



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2015.0000311243

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008453-35.2012.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante/apelado VALTER MOREIRA DA COSTA JUNIOR, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso para absolver o réu, com base no art. 386, II, do Código de Processo Penal, vencido, parcialmente o Relator sorteado. Acórdão com o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NUEVO CAMPOS (Presidente sem voto), FRANCISCO BRUNO, vencedor, CARLOS BUENO, vencido e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 30 de abril de 2015.

FRANCISCO BRUNO
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação n.º 0008453-35.2012 – 3.ª Vara Criminal de Taubaté

Apelante: Valter Moreira da Costa Júnior

Apelado: Ministério Público

Relator sorteado: Des. Carlos Bueno (voto n.º 31.423)

Relator designado: Francisco Bruno

Voto n.º 19.015

Ao relatório da r. sentença, acrescento que Valter Moreira da Costa Júnior foi condenado a três anos, quatro meses e vinte e cinco dias de reclusão, regime fechado, e trezentos e quarenta dias-multa, por infração do art. 33, caput, da Lei de Drogas, e do art. 12 do Estatuto do Desarmamento. Apelou, alegando nulidade da busca e apreensão e em decorrência da suspeição reconhecida pelo próprio Magistrado que presidiu a instrução, mas somente depois de encerrada esta no mérito, pede a absolvição ou a atenuação da pena e do regime.

Apelou também o Ministério Público, pelo afastamento do tráfico privilegiado.

Respondidos os recursos, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso de defesa, acolhido o do Ministério Público.

É o relatório.

De início, anoto que os autos me vieram com vista antecipada, ante os louváveis – e habituais – cuidado e discernimento do eminente relator, Des. Carlos Bueno, já que minha divergência era



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

previsível.

E, com o habitual respeito, ousar mesmo divergir da douta maioria; já anteriormente, em habeas corpus, deixei consignado meu entendimento acerca da questão arguida em preliminar, pois (como já deixei expresso em outros votos vencidos) meu posicionamento, no aspecto de que aqui se trata, é mais rigoroso do que o dos demais ilustres componentes da Câmara.

Com efeito, a meu ver as garantias constitucionais não podem ser relativizadas sem que, cedo ou tarde, se pague um preço muito alto – alto demais, a meu ver, para que assim se aja, ainda que nos crimes mais graves.

Pois bem. De início, e sem nem mesmo entrar na questão da inexistência de fundamento da decisão que deferiu a busca, acredito que houve, sim, infringência do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil; este, em seu art. 7.º, § 6.º, é muito claro: “Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes”. Ora, é evidente que, ao referir-se a “representante da OAB”, não se refere a lei a qualquer advogado (não vai aqui, à evidência, nenhum desprestígio à profissional que acompanhou a diligência). Os advogados, é claro, são todos representados, de alguma forma, pela OAB – mas é claro que nem todos a representam, a não ser por designação especial por quem tenha poder para fazê-lo.

E não se trata, esta, de questão perfunctória, meramente formal. A garantia do sigilo para algumas profissões (entre elas, à



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

evidência, do advogado) é exigência básica para a democracia – se se deseja uma democracia material, e não somente formal. E foi ela, aqui, flagrantemente desrespeitada, e – pior – sem motivo algum que sequer se pudesse cogitar como (se fosse possível) justificativa.

Mais. Friso que nada teria que opor se o encontro fortuito da prova tivesse se dado dentro dos limites do mandado que resultou no processo movido contra o paciente (ainda uma vez ignorada, para efeito de argumentação, a inexistência de fundamento no deferimento dele). Se o mandado é válido, e foi normalmente cumprido, então tudo o que se encontra durante o cumprimento, ligado ou não ao fato que o originou, tem procedência lícita e não cabe falar em “fruto da árvore envenenada”.

Contudo, o mandado em questão foi emitido para realização de diligência de busca e apreensão de revólver que pertenceria a um estagiário do escritório de advocacia. E é claro que a garantia constitucional em questão, para que possa ser chamada, com seriedade, de “garantia”, tem de ser interpretada restritivamente: como é possível admitir, sem a descaracterizar totalmente – e até mesmo para satisfazer as exigências do art. 243 do Código de Processo Penal –, que, expedida para busca relacionada com estagiário de escritório de advocacia, valha para todas as mesas e arquivos ali existentes? Imagine-se, para que fique bem caracterizado o absurdo, um mando de busca, expedido pela autoridade competente, para busca e apreensão do revólver com um assessor de Desembargador, ou de Ministro de Corte Superior. Isso daria à autoridade policial legitimidade para revistar a mesa de trabalho do próprio Desembargador, ou do Ministro? É óbvio, a meu ver, que não; de tal sorte, parece igualmente claro que, nestes autos, foi extrapolado o linde constitucionalmente permitido pela ordem judicial.

É claro que não é fácil, principalmente para um conservador como eu, anular um processo de tamanha gravidade; mas, como todo verdadeiro conservador, sou empedernido democrata. Nada de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

surpreendentes nisto, assim como não é de admirar que o Ministro considerado o mais conservador do Supremo Tribunal dos EUA, Antonin Scalia, seja um dos mais ciosos das garantias individuais dos cidadãos (inclusive, é claro, dos réus).

E, já que falamos de conservadores, um dos maiores do século passado, Alexandre Soljenitsin, bem demonstrou a importância das garantias do cidadão; O Primeiro Círculo, com sua máquina de apontar culpados (considerada satisfatória pelo governo, quando conseguiu passar a restringir os suspeitos a cinco) bem o mostra. Dai por que, embora com pesar, não vejo alternativa.

E, com todo o respeito, admitir que, em se tratando de crime permanente, a inconstitucionalidade deixa de existir se, por acaso, se encontra algo que a teria justificado é eliminar por completo a garantia constitucional: para que esta exista efetivamente, a análise da legalidade de uma busca domiciliar (em sentido amplo) realizada sem mandado judicial tem de ser feita em levando em conta as circunstâncias que existiam antes de que ela ocorresse: havia fundamento legal, sem que se soubesse o que ficou claro depois dela, para que fosse realizada? Se não, onde a garantia? Se um policial acha que determinada pessoa está cometendo um crime, pode violar direito constitucional baseado em mero palpite? Evidente que não; e que por acaso tivesse razão não afasta o flagrante abuso cometido. Parece-me que a teoria do fruto da árvore proibida é consectário lógico e inevitável da garantia – e é, aqui, claramente aplicável; o fruto, que por acaso surgiu, está inarredavelmente contaminado.

Daí por que, sempre com o maior respeito, não vejo como admitir a legalidade do que ocorreu.

Ante o exposto, meu voto dá provimento ao recurso, para absolver Valter Moreira da Costa Júnior, com fundamento no art. 386, II,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do Código de Processo Penal.

FRANCISCO BRUNO
Relator designado