

RECONSIDERAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 129.646
SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
PACTE.(S) : EDSON SCAMATTI
PACTE.(S) : PEDRO SCAMATTI FILHO
PACTE.(S) : DORIVAL REMEDI SCAMATTI
PACTE.(S) : MAURO ANDRE SCAMATTI
IMPTE.(S) : CELSO SANCHEZ VILARDI E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : ALBERTO ZACHARIAS TORON
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: **INTERCEPTAÇÃO**
TELEFÔNICA. **SUCCESSIVAS**
PRORROGAÇÕES. **POSSIBILIDADE.**
NECESSIDADE, PORÉM, DE A DECISÃO
QUE AS AUTORIZA POSSUIR
FUNDAMENTAÇÃO JURIDICAMENTE
IDÔNEA, SOB PENA DE NULIDADE.
IMPRESTABILIDADE DO ATO
DECISÓRIO QUE, **DESPROVIDO DE BASE**
EMPÍRICA IDÔNEA, RESUME-SE A
FÓRMULAS ESTEREOTIPADAS
CONSUBSTANCIADAS EM TEXTOS
PADRONIZADOS REVESTIDOS DE
CONTEÚDO GENÉRICO. AUSÊNCIA DE
EFICÁCIA PROBANTE DAS
INFORMAÇÕES RESULTANTES DE
PRORROGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO
TELEFÔNICA AUTORIZADA POR
DECISÃO **DESTITUÍDA DE**
FUNDAMENTAÇÃO SUBSTANCIAL.
PRECEDENTES. A QUESTÃO DA
ILICITUDE DA PROVA: TEMA
IMPREGNADO DE ALTO RELEVO
CONSTITUCIONAL. **DIREITO**

HC 129646 MC-RCON / SP

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”). DOUTRINA. PRECEDENTES. RELEVO JURÍDICO DA PRETENSÃO CAUTELAR. CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE “PERICULUM IN MORA”. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DEFERIDO. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA.

DECISÃO: Ao denegar a concessão, na espécie, de medida cautelar, apoiei-me em 2 (dois) fundamentos: (1) aparente legitimidade do comportamento da autoridade policial, que teria agido, no caso, de modo compatível com a diretriz jurisprudencial desta Corte em tema de “delação anônima”, procedendo a diligências investigatórias prévias cujo resultado teria justificado, em um primeiro momento, a decretação judicial de interceptação telefônica; e (2) ausência de risco imediato ao “status libertatis” dos pacientes.

Deixei de examinar, contudo, um outro fundamento cuja análise tenho por relevante, pois concerne à alegada inviabilidade das sucessivas prorrogações das interceptações telefônicas, autorizadas em decisões estereotipadas, consubstanciadas em texto claramente padronizado, no qual há

HC 129646 MC-RCON / SP

equivocada referência ao “tráfico de entorpecentes”, **muito embora** os delitos motivadores da “*persecutio criminis*” **refiram-se**, no caso, à suposta prática de ilícitos **tipificados** no art. 90 da Lei nº 8.666/1993 e nos arts. 288 e 299, **ambos** do Código Penal.

Os aspectos enfatizados no pedido de reconsideração **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, **ressalvada** a quebra inicial, **todas as demais** 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 examinado*”, **o que torna tais decisões** “*inválidas, porquanto servem para todos os casos e, assim, não servem para [caso] nenhum*”.

Todos sabemos 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 – RHC 85.575/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RHC 88.371/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.), **o que parece não ter ocorrido** no caso ora em exame.

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,

HC 129646 MC-RCON / SP

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 quaisquer 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 lembrar 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/DE**, 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.** 5. **Excepcionalidade da prisão.** Possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares. Art. 319 do CPP. 6. **Ordem concedida, confirmada a liminar para suspender os efeitos da ordem de prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, se por outro motivo não estiver preso e sem prejuízo da análise da aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.** 7. **Extensão da decisão ao corréu em razão da identidade da situação processual (art. 580 do CPP).**”

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

HC 129646 MC-RCON / SP

Os argumentos que venho de expor, todos eles amparados em precedentes do Supremo Tribunal Federal, conferem, a meu juízo, densa plausibilidade jurídica à pretensão cautelar ora deduzida pela parte impetrante, ainda mais se se considerar que medidas de restrição à esfera jurídica das pessoas, como as sucessivas prorrogações de interceptação telefônica, quando determinadas em decisões desprovidas de fundamentação juridicamente idônea, qualificam-se, quanto à sua eficácia probatória, como provas ilícitas, que, repudiadas pela própria ordem constitucional, reputam-se inadmissíveis em juízo (CE, 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 (CE, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CE, 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

HC 129646 MC-RCON / SP

normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do 'male captum, bene retentum'. Doutrina. Precedentes.

A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ('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 envenenada') 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, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cujas eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo

HC 129646 MC-RCON / SP

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 CAPEZ, "Curso de Processo Penal", p. 304, item n. 17.2.4.5, 13ª ed., 2006, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, "Código de Processo Penal

HC 129646 MC-RCON / SP

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 de 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.

.....
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

HC 129646 MC-RCON / SP

interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana.” (grifei)

Sendo assim, e em face das razões expostas, **defiro o pedido de reconsideração**, para, até final julgamento **desta** ação de “habeas corpus”, **suspender, cautelarmente, a realização dos interrogatórios judiciais dos ora pacientes nos autos da Ação Penal** nº 0008772-16.2013.8.26.0189 (Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Fernandópolis/SP).

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).

Publique-se.

Brasília, 06 de março de 2017 (**22h20**).

Ministro CELSO DE MELLO
Relator