

HC 129646 / SP

FUNDAMENTAÇÃO SUBSTANCIAL.
PRECEDENTES. A QUESTÃO
DA ILICITUDE DA PROVA:
TEMA IMPREGNADO DE ALTO
RELEVO CONSTITUCIONAL. DIREITO
FUNDAMENTAL DE QUALQUER
PESSOA DE NÃO SER INVESTIGADA,
ACUSADA, PROCESSADA OU
CONDENADA COM BASE EM PROVAS
ILÍCITAS (HC 93.050/RJ, REL. MIN. CELSO
DE MELLO – RHC 90.376/RJ, REL.
MIN. CELSO DE MELLO, *v.g.*).
INADMISSIBILIDADE DA SUA
PRODUÇÃO EM JUÍZO OU PERANTE
QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER.
DISCUSSÃO EM TORNO DA
ILICITUDE POR DERIVAÇÃO (“FRUITS
OF THE POISONOUS TREE”).
DOCTRINA. PRECEDENTES. “HABEAS
CORPUS” DEFERIDO.

DECISÃO:

1. O litígio objeto da presente impetração.

Trata-se de “*habeas corpus*” impetrado contra decisão que, emanada
do E. Superior Tribunal de Justiça, acha-se consubstanciada em acórdão
assim ementado:

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM
‘HABEAS CORPUS’. FRAUDES EM LICITAÇÕES,
FORMAÇÃO DE QUADRILHA E FALSIDADE IDEOLÓGICA.
OPERAÇÃO FRATELLI. ‘NOTICIA CRIMINIS’ ANÔNIMA.

HC 129646 / SP

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DETERMINAÇÃO. ANTERIOR COLHEITA DE PROVAS. EXISTÊNCIA. PROCEDIMENTOS DE INVESTIGAÇÃO PRÉVIOS À REQUISIÇÃO DE QUEBRA DO SIGILO. OCORRÊNCIA. MEDIDA CONSTRITIVA DEFERIDA. NULIDADE. DECISÃO PRIMEVA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. PRORROGAÇÕES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DURAÇÃO DA MEDIDA CONSTRITIVA. PRAZO INDISPENSÁVEL COMPLEXIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. EQUÍVOCOS NAS AUTORIZAÇÕES CONSTRITIVAS. EIVAS. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não se descurando do direito à intimidade e da vedação do anonimato, previstos na Constituição Federal, ecoa nos tribunais o entendimento de que possível se mostra a inauguração de investigações preliminares para averiguar a veracidade de comunicação apócrifa, desaguando em um cenário que sirva como supedâneo para um subseqüente procedimento investigatório formal – inquérito policial –, caso existentes indícios da autoria e materialidade delitiva.

2. Conquanto não possa servir como parâmetro único da persecução penal, a ‘delatio criminis’ anônima pode servir para dar início às investigações e colheitas de elementos acerca da possível prática de infração penal, de sorte a desencadear medidas cautelares de maior peso.

3. Na hipótese em apreço, constata-se que a comunicação anônima não foi o único dado que serviu para embasar a interceptação telefônica autorizada judicialmente, que ensejou as quebras de sigilos de outros terminais, bem como as prorrogações posteriores, eis que existentes diligências prévias à medida constritiva extrema.

4. Não se vislumbra flagrante ilegalidade, visto que a quebra do sigilo, a prisão e a denúncia em desfavor dos requerentes não estão intimamente amparadas nos informes apócrifos recebidos, existindo procedimentos investigatórios preliminares anteriores a requisição da medida constritiva extrema.

HC 129646 / SP

5. *A decretação da medida cautelar de interceptação atendeu aos pressupostos e fundamentos de cautelaridade, visto que os crimes investigados eram punidos com reclusão, havia investigação formalmente instaurada, apontou-se a necessidade da medida extrema e a dificuldade para a sua apuração por outros meios, além do 'fumus comissi delicti' e do 'periculum in mora'.*

6. *As autorizações subsequentes de interceptações telefônicas, bem como suas prorrogações, reportaram-se aos fundamentos da decisão primeva, evidenciando-se, assim, a necessidade da medida, diante da continuação do quadro de imprescindibilidade da providência cautelar, não se apurando irregularidade na manutenção da constrição no período.*

7. *É inegável a complexidade das operações delitivas desenvolvidas, cujos integrantes supostamente dispunham de um esmerado esquema criminoso, com ramificações em instituições estatais, mediante o apoio de funcionários públicos, necessitando o ente público de dispor do método constritivo dos direitos individuais, entendido como último recurso, em prol do Estado Democrático de Direito, pelo prazo indispensável para a consecução do arcabouço probatório na persecução penal.*

8. *Não procedem as menções de equívoco em autorizações constritivas, apontando as pechas de que foi requestado o cancelamento da medida para um número, restando deferida a sua prorrogação, e que foi pleiteada a prorrogação de um terminal e autorizada de outro, eis que, da atenta leitura das representações e das decisões judiciais, não se encontra qualquer eiva, nos termos do mencionado pela defesa.*

9. *Recurso a que se nega provimento."*

(RHC 43.037/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – grifei)

Busca-se, nesta sede processual, "(...) **seja reconhecida a nulidade** dos procedimentos de interceptação telefônica na forma em que foram levados a efeito nos Autos de nº 606/2008 e 292/2010, ambos da 1ª Vara Criminal de Fernandópolis/SP, **decretando-se**, via de consequência, **a ilicitude** da prova colhida nos aludidos procedimentos, **bem como daqueles derivadas (...)**" (grifei).

HC 129646 / SP

Registro que, em juízo de estrita deliberação, **deferir** o pedido de medida liminar **formulado** nestes autos, **por vislumbrar plausibilidade jurídica** na pretensão deduzida pela parte impetrante.

O Ministério Público Federal, **em manifestação** da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, **opinou**, no mérito, **pela denegação** da ordem de “*habeas corpus*”.

Sendo esse o contexto, **passo a examinar** a causa ora em julgamento. **E, ao fazê-lo, entendo assistir razão**, em parte, aos ora impetrantes.

2. Legitimidade da delação anônima (requisitos de sua admissibilidade) e persecução penal

Vale registrar, inicialmente, **que não se revela acolhível** a alegação de que a interceptação telefônica **teria sido decretada** com base, **exclusivamente**, em **delação anônima**.

Observo, a partir da leitura do acórdão ora impugnado, “(...) **que a comunicação anônima não foi o único dado** que serviu para embasar a interceptação telefônica **autorizada judicialmente**, que ensejou as quebras de sigilos de outros terminais, bem como as prorrogações posteriores, **eis que existentes diligências prévias** à medida constritiva extrema” (grifei).

O aspecto que venho de ressaltar **assume** relevo, **pois**, como se sabe, **a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reputado legítima** a instauração de procedimento investigatório **com base em delação anônima, desde que efetivadas**, pela autoridade policial (ou pelo Ministério Público), **diligências preliminares destinadas** a constatar **a verossimilhança** dos dados informativos **veiculados pelo delator anônimo** (**HC 95.244/PE**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **HC 103.418/PE**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI –

HC 129646 / SP

RHC 86.082/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RHC 116.000-AgR/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“AGRAVO REGIMENTAL. ‘HABEAS CORPUS’. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DILIGÊNCIAS PRÉVIAS.

1. A interceptação telefônica foi precedida de diligências preliminares, não sendo possível acolher a alegação de que o procedimento penal instaurado baseou-se exclusivamente em denúncia anônima. 2. Não há nulidade na decisão que, embora sucinta, apresenta fundamentos essenciais para a decretação da quebra do sigilo telefônico, ressaltando, inclusive, que ‘o ‘modus operandi’ dos envolvidos’ ‘difícilmente’ poderia ‘ser esclarecido por outros meios’ (HC 94.028, Rel. Min. Cármen Lúcia). 3. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na inicial da impetração não são suficientes para modificar a decisão ora agravada’ (HC 115.560-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli). 4. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(HC 120.203-AgR/RJ, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – grifei)

“‘HABEAS CORPUS’. ‘DENÚNCIA ANÔNIMA’ SEGUIDA DE INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO POLICIAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AÇÕES PENAIIS NÃO DECORRENTES DE ‘DENÚNCIA ANÔNIMA’. LICITUDE DA PROVA COLHIDA E DAS AÇÕES PENAIIS INICIADAS. ORDEM DENEGADA.

Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada ‘denúncia anônima’, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (86.082, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 22.08.2008; 90.178, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 26.03.2010; e HC 95.244, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30.04.2010).

No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada ‘notícia anônima’, mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial.

HC 129646 / SP

A alegação de que o deferimento da interceptação telefônica teria violado o disposto no art. 2º, I e II, da Lei 9.296/1996 não se sustenta, uma vez que a decisão da magistrada de primeiro grau refere-se à existência de indícios razoáveis de autoria e à imprescindibilidade do monitoramento telefônico.

Ordem denegada."

(RHC 99.490/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – grifei)

“HABEAS CORPUS’ – RECURSO ORDINÁRIO – MOTIVAÇÃO ‘PER RELATIONEM’ – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL – DELAÇÃO ANÔNIMA – ADMISSIBILIDADE – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DOS REQUISITOS LEGITIMADORES DE SEU ACOLHIMENTO – DOUTRINA – PRECEDENTES – PRETENDIDA DISCUSSÃO EM TORNO DA ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS – IMPOSSIBILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO ‘HABEAS CORPUS’ – PRECEDENTES – RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

PERSECUÇÃO PENAL E DELAÇÃO ANÔNIMA

*– **As autoridades públicas não podem iniciar qualquer medida de persecução (penal ou disciplinar), apoiando-se, unicamente, para tal fim, em peças apócrifas ou em escritos anônimos. É por essa razão que o escrito anônimo não autoriza, desde que isoladamente considerado, a imediata instauração de ‘persecutio criminis’.***

*– **Nada impede que o Poder Público, provocado por delação anônima (‘disque-denúncia’, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, ‘com prudência e discricão’, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da ‘persecutio criminis’, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas.***

HC 129646 / SP

– *Diligências prévias, promovidas por agentes policiais, reveladoras da preocupação da Polícia Judiciária em observar, com cautela e discricção, notadamente em matéria de produção probatória, as diretrizes jurisprudenciais estabelecidas, em tema de delação anônima, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. (...).*”

(RHC 117.988/RS, Red. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO)

Cabe acentuar, por oportuno, que essa diretriz jurisprudencial revela-se concordante com o magistério da doutrina (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 87/88, item n. 29, 2008, RT; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 9, 23ª ed., 2009, Saraiva; GIOVANNI LEONE, “Trattato di Diritto Processuale Penale”, vol. II/12-13, item n. 1, 1961, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Código de Processo Penal Comentado”, vol. 1/34-35, 4ª ed., 1999, Saraiva; RODRIGO IENNACO, “Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no Estado Democrático de Direito”, “in” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 62/220-263, 2006, RT; ROMEU DE ALMEIDA SALLES JUNIOR, “Inquérito Policial e Ação Penal”, p. 19/20, item n. 17, 7ª ed., 1998, Saraiva; CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, “Comentários ao Código de Processo Penal”, vol. 1/210, item n. 70, 2002, EDIPRO; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “Persecução Penal, Prisão e Liberdade”, p. 34/35, item n. 6, 1980, Saraiva, v.g.), **como se vê, p. ex., da lição** de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Elementos de Direito Processual Penal”, vol. I/147, item n. 71, 2ª ed., **atualizada** por Eduardo Reale Ferrari, 2000, Millennium):

“No direito pátrio, a lei penal considera crime a denúncia caluniosa ou a comunicação falsa de crime (Código Penal, arts. 339 e 340), o que implica a exclusão do anonimato na ‘notitia criminis’, uma vez que é corolário dos preceitos legais citados a

HC 129646 / SP

perfeita individualização de quem faz a comunicação de crime, a fim de que possa ser punido, **no caso** de atuar abusiva e ilicitamente.

Parece-nos, porém, que nada impede a prática de atos iniciais de investigação da autoridade policial, quando delação anônima lhe chega às mãos, uma vez que a comunicação apresente informes de certa gravidade e contenha dados capazes de possibilitar diligências específicas para a descoberta de alguma infração ou seu autor. Se, no dizer de G. Leone, não se deve incluir o escrito anônimo entre os atos processuais, não servindo ele de base à ação penal, e tampouco como fonte de conhecimento do juiz, nada impede que, em determinadas hipóteses, a autoridade policial, com prudência e discricão, dele se sirva para pesquisas prévias. Cumpre-lhe, porém, assumir a responsabilidade da abertura das investigações, como se o escrito anônimo não existisse, tudo se passando como se tivesse havido ‘notitia criminis’ inqualificada.”
(grifei)

3. O dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais, notadamente quando implicarem restrição à esfera jurídica das pessoas, como a decretação ou a prorrogação de interceptação telefônica, sob pena de nulidade

Há, no entanto, outro fundamento subjacente à presente impetração, que se reveste, **segundo penso, de inquestionável** relevo jurídico-constitucional, pois estes autos revelam o **desatendimento, pelo magistrado, da obrigação imposta** pelo art. 93, IX, da Constituição, **consubstanciada no dever de fundamentar, sob pena de nulidade,** as decisões proferidas **e que, no caso, decretaram, inicialmente, e após, prorrogaram** as interceptações telefônicas **requeridas** pelo Ministério Público:

“A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUI PRESSUPOSTO DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

– A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões

HC 129646 / SP

*emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes.”
(HC 74.073/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)*

Observo que, no âmbito das cautelares nº 606/08 e nº 292/10, o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Fernandópolis/SP decretou e prorrogou interceptações telefônicas, fazendo-o com apoio em decisões inegavelmente estereotipadas, com suporte em texto claramente padronizado, como se referidas decisões – impregnadas de gravíssimas conseqüências – constituíssem meros formulários destinados a terem seus espaços em branco preenchidos pela autoridade judiciária conforme a natureza do delito.

Não obstante inadmissível esse tipo de decisão, o magistrado local, *ainda assim*, incidiu em erro, fazendo equivocada referência ao crime de “tráfico de entorpecentes”, muito embora os delitos motivadores da “*persecutio criminis*” se referissem, no caso, à suposta prática de ilícitos tipificados no art. 90 e nos arts. 288 e 299, ambos do Código Penal.

Vale acentuar que esses aspectos foram muito bem destacados nos votos vencidos que proferiram os eminentes Ministros SEBASTIÃO REIS JÚNIOR e ROGERIO SCHIETTI CRUZ no julgamento do pedido de “*habeas corpus*” de que resultou o acórdão ora impugnado nesta sede processual.

Enfatizou-se, então, em referidos pronunciamentos, que as sucessivas decisões de prorrogação das interceptações telefônicas “*são ilegais, tendo em vista a falta de fundamentação*” (Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR), considerada a circunstância de que mencionados atos decisórios, de conteúdo estereotipado, revelam-se incapazes – consoante advertiu o Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ – “*de singularizar o caso*”

HC 129646 / SP

examinado”, o que torna tais decisões “inválidas, porquanto servem para todos os casos e, assim, não servem para [caso] nenhum”.

Não se desconhece que esta Suprema Corte *tem admitido a possibilidade* de o procedimento probatório da interceptação de conversações telefônicas *sofrer sucessivas prorrogações, desde que demonstrada*, no entanto, *em cada renovação, mediante fundamentação juridicamente idônea, a indispensabilidade* de tal diligência (HC 83.515/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM – HC 125.792-AgR/RO, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – RHC 88.371/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.), *o que não ocorreu* no caso ora em exame, **considerada a absoluta ausência** de motivação **apta a legitimar as sucessivas decisões de prorrogação** dos atos de interceptação telefônica, **pois, como precedentemente enfatizado, referidas decisões** – vazadas em termos estereotipados e genéricos – **sequer individualizaram** o caso submetido à apreciação judicial:

“4. É cediço na Corte que as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas por mais de uma vez, desde que comprovada sua necessidade mediante decisão motivada do Juízo competente, como ocorrido no caso ‘sub judice’. Precedentes: RHC 85575/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ de 16/3/2007; RHC 88371/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ de 2/2/2007; HC 83515, rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, DJ de 4/3/2005; Inq 2424, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJ de 26/3/2010.”
(HC 104.934/MT, Red. p/ o acórdão Rel. Min. LUIZ FUX – grifei)

“1. Nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal, a interceptação telefônica dependerá de ordem judicial (cláusula de reserva jurisdicional), que, de acordo com o art. 1º da Lei nº 9.296/1996, deverá ser expedida pelo juiz competente, em decisão devidamente fundamentada que demonstre sua conveniência e indispensabilidade. Precedentes.”
(HC 154.265-AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – grifei)

HC 129646 / SP

Cabe assinalar, neste ponto, **que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal – **tratando-se de medidas restritivas da esfera jurídica de pessoas sob investigação penal** do Estado (interceptação telefônica, quebra de sigilo, busca e apreensão, *v.g.*) **ou cuidando-se de decretação de prisão cautelar** – **mostra-se severa**, pois **exige que a decisão judicial que ordena qualquer** dessas providências, **sempre excepcionais**, **apoie-se em fundamentação substancial**, **sob pena** de nulidade **do próprio** ato decisório (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 116.491/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 121.250/SE, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 130.723/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, *v.g.*).

Nesse contexto, vale relembrar que esta Corte Suprema, **em inúmeros precedentes** (HC 121.929/TO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – HC 129.554/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – HC 134.939/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 95.311/SP, Rel. Min. EROS GRAU, *v.g.*), **não tem admitido** decisões que, **impregnadas de motivação genérica ou abstrata (destituídas, portanto, de suporte fundado em elementos concretos)**, **traduzam** “*fórmulas de estilo, genéricas, aplicáveis a todo e qualquer caso, sem indicar os elementos fáticos concretos que pudessem autorizar a medida*” (HC 130.038/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI):

“*‘Habeas corpus’. 2. Tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/06). 3. Enunciado 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Manifesto constrangimento ilegal. Superação. 4. Conversão da prisão em flagrante em preventiva por meio de formulário pré-formatado. Ausência de fundamentação lastreada em elementos concretos a justificar a prisão cautelar. (...). 6. Ordem concedida (...).”*

(HC 128.880/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

4. O processo penal como instrumento constitucional de salvaguarda da liberdade jurídica de quem sofre persecução penal

HC 129646 / SP

O processo penal – não constitui demasia relembrar – **figura como exigência constitucional** (“*nulla poena sine iudicio*”) **destinada a limitar e a impor contenção** à vontade do Estado, cuja atuação **sofre, necessariamente, os condicionamentos** que o ordenamento jurídico **impõe** aos organismos policiais, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

Daí a observação de LUIGI FERRAJOLI (“Direito e Razão”, traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, p. 91, 4ª ed., 2014, RT), **cuja precisa lição** – ao discutir a questão pertinente aos princípios e modelos estruturantes das garantias penais e processuais penais, notadamente os postulados “da consequencialidade da pena em relação ao delito”, “da legalidade”, “da necessidade”, “da lesividade ou da ofensividade do evento delituoso”, “da materialidade da ação”, “da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal”, “da jurisdicionalidade”, “da separação entre juiz e acusação (princípio acusatório)”, “do ônus da prova” e “do contraditório ou da defesa” – **põe em destaque, a partir de tais diretrizes essenciais, dez axiomas que resumem a fórmula doutrinária do garantismo penal:**

- *Nulla poena sine crimine*
- *Nullum crimen sine lege*
- *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
- *Nulla necessitas sine injuria*
- *Nulla injuria sine actione*
- *Nulla actio sine culpa*
- *Nulla culpa sine iudicio*
- *Nullum iudicium sine accusatione*
- *Nulla accusatio sine probatione*
- *Nulla probatio sine defensione*” (grifei)

O processo penal e os Tribunais, nesse contexto, são, por excelência, espaços institucionalizados de defesa e proteção dos réus contra eventuais excessos da maioria, ao menos enquanto este Supremo Tribunal Federal, **sempre fiel e atento** aos postulados que regem a ordem

HC 129646 / SP

democrática, **puder julgar, de modo independente e imune a indevidas pressões externas**, as causas submetidas ao seu exame e decisão.

É por isso que o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos fundamentais daqueles **que sofrem** persecução penal **por parte** do Estado **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, **a agenda permanente** desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua **destinação institucional**, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional e nas leis da República.

Com efeito, **a necessidade de outorgar-se**, em nosso sistema jurídico, **proteção judicial efetiva** à cláusula do “*due process of law*” **qualifica-se**, na verdade, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito.

De outro lado, **mostra-se relevante ter sempre presente a antiga advertência**, que ainda guarda permanente atualidade, de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, **ilustre** Professor das *Arcadas* e **eminente** Juiz deste Supremo Tribunal Federal (“**O Processo Criminal Brasileiro**”, vol. I/10-14 e 212-222, 4ª ed., 1959, Freitas Bastos), **no sentido** de que a persecução penal, **que se rege por estritos padrões normativos**, **traduz** atividade **necessariamente subordinada** a limitações de ordem jurídica, **tanto de natureza legal quanto de ordem constitucional**, **que restringem** o poder do Estado, **a significar**, desse modo, **tal como enfatiza** aquele Mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, **que o processo penal** só pode ser concebido – **e assim deve ser visto** – **como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu**.

É por essa razão que o processo penal condenatório **não** constitui **nem** pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. **Ao contrário**, ele representa poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes **de que dispõem** os órgãos incumbidos da persecução penal. **Não**

HC 129646 / SP

exagero ao ressaltar a decisiva importância do processo penal **no contexto** das liberdades públicas, **pois** – insista-se – o Estado, **ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu, faz do processo penal** um instrumento **destinado a inibir** a opressão judicial **e a neutralizar** o abuso de poder perpetrado por agentes e autoridades estatais.

Daí a corretíssima observação do eminente e saudoso Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**”, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed., 2004, RT), **no sentido** de que o processo penal **há de ser analisado** em sua precípua condição de “instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral”, **tal como entende, também em autorizado magistério**, o saudoso Professor HÉLIO TORNAGHI (“**Instituições de Processo Penal**”, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), **cuja lição bem destaca a função tutelar do processo penal**:

“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.” (grifei)

Essa mesma percepção a propósito da vocação protetiva do processo penal, **considerado** o regime constitucional das liberdades fundamentais, **é também perfilhada** por autorizadíssimo (e contemporâneo) magistério doutrinário, **que ressalta** a significativa importância do processo judicial como “garantia dos acusados” (VICENTE GRECO FILHO, “**Manual de Processo Penal**”, p. 61/63, item n. 8.3, 11ª ed., 2015, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “**Processo Penal**”, p. 37/94, 4ª ed., 2016, RT; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, “**Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal – Garantismo e efetividade**”, p. 17/21, 2006, RT; ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “**Garantias Processuais nos Recursos Criminais**”, 2ª ed., 2013, Atlas; GERALDO PRADO, “**Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**”, p. 41/51 e 241/243, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; ANDRÉ NICOLITT,

HC 129646 / SP

“Manual de Processo Penal”, p. 111/173, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR., “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”, p. 171/255, 9ª ed., 2012, Saraiva, v.g.).

Essa é a razão básica que me permite insistir na afirmação de que a persecução penal – cuja instauração é justificada pela prática de ato supostamente criminoso – não se projeta nem se exterioriza como manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a “persecutio criminis” sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade, nesse contexto, representa insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, mesmo porque – ninguém o ignora – o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele que é submetido, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições fixadas pela própria Constituição da República, tal como tem entendido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

– A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do ‘jus libertatis’ titularizado pelo réu.

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um

HC 129646 / SP

círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula 'nulla poena sine judicio' exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual."

(HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

5. A questão constitucional da necessária licitude da prova penal
("nulla accusatio sine probatione")

Nesse contexto, é de registrar-se – e acentuar-se – o decisivo papel que desempenha, no âmbito do processo penal condenatório, a garantia constitucional do devido processo legal, cuja **fiel observância** condiciona a legitimidade jurídica dos atos, resoluções e decisões do Poder Judiciário, **notadamente** em matérias que envolvam a atividade probatória do Estado ("nulla accusatio sine probatione").

A transgressão, pelo Poder Público, das restrições e das garantias constitucionalmente estabelecidas **em favor** dos investigados (e de acusados) culmina por gerar a ilicitude da prova eventualmente obtida no curso das diligências estatais, **que provoca**, como direta consequência **desse gesto de infidelidade** às limitações **impostas** pela Lei Fundamental, a própria inadmissibilidade processual dos elementos probatórios assim coligidos.

HC 129646 / SP

Impõe-se lembrar, bem por isso, até mesmo como fator de expressiva conquista (e preservação) dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

A norma inscrita no art. 5º, inciso LVI, da vigente Lei Fundamental consagrou entre nós o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre (MAURO CAPPELLETTI, “Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte”, “in” *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; VICENZO VIGORITI, “Prove illecite e Costituzione”, “in” *Rivista di Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968) – pelos juízes e Tribunais, “por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (...)” (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Novas Tendências do Direito Processual”, p. 62, 1990, Forense Universitária).

A cláusula constitucional do “*due process of law*” – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado.

A absoluta invalidade da prova ilícita infirmar-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo (notadamente em juízo penal) e que exclui,

HC 129646 / SP

de modo peremptório, **a possibilidade** de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – **cuja ilicitude** venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário.

Tenho sempre acentuado que a prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. **Não se reveste**, por essa explícita razão, **de qualquer** aptidão jurídico-material. A **prova ilícita**, qualificando-se como providência instrutória **repelida** pelo ordenamento constitucional, **apresenta-se destituída** de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.

É por isso que venho enfatizando, neste Tribunal, **que a “exclusionary rule”** – considerada essencial, pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, **na definição dos limites da atividade probatória** desenvolvida pelo Estado – destina-se a proteger os réus, em sede processual penal, contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (**Weeks v. United States**, 232 U.S. 383, 1914 – **Garrity v. New Jersey**, 385 U.S. 493, 1967 – **Mapp v. Ohio**, 367 U.S. 643, 1961 – **Wong Sun v. United States**, 371 U.S. 471, 1962, *v.g.*), **impondo**, em atenção ao princípio do “*due process of law*”, **o banimento processual de quaisquer evidências** que tenham sido **ilicitamente** coligidas pelo Poder Público.

No contexto do sistema constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, **a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **ao interpretar** o sentido e o alcance do art. 5º, LVI, da Carta Política, **tem repudiado** quaisquer elementos de informação, **desautorizando-lhes** o valor probante, **sempre que a obtenção** dos dados probatórios **resultar de transgressão**, pelo Poder Público, do ordenamento positivo (**RTJ 163/682** – **RTJ 163/709**).

Foi por tal razão que esta Corte Suprema, **no julgamento plenário da AP 307/DE**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, **desqualificou**, por ilícita, prova penal cuja obtenção **decorrerá do desrespeito**, por parte de

HC 129646 / SP

autoridades públicas, **da garantia constitucional** da inviolabilidade domiciliar (**RTJ** 162/4, **item n. 1.1**).

Os argumentos que venho de expor, **todos eles amparados** em precedentes do Supremo Tribunal Federal, **conferem**, a meu juízo, **razão jurídica** à pretensão **deduzida** pela parte impetrante, **ainda mais se se considerar** que medidas de restrição à esfera jurídica das pessoas – **como as sucessivas interceptações telefônicas**, determinadas em decisões **desprovidas** de fundamentação juridicamente idônea – **qualificam-se**, quanto à sua eficácia probante, **como provas ilícitas**, que, **repudiadas pela própria ordem constitucional**, **reputam-se inadmissíveis** em juízo (**CF**, art. 5º LVI), **tal como adverte** o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal **firmado em diversos precedentes** (**RTJ** 163/682 – **RTJ** 163/709 – **HC 72.588/PB**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **HC 82.788/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 93.050/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*):

“ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

– **A ação persecutória** do Estado, **qualquer** que seja a instância de poder perante a qual se instaure, **para revestir-se** de legitimidade, **não pode apoiar-se** em elementos probatórios **ilicitamente** obtidos, **sob pena** de ofensa à garantia constitucional do ‘due process of law’, **que tem**, no dogma **da inadmissibilidade** das provas ilícitas, **uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras** no plano do nosso sistema de direito positivo.

– **A Constituição da República**, em norma **revestida** de conteúdo vedatório (**CF**, art. 5º, LVI), **desautoriza**, por incompatível com os postulados **que regem** uma sociedade **fundada** em bases democráticas (**CF**, art. 1º), **qualquer prova** cuja obtenção, pelo Poder Público, **derive de transgressão** a cláusulas de ordem constitucional, **repelindo**, por isso mesmo, **quaisquer** elementos probatórios **que**

HC 129646 / SP

resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do 'male captum, bene retentum'. Doutrina. Precedentes.

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE VENENOSA ('FRUITS OF THE POISONOUS TREE'): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO

– Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

– A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do 'due process of law' e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

– A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos 'frutos da árvore venenosa') repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

– Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão,

HC 129646 / SP

por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado *em face* dos cidadãos.

– Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

– A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ('AN INDEPENDENT SOURCE') E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS 'SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)', v.g.."

(RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Essa mesma percepção do tema tem sido revelada por doutrinadores eminentes (VÂNIA SICILIANO AIETA, "A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental", p. 191, item n. 4.4.6.4, 1999, Lumen Juris; LUIS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS, "A Viagem Redonda: 'Habeas Data', Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas" "in" RDA 213/149-1; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, "O Direito à Defesa na Constituição", p. 54/56, item n. 5.9, 1994, Saraiva; GUILHERME SILVA BARBOSA FREGAPANI, "Prova Ilícita no Direito Pátrio e no Direito Comparado", "in" Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios nº 6/231-235; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, "Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988", p. 249/266, "in" "Os 10 Anos da Constituição Federal", coordenação de Alexandre de Moraes, 1999, Atlas; FERNANDO

HC 129646 / SP

CAPEZ, “Curso de Processo Penal”, p. 304, item n. 17.2.4.5, 13ª ed., 2006, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, “Código de Processo Penal Interpretado”, p. 401, item n. 155.4, 7ª ed., 2000, Atlas; ALEXANDRE DE MORAES, “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, p. 386, item n. 5.102, 6ª ed., 2006, Atlas; RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA, “Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória”, p. 78, item n. 3.1, 2ª ed., 2004, Lumen Juris; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 340/341, item n. 5, 4ª ed., 2005, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “Ordem Judicial de Busca e Apreensão e Ilicitude da Prova dela Extrapolante”, “in” RT 848/457-470, 468-469; LENIO LUIZ STRECK, “As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais”, p. 92, item n. 13.2, 1997, Livraria do Advogado; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Código de Processo Penal Comentado”, vol. 1/474-476, 9ª ed., 2005, Saraiva, v.g.), valendo destacar, ante o relevo de suas observações, a lição da saudosa e eminente Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER (“Liberdades Públicas e Processo Penal”, p. 151, itens ns. 7 e 8, 2ª ed., 1982, RT):

“A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros.

Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil.

.....

HC 129646 / SP

Nesta colocação, não parece aceitável (embora sugestivo) o critério de 'razoabilidade' do direito norte-americano, correspondente ao princípio de 'proporcionalidade' do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana." (grifei)

Cabe ter presente, também, por necessário, que o princípio da proporcionalidade, em sendo alegado pelo Poder Público, não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos.

Esse postulado, portanto, não deve ser invocado nem aplicado indiscriminadamente pelos órgãos do Estado, ainda mais quando direitos fundamentais assegurados pela Constituição acharem-se expostos a clara situação de risco, como sucede na espécie.

Sob tal perspectiva, portanto, tenho como incensurável a advertência feita por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO ("Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988", p. 249/266, "in" "Os 10 Anos da Constituição Federal", coordenação de ALEXANDRE DE MORAES, 1999, Atlas):

"Após dez anos de vigência do texto constitucional, persistem as resistências doutrinárias e dos tribunais à proibição categórica e absoluta do ingresso, no processo, das provas obtidas com violação do direito material.

*Isso decorre, a nosso ver, em primeiro lugar, de uma equivocada compreensão do princípio do livre convencimento do juiz, que não pode significar liberdade absoluta na condução do procedimento probatório **nem julgamento desvinculado** de regras legais. Tal princípio tem seu âmbito de operatividade restrito ao momento da valoração das provas, que deve incidir sobre material constituído por elementos admissíveis e **regularmente** incorporados ao processo.*

HC 129646 / SP

De outro lado, a preocupação em fornecer respostas prontas e eficazes às formas mais graves de criminalidade tem igualmente levado à admissão de provas maculadas pela ilicitude, sob a justificativa da proporcionalidade ou razoabilidade. Conquanto não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional. Ademais, certamente não será com o incentivo às práticas ilegais que se poderá alcançar resultado positivo na repressão da criminalidade." (grifei)

A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum".

6. A ilicitude da prova penal por derivação

Cumpre assinalar, de outro lado, que qualquer novo dado probatório, ainda que produzido de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

No caso ora em exame, a parte ora impetrante demonstrou, na petição protocolada perante esta Corte Suprema sob o nº 58.482/2018, que o Ministério Público, "ao requerer a realização das medidas de i) busca e apreensão, ii) condução coercitiva e iii) prisão temporária, (...) expressamente fundamentou seu pleito nas conversas telefônicas captadas nas

HC 129646 / SP

cautelares 606/08 e 292/10", **ressaltando**, ainda, que "*mais de 100 páginas da decisão*" **que deferiu** as medidas **foram dedicadas** a citações de conversas obtidas **por meio** de referidas e questionadas interceptações telefônicas.

Observo, desse modo, que a medidas cautelares **efetivadas** nos autos nº 0002605-80.2013.8.26.0189 **foram deferidas com amparo em elementos de prova ilícitos**, obtidos por meio de interceptações telefônicas *inválidas*, **o que as torna**, em consequência, provas *ilícitas por derivação*.

A exclusão da prova **originariamente** ilícita – **ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação** – **representa** um dos meios mais expressivos **destinados a conferir efetividade** à garantia do "*due process of law*" e a tornar mais intensa, *pele banimento da prova ilicitamente obtida*, a tutela constitucional **que preserva** os direitos e prerrogativas **que assistem** a qualquer acusado em sede processual penal.

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "*frutos da árvore venenosa*") **repudia**, *por constitucionalmente inadmissíveis*, os meios probatórios que, **não obstante** produzidos, *validamente*, em momento ulterior, **acham-se afetados**, *no entanto*, **pelo vício** (*gravíssimo*) da ilicitude originária, **que a eles se transmite**, *contaminando-os por efeito* de repercussão causal.

7. Conclusão

Sendo assim, e em face das razões expostas, **defiro o pedido** de "*habeas corpus*", **para unicamente decretar a invalidade** das decisões, *a seguir indicadas*, **proferidas** pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Fernandópolis/SP **nos autos das medidas cautelares** nº 606/08 e nº 292/10 (peça 3, fls. 12/34; peça 3, fls. 45; peça 4, fls. 3; peça 4, fls. 19; peça 4, fls. 27; peça 4, fls. 33; peça 4, fls. 41; peça 5, fls. 48; peça 6, fls. 14;

HC 129646 / SP

peça 7, fls. 3/7; peça 10, fls. 15/19; peça 11, fls. 23/28; peça 12, fls. 7/11; peça 13, fls. 9/13; peça 15, fls. 28/32; peça 16, fls. 21/26; peça 17, fls. 24/29; peça 18, fls. 40/44; peça 19, fls. 17/21, e-STF), **determinando**, ainda, em consequência, **a exclusão, por ilicitude, das provas** que se produziram **em razão** de tais atos decisórios, **bem assim** “das demais cautelares levadas a feito nos autos nº 0002605-80.2013.8.26.0189”, **por serem provas contaminadas pela ilicitude por derivação, qualificando-se, por isso mesmo, como elementos instrutórios inadmissíveis em juízo.**

Comunique-se, com urgência, **transmitindo-se cópia da presente decisão** ao E. Superior Tribunal de Justiça (**RHC** 43.037/SP), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (**HC** nº 0089768-83.2013.8.26.0000) e ao Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Fernandópolis/SP (**Ação Penal** nº 0008772-16.2013.8.26.0189).

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 07 de novembro de 2018.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator