



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Habeas corpus 2090592-61.2020.8.26.0000 - Fernandópolis

Paciente: Gilmar da Silva Gimenes

Impetrantes: Átila Pimenta Coelho Machado, Luiz Augusto Sartori de Castro,
Leonardo Leal Peret Antunes e Aloísio Lacerda de Medeiros

Relator: Des. Fábio Gouvêa (voto n.º 45.917)

Segundo juiz: Des. Francisco Bruno

Voto n.º 36.931

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE

Ouso divergir, em parte, do eminente Relator, não obstante o conhecido e merecido respeito, além da grande amizade, que lhe dedico. Concordo quanto à ilegalidade do ato; embora, friso, não tenha havido má-fé do digno Magistrado, não tinha ele competência para determinar interceptação dos telefonemas do paciente, que, Deputado Estadual, gozava de prerrogativa de foro. Tal fato é incontroverso, como se vê das informações prestadas por Sua Excelência (fls. 965 e ss.).

Concordo, também – e como decorrência natural da ilegalidade –, com o desentranhamento das interceptações realizadas no período de 1.º de fevereiro a 14 de março de 2019.

Todavia – e aqui se inicia a divergência –, a meu ver o efeito da ilegalidade dessa decisão é muito maior. Anoto não ser com satisfação que assim decido; como frisou o digno Magistrado, foram dois anos de investigação, e estou ciente de que o prejuízo é irreparável. Todavia, não creio ser necessário me alongar sobre a necessidade de, em qualquer democracia digna do nome (e estamos, a maioria, em luta renhida para que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nosso País chegue a tanto), respeitarem-se escrupulosamente os direitos constitucionais acima de **todos** – culpados e inocentes. (E aqui, não custa frisar, até prova em contrário são todos inocentes.) Acima de todo e qualquer argumento de conveniência ocasional.

Serei breve na divergência. Sei que meu entendimento é isolado nesta Câmara e minoritário nesta Corte; assim, meu voto não se alongará em citações doutrinárias ou jurisprudenciais: limitar-me-ei a deixar anotadas as razões que me levam à divergência parcial.

Pois bem. É sabido que o Supremo Tribunal Federal adotou, já há bom tempo, a teoria dos frutos da árvore envenenada, elaborada pelo eminente Felix Frankfurter Ministro da Suprema Corte dos EUA. E, com todo o respeito pelo entendimento divergente, com toda a razão: afinal, se uma prova é obtida ilegalmente, **tudo o que dela decorre** está também contaminado pela ilegalidade. Entender o contrário, e digo-o sempre e sempre com o maior respeito, seria premiar a ilegalidade: esta, obviamente, passaria a ser vantajosa: comete-se uma ilegalidade, sabendo que ela será considerada ilegal – mas pouco importa, pois os frutos dela compensarão o pecado original...

Já proferi, repito, votos em que me estendi acerca da teoria; creio, porém, que o pouco que disse acima basta para demonstrar o que ela significa e por que, a meu ver, tem de ser aceita, se queremos um País realmente livre de intervenções ilícitas de autoridades, bem ou mal intencionadas.

Anoto, somente, que a situação, aqui, não se inclui na situação do chamado “encontro ocasional com boa-fé”, caso em que a prova encontrada por acidente é válida. Neste caso, não há, para continuar usando a metáfora, o pecado original: a medida é lícita, mas, por acaso, encontra provas referentes a outro crime que não o investigado. Aqui, sim, a prova pode se usada, **mas apenas porque foi obtida licitamente**, embora por mero acaso.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por não ser esse o caso, não vejo como deixar de **declarar nulas**, além das interceptações já mencionadas, **todas as provas delas decorrentes**, direta ou indiretamente, incluindo-se as que se refiram a terceiros (apenas as derivadas das chamadas de que aqui se trata; se havia sido autorizada a interceptação do terceiro, e a prova foi obtida em conversa decorrente dessa autorização, e não dentre as originadas do telefone do paciente, obviamente são válidas). A menção se faz em face do pedido feito em nome de Sebastião Sérgio da Silva (fls. 939 e ss.), mas não se reduz somente a ele: se houver outras pessoas na mesma situação, também a elas aproveitam as nulidades original e por derivação.

Anoto, por fim, que a nulidade abrange todas as provas em que, no pedido ou na decisão favorável, mencionam expressamente a prova original, ou as que, mesmo sem menção expressa, claramente se reportam a ela.

Pelo exposto, meu voto **concede a ordem**, para determinar o desentranhamento dos autos das interceptações realizadas no período de 1.º de fevereiro a 14 de março de 2019 e de todas as provas delas derivadas, nos termos acima.

FRANCISCO BRUNO
Segundo juiz