veículo e foi abrir o porta-malas para que os policiais o vistoriassem, o indivíduo que estava no banco do passageiro, conseguiu assumir a direção do veículo e empreender fuga. Ato contínuo, os policiais efetuaram três disparos de arma de fogo na direção dos pneus do veículo, e, após perseguirem o veículo por aproximadamente 2 Km (dois quilômetros), o condutor perdeu a direção e o veículo capotou. Apesar do capotamento, o indivíduo conseguiu deixar o veículo e embrenhou-se no mato, tomando rumo ignorado.

Foi dada voz de prisão a José Carlos Romana e lavrada ocorrência policial. Todavia, durante a perseguição ao terceiro indivíduo ainda não identificado que havia permanecido na base policial, Eder Nascimento Vilela logrou êxito em fugir.

A Corte estadual rechaçou a nulidade aventada pela defesa nos seguintes termos (fls. 716-721, destaquei):

Depreende-se que, **de fato, o militar Carlos Alberto Justi atendeu uma ligação telefônica recebida no aparelho celular apreendido, conforme ele mesmo confirmou em juízo. Acrescentou, inclusive, que ao atender a chamada ouviu a indagação "os botas está beleza?", ao que respondeu afirmativamente e posteriormente verificou-se que os corrêus, num segundo veículo, transportavam os 267 kg de maconha (p. 382-384).**

Nada obstante ser incontroverso tal procedimento, é também certo que foi utilizado na mais absoluta boa-fé, eis que consistiu em

meio para salvaguarda do interesse público em detrimento do direito individual à intimidade, de forma que não restou caracterizada a aventada nulidade. O e. Superior Tribunal de Justiça, por mais de uma vez, decidiu não haver ilegalidade na ação do policial que, durante a prisão em flagrante de criminoso, atende seu celular, pois esse ato é adotado no combate à criminalidade.

[...]

Também não há falar em flagrante preparado ou provocado. Como é cediço, essa figura ocorre quando a situação flagrancial é instigada pelo agente provocador, de modo a tornar viciada a vontade do agente, eis que induzido à prática criminosa por um terceiro. Dá-se, a isso, a denominação de delito de ensaio ou de crime putativo por obra do agente provocador.

Essa prática é largamente rechaçada, especialmente no âmbito jurisprudencial, tanto que o e. Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento sobre a matéria ao editar o enunciado 145 de sua Súmula, dispondo que "não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". No entanto, o cenário extraído dos autos não se amolda ao flagrante preparado, já que o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente e assim havia sido consumado em momento muito anterior à atuação do policial militar Justi, ou seja, quando o apelante e os corréus receberam a droga e se puseram a transportá-la.

[...]

Ainda que se pudesse aventar a ocorrência de eventual falha no flagrante, tal não seria capaz de macular o processo ou a sentença, pois o procedimento inquisitorial, de caráter meramente informativo, não vicia a ação penal dele resultante, uma vez que serve apenas como elemento de convicção da acusação para o oferecimento da denúncia, ficando reservada a ponderação de tais provas quando da análise do mérito da ação.

[...]

**Ainda a título de argumentação, registro que, mesmo se possível fosse acoiar de ilícita a prova produzida, é certo que incidiria a teoria da descoberta inevitável, já que o curso normal dos acontecimentos conduziria à apreensão da remessa de drogas transportadas, e, por conseguinte, na elucidação da autoria delitiva.** Isto porque a atividade ilícita era previamente investigada pela Polícia Federal, sendo de conhecimento que o apelante e os corréus partiram do Estado do Espírito Santo com destino a Dourados visando adquirirem uma carga de entorpecentes, sendo inclusive todos eles visualizados juntos (havendo, a esse respeito, registros fotográficos) em um dos veículos utilizados durante o transporte da maconha (p. 407-415). Portanto, o desfecho seria exatamente o mesmo, na medida em que o transporte pela via rodoviária fatalmente seria interceptado pela ação policial, de modo que a atividade ilícita seria descoberta de qualquer maneira.

Logo, incabível o reconhecimento da ilicitude das provas produzidas.

Contra este acórdão é que se volta a defesa por meio do presente *writ*, oportunidade em que reitera a sua compreensão quanto à ilicitude das provas existentes nos autos, o que passo a examinar doravante.

## **II. Inviolabilidade das comunicações telefônicas – direito fundamental**

Bem observa Ada Pellegrini Grinover, invocando Nuvolone, que "a intromissão na esfera privada do indivíduo, a pretexto da realização do interesse público, torna-se cada vez mais penetrante e insidiosa, a ponto de ameaçar dissolvê-lo no anônimo e no coletivo, como qualquer produto de massa" (*Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 67).

Com efeito, a fim de preservar, expressamente, a intimidade da pessoa, o art. 5º, XII, da Constituição da República consagrou o direito fundamental relativo à privacidade de comunicação, mediante diversos meios, entre os quais, **os telefônicos**. Veja-se:

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 nas formas que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (destaquei).

**Todavia, no caso das comunicações telefônicas**, a própria ordem constitucional **excepcionou a regra da inviolabilidade**, ao autorizar a sua quebra, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que determinada por ordem judicial devidamente fundamentada (art. 93, IX, da Carta Magna), **nas formas que a lei estabelecer, a fim de permitir a desarticulação de esquemas criminosos quando os meios tradicionais de investigação não forem eficazes para se chegar a provas consistentes**.

Portanto, embora asseguradas, constitucionalmente, a intimidade e a

privacidade das pessoas, **o sigilo das comunicações telefônicas não constitui direito absoluto**, pois pode sofrer restrições se **presentes os requisitos exigidos pela Carta Magna e pela Lei n. 9.296/1996**.

A mencionada lei assenta que não será admitida a interceptação se não houver **indícios razoáveis da autoria ou da participação em infração penal punida com pena de reclusão**, assim como quando **a prova puder ser obtida por outros meios disponíveis** (a mostrar-se uma medida de exceção).

### **III. O caso dos autos – ilicitude das provas**

Segundo se depreende dos autos, é incontroverso que o paciente (na ocasião identificado como Eder, nome que, posteriormente, depois de oferecida a denúncia, descobriu-se ser falso) foi abordado pela polícia em uma rodovia, mas nada de ilícito foi encontrado no veículo por ele conduzido.

Desconfiados de que o acusado fosse um batedor do tráfico, todavia, os agentes levaram o réu para o interior da base e começaram a questioná-lo, momento em que o celular dele tocou. Um dos agentes, então, pegou o aparelho do acusado, atendeu a ligação e se fez passar pelo paciente.

O outro interlocutor era o corréu José Carlos, o qual estava dirigindo o automóvel que transportava as drogas e pretendia saber do acusado se havia fiscalização policial e se era seguro prosseguir. Fingindo ser o paciente, o policial respondeu afirmativamente e determinou a abordagem do veículo dele, onde então foram encontrados os entorpecentes.

Ao contrário do que concluído pela instância de origem, compreendo que foi **ilícita** a conduta policial e, por consequência, todas as provas que dela decorreram.

Cabe salientar, de início, **que o paciente nem sequer estava preso em flagrante no momento em que teve seu celular atendido pelo policial**, uma vez que nada de ilegal foi encontrado após a revista no veículo que conduzia.

Na ocasião, portanto, **não havia justificativa idônea nem mesmo para apreender o celular do réu, muito menos para o militar atender a ligação e, pior, passar-se por ele de forma ardilosa para induzir o corréu a erro** e fazer com que acreditasse estar livre de fiscalização policial a rodovia pela qual trafegava, o que veio a ensejar a abordagem e o encontro das drogas no automóvel do referido comparsa.

A situação em tela guarda certa peculiaridade porque, a rigor, não se enquadra como verdadeira medida de interceptação telefônica, prevista na Lei n. 9.296/1996 e definida pela doutrina clássica como “a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles”, medida cuja configuração “exige sempre a intervenção de um terceiro (a *terzietà* dos italianos), ocorrendo a escuta e/ou gravação enquanto a conversa se desenvolve: até porque, etimologicamente (de *inter capio*), interceptar quer dizer colher durante a passagem a conversa de outros” (GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 174-175).

Assim, uma vez que o policial não ouviu, como terceiro, diálogo travado entre os réus, mas sim foi um dos interlocutores, não se caracterizou, segundo o mencionado ensinamento doutrinário, efetiva interceptação. **Isso, todavia, não significa que a diligência seja válida no caso dos autos.**

Ao dispor 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”, o art. 5º, XII, da Constituição estabeleceu uma regra geral de proteção ao sigilo das comunicações telefônicas e criou a possibilidade excepcional da sua relativização, na forma da lei.

Vale dizer, enquadrar-se nos termos da lei (no caso, a Lei n. 9.296/1996)

é um requisito para que a quebra do sigilo de comunicações telefônicas seja válida, como ressalva à regra geral de inviolabilidade, pois é só dentro dos limites legais que se admite a relativização da garantia fundamental. Em contrapartida, **violar esse sigilo fora das hipóteses previstas pelo legislador implica a ilicitude da diligência, e não a sua validade.**

Deveras, ausentes quaisquer das hipóteses que permitissem excepcionar a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, não poderia o agente de segurança pública ter atendido ligação direcionada ao acusado sem o seu consentimento e, ainda, manipulado o diálogo a fim de enganar o outro interlocutor e levá-lo à prisão em flagrante, em uma espécie *sui generis* de “interceptação telefônica **ativa**”.

Veja-se que, ao atender o telefone, forjar a sua identidade e mentir para o corréu, o policial assumiu o papel do real destinatário da ligação e teve acesso – de forma sub-reptícia – ao conteúdo privado de comunicação telefônica destinada exclusivamente ao paciente, circunstâncias que impingem nítida mácula às provas por esse meio colhidas e a todas as que delas derivaram.

A propósito, lembro que a essência da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (melhor seria dizer venenosa, tradução da *fruits of the poisonous tree doctrine*, de origem norte-americana), consagrada no art. 5º, LVI, da nossa Constituição da República, repudia as provas supostamente lícitas e admissíveis, obtidas, porém, a partir de outra contaminada por ilicitude original.

Ademais, conquanto não se possa falar propriamente em crime impossível por aplicação da Súmula n. 145 do STF (“Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”), visto que o delito de tráfico já havia se consumado antes da captura, isso não afasta a manifesta ilegalidade da ação policial por violação ao sigilo da comunicação telefônica do réu.

Ilustrativamente, menciono caso bastante similar em que a Sexta Turma desta Corte Superior entendeu serem ilícitas as provas colhidas pela polícia depois



de atender o celular do suspeito e provocar a prisão em flagrante:

**HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. ILICITUDE DA PROVA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PESSOAL OU JUDICIAL PARA ACESSAR DADOS DO APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO OU PARA ATENDER LIGAÇÃO. POLICIAL PASSOU-SE PELO DONO DA LINHA E FEZ NEGOCIAÇÃO PARA PROVOCAR PRISÃO EM FLAGRANTE. INEXISTÊNCIA DE PROVA AUTÔNOMA E INDEPENDENTE SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO.**

**1. Não tendo a autoridade policial permissão, do titular da linha telefônica ou mesmo da Justiça, para ler mensagens nem para atender ao telefone móvel da pessoa sob investigação e travar conversa por meio do aparelho com qualquer interlocutor que seja se passando por seu dono, a prova obtida dessa maneira arbitrária é ilícita.**

2. Tal conduta não merece o endosso do Superior Tribunal de Justiça, mesmo que se tenha em mira a persecução penal de pessoa supostamente envolvida com tráfico de drogas. Cabe ao magistrado abstrair a prova daí originada do conjunto probatório porque alcançada sem observância das regras de Direito que disciplinam a execução do jus puniendi.

3. No caso, a condenação do paciente está totalmente respaldada **em provas ilícitas, uma vez que, no momento da abordagem ao veículo em que estavam o paciente, o corréu e sua namorada, o policial atendeu ao telefone do condutor, sem autorização para tanto, e passou-se por ele para fazer a negociação de drogas e provocar o flagrante.** Esse policial também obteve acesso, sem autorização pessoal nem judicial, aos dados do aparelho de telefonia móvel em questão, lendo mensagem que não lhe era dirigida.

4. O vício ocorrido na fase investigativa atinge o desenvolvimento da ação penal, pois não há prova produzida por fonte independente ou cuja descoberta seria inevitável. Até o testemunho dos policiais em juízo está contaminado, não havendo prova autônoma para dar base à condenação. Além da apreensão, na hora da abordagem policial, de cocaína (2,8 g), de maconha (1,26 g), de celulares e de R\$ 642,00 (seiscentos e quarenta e dois reais) trocados, nada mais havia no carro, nenhum petrecho comumente usado na traficância (caderno de anotações, balança de precisão, material para embalar droga, etc.). **Somente a partir da leitura da mensagem enviada a um dos telefones e da primeira ligação telefônica atendida pelo policial é que as coisas se desencadearam e deram ensejo à prisão em flagrante por tráfico de drogas e, depois, à denúncia e culminaram com a condenação.**

5. Ordem concedida para anular toda a ação penal.

(HC n. 511.484/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 29/8/2019, destaquei)

No voto condutor do julgado acima referido, o eminente relator assim argumentou (grifei):

**Não tinha a autoridade policial permissão, do titular da linha telefônica ou mesmo da Justiça, para atender ao telefone móvel do paciente e travar conversa através daquela linha com qualquer interlocutor que fosse. O policial 'entrou' na comunicação alheia, de modo a obter, de modo sub-reptício, conversa que deveria ficar entre aquele que ligou e o destinatário real do telefonema.** É consabido que o sigilo das comunicações telefônicas – e o caso se enquadra nesta situação – somente pode ser relativizado nas hipóteses e na forma que a lei especificar.

É pertinente frisar, outrossim, em sentido análogo, que "A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos ('WhatsApp'), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel" (**REsp n. 1.782.386/RJ**, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, 5ª T., DJe 18/12/2020).

Destarte, é evidente a ilicitude das provas existentes nos autos.

#### **IV. Teoria da descoberta inevitável – inaplicabilidade ao caso**

A Corte estadual, embora haja afirmado que não houve ilegalidade na diligência policial, argumentou que, mesmo se houvesse, “**incidiria a teoria da descoberta inevitável**, já que o curso normal dos acontecimentos conduziria à apreensão da remessa de drogas transportadas, e, por conseguinte, na elucidação da autoria delitiva”, porque “a atividade ilícita era previamente investigada pela Polícia Federal, sendo de conhecimento que o apelante e os corréus partiram do Estado do Espírito Santo com destinado a Dourados visando adquirirem uma carga de entorpecentes, sendo inclusive todos eles visualizados juntos (havendo, a esse respeito, registros fotográficos) em um dos veículos utilizados durante o transporte da maconha (p. 407-415)”.

Na compreensão daquele Tribunal, “o desfecho seria exatamente o mesmo, na medida em que o transporte pela via rodoviária fatalmente seria interceptado pela ação policial, de modo que a atividade ilícita seria descoberta de qualquer maneira” (fls. 720-721, destaquei).

A teoria da descoberta inevitável está prevista em nosso ordenamento no art. 157, § 2º, do CPP, segundo o qual “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Embora confusa a redação do dispositivo, que parece se referir ao § 1º do mesmo artigo, como explicação da teoria da fonte independente, é consolidado na doutrina o entendimento de que se trata de situações diversas, como bem explica Renato Brasileiro: “É verdade que o legislador não se refere de maneira expressa à teoria da descoberta inevitável. Porém, como dito acima, seu conteúdo pode ser extraído do art. 157, § 2º, do CPP [...]. Parece ter havido uma confusão por parte do legislador ao se referir à fonte independente, pois o conceito por ele trazido é o da limitação da descoberta inevitável” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, Salvador: JusPodivm, 2020, p. 694).

A construção teórica é oriunda dos Estados Unidos (*inevitable discovery limitation*) e foi adotada pela primeira vez na Suprema Corte daquele país no julgamento do caso *Nix x Williams* (467 US 431, 1984).

Conforme ensina Tiago Pierobom de Ávila, tratava-se de caso em que o investigado havia matado uma criança e escondido o corpo, o que motivou 200 voluntários a iniciarem um processo de busca. Durante a procura, a polícia ilegalmente extraiu uma confissão do acusado quanto à localização do cadáver e o encontrou no local por ele indicado. Na espécie, todavia, apesar da ilicitude da confissão, a Corte considerou que o caminho natural do plano previamente traçado para as buscas, em poucas horas, inevitavelmente passaria pelo lugar em que achado o corpo, razão pela qual a prova foi mantida nos autos (ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão*

*entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 161).

É necessário pontuar, a propósito, que a teoria da descoberta inevitável, por consistir em exceção à regra da exclusão das provas ilícitas – e, por consequência, a direito fundamental (art. 5º, LVI, da Constituição) – deve ser **interpretada restritivamente**, até como forma de dar conformidade constitucional ao dispositivo legal, que limita o âmbito de aplicação da norma contida na Carta Magna quanto à exclusão das provas ilícitas.

Antonio Magalhães Gomes Filho, saudoso mestre das Arcadas, pondera nesse sentido que, “na situação da *inevitable discovery*, são as circunstâncias especiais do caso concreto (como no exemplo do encontro do cadáver) é que permitem considerar que a prova seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita. Ao contrário disso, o texto legislativo examinado permite que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova derivada por meios legais, o que esvazia, por completo, o sentido da garantia. Em resumo, como está redigido, o texto do art. 157, § 2º, é inconstitucional” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 18, n. 85, 2010, p. 393-410).

No mesmo passo, Miranda Estrampes, na doutrina espanhola, argumenta que:

Da perspectiva do direito à presunção de inocência (art. 24.2 CE) esta exceção dificilmente é admissível, pois se baseia em simples conjecturas ou hipóteses, ou seja, sobre o que poderia ter acontecido, mas não aconteceu na realidade. A presunção de inocência só pode ser infirmada com base em dados plenamente provados e obtidos de forma lícita, e a exceção de "descoberta inevitável" autoriza o uso e aproveitamento probatório de elementos probatórios obtidos em violação de direitos fundamentais com fundamento em que poderiam ser obtidos legalmente, mas que na realidade foram alcançados vulnerando direitos fundamentais (Velasco Núñez, 1996).

(MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, Revista Catalana de Seguretat Pública, 2010, Núm. 22, p. 131-151, traduzi)

Dessa maneira, apesar de se tratar de um juízo hipotético, não basta que se faça um raciocínio vago e abstrato de mera possibilidade de descoberta da prova por outro meio, sob pena de se converter a exceção em regra e, assim, fragilizar sobremaneira a garantia constitucional. É necessário, ao revés, como consectário da **interpretação restritiva** do dispositivo legal, que ele seja aplicado **somente quando demonstrado pela acusação – sobre quem recai o ônus probatório –, com amparo em elementos concretos dos autos, que os fatos naturalmente chegariam ao mesmo desfecho a despeito da ilegalidade na ação policial.**

Como bem alerta Fabiano Takayanagi, citando Maximiliano Hairabedián, “a teoria da descoberta inevitável apresenta riscos se mal aplicada e deve ser usada com restrições para que não se converta em um veículo que derroque os direitos dos cidadãos de estarem livres” (TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. *Críticas às exceções legais às provas ilícitas por derivação no processo penal brasileiro e análise de jurisprudência após a reforma da lei 11.690/08*, Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 164).

É pertinente notar, a respeito, que o texto do art. 157, § 2º, do CPP usa o verbo “**seria**” – a indicar algo que aconteceria se a ilicitude não houvesse interrompido o caminho natural dos fatos –, e não a locução verbal “**poderia ser**”, esta representativa de um juízo de mera possibilidade remota (art. 157, § 2º: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, **seria capaz** de conduzir ao fato objeto da prova”).

Da mesma forma, cumpre observar que o próprio nome pelo qual se consagrou a teoria é indicativo do rigor com que se deve analisar o hipotético desdobramento causal dos fatos: a descoberta deve ser **inevitável** – verbete que significa “impossível de evitar, necessário; fatal” –, e não meramente **possível** (disponível em:

<https://www.aulete.com.br/inevit%C3%A1vel#:~:text=.%3A%20Do%20lat.->

[inevitabilis%2C%20e.%5D,\(%20Herc.%20\)](#). Acesso em: out/2022).

Ainda que seja difícil – em termos epistemológicos – atingir um *standard* de certeza plena e absoluta sobre o que viria a ocorrer no futuro, por se tratar de raciocínio hipotético sobre o curso causal de fatos que não chegaram efetivamente a acontecer, **é preciso que a acusação demonstre, com clareza e amparo concreto em elementos dos autos, no mínimo, a alta probabilidade** de que os eventos fatalmente se sucederiam de forma a atingir o mesmo resultado alcançado de maneira ilícita, como feito no *leading case* da SCOTUS. **Presente dúvida razoável sobre esse curso causal hipotético, a solução deve ser favorável ao réu**, em respeito às garantias fundamentais da presunção de inocência e da vedação ao uso de provas ilícitas.

Nereu Giacomolli afirma, nessa linha, que “não é qualquer curso causal hipotético que é admissível, mas o que tem **alta probabilidade** de ocorrer, em razão de circunstâncias fáticas demonstradas concretamente, pois uma vez aceita a descoberta inevitável, a prova será admitida. Então, **há de exigir-se um grau considerável de probabilidade da descoberta (inevitável)** e que o curso causal saia da mera abstração e **seja demonstrado no plano da realidade fática (concreta e casuística) dos autos**” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47, destaquei).

Da mesma forma, Tiago Pierobom de Ávila, referindo-se à obra do francês Jérôme Benedict, assevera que ele “é favorável à exceção da descoberta inevitável, quando as provas indiretas podiam ter sido adquiridas de uma outra maneira de acordo com a lei, na circunstância de que essa forma de obtenção alternativa **era certa**, ou, **ao menos**, possível conforme **um elevado grau de probabilidade**” (ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 264, grifei).

Naquele caso da jurisprudência estadunidense, conforme esclarecido alhures, ficou demonstrado nos autos que já havia sido **previamente** estabelecido um plano de buscas pelo corpo desaparecido da criança e que, em poucas horas, seria fatalmente vasculhado o lugar em que ele veio a ser encontrado, mesmo se não houvesse ocorrido a confissão ilegal do réu, a qual antecipou a localização. Embora não se possa descartar por completo que houvesse eventual desvio excepcional no planejamento original, tudo indicava que o encontro ocorreria em breve.

Já na situação debatida no presente *writ*, diferentemente do consignado pelo Tribunal de origem, compreendo que o fato de os acusados já serem previamente investigados pela polícia, a qual tinha informações de que eles fariam o transporte de entorpecentes, não bastava para assegurar que as drogas seriam apreendidas e eles, presos de qualquer forma.

Faço lembrar, por oportuno, que o objetivo da ligação do corréu José Carlos ao paciente – “interceptada” pelo policial – era justamente o de verificar com ele, que atuava como batedor, se era seguro prosseguir no transporte da droga ou se havia fiscalização policial, a evidenciar que **o desfecho poderia ter sido completamente diverso – fuga, desvio de rota, desfazimento das drogas etc – se o militar não houvesse atendido a ligação e, fazendo-se passar pelo réu, garantido ao comparsa que ele poderia continuar sem receios por aquele caminho.**

Em um comparativo com o precedente da Suprema Corte dos EUA, seria necessário provar, por exemplo, que os policiais já tinham fundadas suspeitas que autorizassem a busca veicular, que já seguiam de perto o comparsa na rodovia e que já havia bloqueios e cercos policiais no entorno que impossibilitassem qualquer tentativa de fuga ou desfazimento das drogas pelo corréu, mesmo se alertado pelo batedor.

Em sentido análogo:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL.  
TRÁFICO DE DROGAS. **PROVA OBTIDA DE CONVERSA**

**TRAVADA POR FUNÇÃO VIVA-VOZ DO APARELHO CELULAR DO SUSPEITO. DÚVIDAS QUANTO AO CONSENTIMENTO. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE CONSTATADA. AUTOINCRIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. **DESCOBERTA INEVITÁVEL. INOCORRÊNCIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO MANTIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.****

1. O Tribunal de origem considerou que, embora nada de ilícito houvesse sido encontrado em poder do acusado, a prova da traficância foi obtida em flagrante violação ao direito constitucional à não autoincriminação, uma vez que aquele foi compelido a reproduzir, contra si, conversa travada com terceira pessoa pelo sistema viva-voz do celular, que conduziu os policiais à sua residência e culminou com a arrecadação de todo material estupefaciente em questão.

2. Não se cogita estar diante de descoberta inevitável, porquanto este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o que não se coaduna com o caso aqui tratado em que a prova do crime dependeu da informação obtida pela autoridade policial quando da conversa telefônica travada entre o suspeito e terceira pessoa.

3. O relato dos autos demonstra que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva, por má conduta policial, gerando uma verdadeira autoincriminação. Não se pode perder de vista que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente.

4. Está-se diante de situação onde a prova está contaminada, diante do disposto na essência da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), consagrada no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que proclama a nódia de provas, supostamente consideradas lícitas e admissíveis, mas obtidas a partir de outras declaradas nulas pela forma ilícita de sua colheita.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 1.630.097/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 28/4/2017, grifei)

Assim, considerando que não houve concreta demonstração quanto à inevitabilidade da descoberta das provas obtidas de forma ilícita, o acolhimento da pretensão defensiva é medida que se impõe.

## **V. Dispositivo**

À vista do exposto, **concedo a ordem**, para o fim de reconhecer a



ilicitude das provas colhidas com base na diligência policial ilícita, bem como de todas as que delas derivaram e, por consequência, **absolver** o paciente, com fundamento no art. 386, II, do CPP.

Comunique-se, **com urgência**, às instâncias ordinárias sobre o inteiro teor desta decisão, para as providências cabíveis.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
SEXTA TURMA**

Número Registro: 2021/0307447-8

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**HC 695.895 / MS  
MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00006167520138120012 00010093420128120012 10093420128120012  
6167520138120012

EM MESA

JULGADO: 08/11/2022

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
PACIENTE : ANTENOGINES SILVA BERGER (PRESO)  
CORRÉU : JOSE CARLOS ROMANA  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.