

**PROCESSO**

Consulta da Movimentação Número : 419

0007578-03.2005.4.03.6181

Autos com (Conclusão) ao Juiz em 03/11/2014 p/ Sentença

*** Sentença/Despacho/Decisão/Ato Ordinatório

Tipo : C - Sem mérito/Extingue o processo sem julgamento de mérito

Livro : 1 Reg.: 152/2014 Folha(s) : 650

1. Na decisão de fls. 5.238/5.240, determinei o sobrestamento do presente inquérito policial. Expus, em resumo, que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC nº 131.225/SP declarou, por unanimidade, a ilicitude das provas produzidas pelas interceptações telefônicas autorizadas em 07/11/2005, bem como as provas produzidas pelas subsequentes prorrogações vinculadas a esta primeira decisão, porque amparada em delação anônima não corroborada por investigação preliminar. Em face do acórdão proferido no referido Habeas Corpus, foi interposto recurso extraordinário pelo Ministério Público Federal, que, à época, pendia de julgamento no Supremo Tribunal Federal. Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal negou seguimento ao RE nº 800.991 (fls. 5.380/5.385), tendo a decisão transitado em julgado em 19.05.2014 (fl. 5.379). Instado a se manifestar a respeito, o MPF, num primeiro momento (fls. 5.388/5.391), requereu o encaminhamento de todos os procedimentos e processos dependentes dessa ação penal, a fim de verificar se haveria elementos de prova não contaminados pelo reconhecimento da ilicitude declarado pelo STJ. Enviados os procedimentos solicitados, o Ministério Público Federal se manifesta no sentido de que "os elementos de prova que lastreiam esta ação penal, de natureza testemunhal e documental consubstanciados estes em substratos em papel, magnéticos e ópticos derivam todos da medida de interceptação telefônica, uma vez que, sem tal diligência primordial, como acima se elencou, impossível seria a identificação, localização e apreensão ou arrolamento dos demais elementos de prova" (fl. 5379). Decido. 2. O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República dispõe que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Não há referência expressa, no texto constitucional, acerca da vedação à utilização de provas que, conquanto em princípio lícitas, sejam derivadas daquelas obtidas ilicitamente. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, desde 1996, vem decidindo pela aplicação da fruit of the poisonous tree doctrine, de matriz estadunidense - aqui traduzida corretamente como teoria dos frutos da árvore venenosa (e não envenenada, como se costuma referir). Em vários precedentes ressaltou-se que os demais elementos probatórios, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas de forma ilícita, são também inadmissíveis (HC 93050, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008; RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007; HC 80949, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001; HC 74599, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 03/12/1996, DJ 07-02-1997; HC 74530, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 12/11/1996, DJ 13-12-1996; HC 72588, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/1996, DJ 04-08-2000; HC 73351, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/1996, DJ 19-03-

1999; HC 69912 segundo, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993, DJ 25-03-1994).3. Desde 2008, o tema está tratado na legislação infraconstitucional. O artigo 157 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.690/2008, passou a assim dispor (destaquei): Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. 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. 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. O caput prevê expressamente a inadmissibilidade das provas ilícitas, repetindo a previsão constitucional. O 1º estabelece a inadmissibilidade também das provas derivadas das ilícitas. Com isso, incorporou-se à legislação a (já adotada pelo STF) teoria dos frutos da árvore venenosa (fruits of the poisonous tree). Nos EUA, a teoria admite diversas exceções. No Brasil, a questão é ainda incipiente e demanda aprofundamento doutrinário e jurisprudencial. A doutrina tem defendido que, também aqui, ao menos algumas dessas exceções devem ser aplicadas à contaminação das provas decorrentes da ilícita. Para a análise do caso concreto, tenho por suficiente a constatação de que o 1º prevê expressamente dois casos em que serão consideradas admissíveis as provas secundárias: a) quando não evidenciado o nexo de causalidade entre a prova primária (tida por ilícita) e a secundária; ou b) quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Quanto à primeira hipótese, trata-se, em verdade, essa sim, da chamada teoria da fonte independente (independent source). A meu ver, já estava prevista no caput do dispositivo, sendo a primeira parte do 1º redundante, já que, se não for evidenciado o nexo de causalidade entre as provas, isso se dá porque uma não é derivada da outra. Ou seja, dizer que uma prova deriva de outra é o mesmo que dizer que está evidenciado o nexo de causalidade entre elas. O Supremo Tribunal Federal, já antes do advento da Lei nº 11.690/2008, teve ensejo de reconhecer que não há ilicitude no caso de a prova nova ser autônoma em relação àquela contaminada pela ilicitude (HC 83921, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 27-08-2004). Quanto à segunda figura do 2º, é referida expressamente pela lei como fonte independente e definida pelo 2º como "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". Na verdade, a definição do 2º é mais adequada à exceção da descoberta inevitável. Fonte independente, com efeito, como visto, é justamente aquela que não guarda nexo de causalidade com a prova tida por ilícita. 4. Diante do panorama legal, doutrinário e jurisprudencial exposto, o relevante é verificar: a) num primeiro momento, se as provas que se encontram neste inquérito policial são derivadas ou não daquelas tidas como ilícitas; e, em caso positivo, b) num segundo momento, se está caracterizada alguma das exceções ao reconhecimento de sua inadmissibilidade. A não contaminação das provas produzidas a partir daquela considerada ilícita é excepcional, em benefício da garantia fundamental do devido processo legal. No processo acusatório, caberia ao órgão acusador oferecer argumentos suficientemente robustos para levar ao convencimento judicial pelo reconhecimento dessa situação excepcional. Verifica-se, no caso concreto, como já

anteriormente mencionado, que o próprio Ministério Público Federal reconhece que todos os elementos de prova que lastreiam a presente ação penal são derivados da interceptação telefônica tida por ilícita pelo STJ. Assim sendo, nada mais resta ao Juízo que não o reconhecimento da contaminação, por ilicitude, de todos os elementos de prova colhidos nestes autos. 5. Diante do exposto, constata-se a ausência superveniente de justa causa, entendida como lastro probatório mínimo de materialidade e autoria. Com efeito, se, num primeiro momento, a partir das provas colhidas até o início da ação penal, a denúncia estava baseada em justa causa, esta desaparece a partir do momento em que os elementos probatórios mínimos deixam de ser juridicamente válidos. Extingo, portanto, a ação penal sem julgamento de mérito, por ausência superveniente de justa causa, com fulcro no artigo 395, III, do Código de Processo Penal c/c artigo 267 do Código de Processo Civil, aplicável por analogia ao processo penal (CPP, artigo 3º) 6. Transitada em julgado esta decisão, devolvam-se aos acusados todos os bens eventualmente ainda apreendidos e levantem-se todas as eventuais restrições que sobre eles recaiam. P.R.I.C. São Paulo, 1º de dezembro de 2014. MARCELO COSTENARO CAVALI Juiz Federal Substituto da 6ª Vara Criminal de São Paulo

Disponibilização D.Eletrônico de sentença em 16/12/2014 ,pag 0