

HABEAS CORPUS 198.013 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
PACTE.(S) : **DIOGO CASTOR DE MATTOS**
IMPTE.(S) : **MARCELO KNOEPFELMACHER E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S)(ES) : **PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ATO COATOR. INQUÉRITO INSTAURADO DE OFÍCIO, POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA. REGRA DE EXCLUSÃO PROBATÓRIA. CF/88, ART. 5º, LVI. CPP, ART. 157. LIMINAR CONCEDIDA. SUSPENSÃO DA INVESTIGAÇÃO.

1. *Habeas corpus* em que apontada, como ato coator, a Portaria STJ/GP 58/2021, por meio da qual instaurado inquérito para apurar “*tentativas de violação da independência jurisdicional e de intimidação de ministros do Superior Tribunal de Justiça (...)*”.

2. Portaria instituída com base no art. 58 do RISTJ, que não se reveste do mesmo *status* legal das normas do RISTF editadas antes da CF/88.

3. Circunstâncias fáticas que não se amoldam ao precedente firmado na ADPF nº 572/DF.

4. Ausência de competência do Superior Tribunal de Justiça para investigar, *sponte sua*, membro do Ministério Público da União (LC 75/93, art. 18, parágrafo único).

5. Regra de exclusão probatória segundo a qual “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” (CF, art. 5º, LVI). Direito fundamental que não comporta interpretação voltada a legitimar-lhes o uso para fins de responsabilização criminal.

HC 198013 / DF

6. Inobservância do figurino constitucional pelo ato apontado como coator, a eivar-lhe aparentemente, em juízo de delibação, de vício passível de repercutir sobre o estado ambulatorial do paciente.

7. Deferimento da liminar para determinar a suspensão da tramitação do inquérito instaurado pela Portaria STJ/GP nº 58/2021, com seus apensos e incidentes, até a apreciação do mérito do *habeas corpus* pela Turma.

Vistos etc.

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Marcelo Knoepfelmacher e Felipe Locke Cavalcanti em favor de Diogo Castor de Mattos, contra ato do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Humberto Martins, consistente na edição da Portaria STJ/GP nº 58, de 19 de fevereiro de 2021, por meio da qual instaurado “*inquérito para apurar os fatos e as infrações, em tese delituosos, relacionados às tentativas de violação da independência jurisdicional e de intimidação de ministros do Superior Tribunal de Justiça, bem como de outros do mesmo gênero eventualmente cometidos e cujas práticas sejam reveladas no curso da investigação*”.

Neste *writ*, a parte Impetrante narra que, no âmbito da Reclamação nº 43.007/DF, o Ministro *Ricardo Lewandowski*, Relator do feito, deferiu pedido, formulado pelo ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, para determinar o compartilhamento, com a Defesa do Reclamante, “*dos arquivos apreendidos no bojo da Operação Spoofing*”, em trâmite na 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Afirma que as balizas estabelecidas no referido *decisum* teriam sido transgredidas, uma vez franqueados, pela autoridade policial, à parte Reclamante, segundo se sustenta, não apenas os dados informativos a ela pertinentes, mas a

HC 198013 / DF

integralidade do material apreendido, com mensagens supostamente trocadas entre membros do Ministério Público e da Magistratura Federais. Aduz comandado, na sequência, o levantamento do sigilo das mensagens em apreço, nos autos da Rcl 43.007/DF.

Relata, ainda, a Defesa que, com a divulgação do teor de tais arquivos, a autoridade apontada como coatora, munida *“única e exclusivamente das supostas mensagens obtidas de forma sabidamente ilícita”*, determinou a instauração do inquérito em causa. Consigna motivada, a edição da referida Portaria, por notícias jornalísticas que insinuaram a *“suposta existência, no teor das hipotéticas mensagens trocadas, de tentativas de investigar e intimidar ministros do STJ por meio de procedimentos apuratórios ilegais e sem autorização do STF”*, denúncia essa que, segundo afirma, *“era falsa e não encontra respaldo sequer nas supostas mensagens ilícitas”*.

A parte Impetrante sustenta igualmente que (i) *“o STJ não tem competência para instaurar inquérito para averiguar suposta conduta de Procurador da República, nos termos do artigo 108, inciso I, alínea ‘a’ da Constituição Federal”*; (ii) *“vedada pelo nosso ordenamento jurídico a investigação de qualquer cidadão baseada única e exclusivamente em provas ilícitas”*; (iii) ausente justa causa para a investigação em causa mesmo que se reconhecesse a licitude das provas; (iv) no julgamento da Reclamação 43.007-AgR/DF, esta Suprema Corte não declarou a legalidade das provas apreendidas na *Operação Spoofing*; (v) o parágrafo único do art. 25 da Lei de Abuso de Autoridade criminaliza a utilização de prova ilícita em desfavor do investigado; e (vi) não há comprovação da autenticidade das supostas mensagens atribuídas ao paciente. Requerido, ao final, em medida liminar e no mérito, o trancamento do inquérito instaurado pela Presidência do STJ.

Submeti o feito à consideração da Presidência da Casa para análise dos parâmetros de prevenção adotados, tendo os autos retornado a meu gabinete com a confirmação da distribuição inicial (eventos 17 a 20).

Em 08.3.2021, indeferi o pedido de medida liminar, por não vislumbrar perigo na demora que justificasse a antecipação do provimento jurisdicional, sobretudo por não se encontrar o *status libertatis*

HC 198013 / DF

do (*ainda*) suposto investigado em situação de risco iminente (evento 20).

Solicitei informações à autoridade apontada como coatora, que as prestou, defendendo o ato impugnado. Apontou fundada, a Portaria combatida, em dispositivo do Regimento Interno do STJ que outorgaria, ao Presidente da Corte, poderes para instaurar inquérito voltado a apurar infração cometida *“na sede ou dependências do Tribunal”*. Aduziu que dispositivo idêntico do RISTF foi declarado constitucional na ADPF nº 572/DF. Invocou contexto fático semelhante ao analisado no precedente, de suspeita da prática de condutas com *“intuito de intimidar, desmoralizar e deslegitimar o papel do STJ e de seus membros”*. Defendeu que a incidência do dispositivo *“não está limitada ao espaço físico das dependências da Corte, mas a quaisquer fatos típicos com aptidão de repercutir indevidamente sobre o exercício das competências constitucionalmente estabelecidas ao Superior Tribunal de Justiça”*. Observou que a garantia de inadmissibilidade de provas ilícitas (CF, art. 5º, LVI) *“comumente entra em colisão com outros direitos fundamentais, além de digladiar com a necessidade da descoberta da verdade e da concretização do valor justiça.”*, pontuando que, no caso, o uso das provas estaria justificado pelo *“dever institucional de autodefesa”* do Poder Judiciário. Nominou, como formalmente investigados, a Subprocuradora-Geral da República Luísa Cristina Fonseca Frischeisen, os Procuradores Regionais da República Januário Paludo, Orlando Martello Júnior e Eduardo Botão Pelella e os Procuradores da República Deltan Martinazzo Dallagnol e Diogo Castor de Mattos (*paciente*).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República José Adonis Callou de Araújo Sá, opinou pela concessão da ordem, com o consequente trancamento da investigação (evento 29).

Posteriormente, ante o noticiado risco de decretação de medidas cautelares penais contra o paciente, tanto os Impetrantes como a PGR postularam a concessão urgente de provimento liminar para imediata suspensão do Inquérito nº 1460/DF, até pronunciamento colegiado definitivo (eventos 31, 34 e 38).

HC 198013 / DF

É a síntese do necessário. Decido.

2. Extraio do ato dito coator:

PORTARIA STJ/GP N. 58 DE 19 DE FEVEREIRO DE 2021
O PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,
no uso de suas atribuições conferidas pelos artigos 21, 11, e 58,
caput e § 1º do Regimento Interno,

CONSIDERANDO que o princípio constitucional da independência judicial é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e um dos pré-requisitos para um julgamento justo;

CONSIDERANDO o levantamento do sigilo das mensagens trocadas entre membros da magistratura e do ministério público nos autos da Reclamação n. 43.007/DF, que tramita no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (arquivos da Operação *Spoofing*);

CONSIDERANDO que os meios de comunicação noticiaram a suposta existência - no teor das mensagens trocadas - de tentativas de investigar e intimidar ministros do STJ por meio de procedimentos apuratórios ilegais e sem autorização do Supremo Tribunal Federal;

CONSIDERANDO a necessidade de apuração de tais fatos e que a Portaria GP/STF n. 69, de 14 de março de 2019, e o art. 43 do RISTF (que possui redação idêntica ao art. 58 do RISTJ) foram declarados constitucionais pelo STF ao julgar a ADPF n. 572/DF, de relatoria do Ministro Edson Fachin,

RESOLVE:

Art. 1º Instaurar inquérito para apurar os fatos e as infrações, em tese delituosas, relacionados às tentativas de violação da independência jurisdicional e de intimidação de ministros do Superior Tribunal de Justiça, bem como de outros do mesmo gênero eventualmente cometidos e cujas práticas sejam reveladas no curso da investigação.

HC 198013 / DF

Art. 2º Determinar a autuação e registro do inquérito e a sua conclusão à Presidência do Superior Tribunal de Justiça.

Art. 3º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Consoante relatado, buscam-se, por meio do presente *habeas corpus*, a suspensão e o trancamento de investigação criminal instaurada, de ofício, na Corte Superior.

3. Dada a evolução do andamento processual, com a confirmação de que formalmente investigados no inquérito a Subprocuradora-Geral da República Luísa Cristina Fonseca Frischeisen, os Procuradores Regionais da República Januário Paludo, Orlando Martello Júnior e Eduardo Botão Pelella e os Procuradores da República Deltan Martinazzo Dallagnol e Diogo Castor de Mattos (*paciente*), entendo, em reanálise dos autos, ser hipótese de **deferimento do pedido liminar**.

De partida, observo que o ato apontado como coator, para justificar a instauração da investigação, invocou o precedente firmado no julgamento da ADPF nº 572/DF, por meio do declarado, pelo Plenário desta Suprema Corte, “*constitucional o artigo 43 do RISTF, nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas”.*

A disposição regimental, em redação semelhante à do artigo 58 do RISTJ, atribui competência ao Presidente do STF para instaurar inquérito voltado a apurar infração à lei penal ocorrida em sua sede ou dependência. Reproduzo a ementa do acórdão, destacando as particularidades que expressam a excepcionalidade da hipótese versada:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF. PORTARIA GP Nº 69 DE 2019. PRELIMINARES SUPERADAS. JULGAMENTO DE MEDIDA CAUTELAR CONVERTIDO NO MÉRITO. PROCESSO SUFICIENTEMENTE INSTRUÍDO. **INCITAMENTO AO FECHAMENTO DO STE. AMEAÇA DE MORTE E PRISÃO DE SEUS MEMBROS. DESOBEDIÊNCIA. PEDIDO**

HC 198013 / DF

IMPROCEDENTE NAS ESPECÍFICAS E PRÓPRIAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO EXCLUSIVAMENTE ENVOLVIDAS COM A PORTARIA IMPUGNADA. LIMITES. PEÇA INFORMATIVA. ACOMPANHAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA VINCULANTE Nº 14. **OBJETO LIMITADO A MANIFESTAÇÕES QUE DENOTEM RISCO EFETIVO À INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO**. PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA.

1. Preliminarmente, trata-se de partido político com representação no Congresso Nacional e, portanto, legitimado universal apto à jurisdição do controle abstrato de constitucionalidade, e a procuração atende à “descrição mínima do objeto digno de hostilização”. A alegação de descabimento pela ofensa reflexa é questão que se confunde com o mérito, uma vez que o autor sustenta que o ato impugnado ofendeu diretamente à Constituição. E, na esteira da jurisprudência desta Corte, compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental e, diante da vocação da Constituição de 1988 de reinstaurar o Estado Democrático de Direito, fundado na “dignidade da pessoa humana” (CR, art. 1º, III), a liberdade pessoal e a garantia do devido processo legal, e seus corolários, assim como o princípio do juiz natural, são preceitos fundamentais. Por fim, a subsidiariedade exigida para o cabimento da ADPF resigna-se com a ineficácia de outro meio e, aqui, nenhum outro parece, de fato, solver todas as alegadas violações decorrentes da instauração e das decisões subsequentes.

2. **Nos limites desse processo, diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais**, arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada totalmente improcedente, nos termos expressos em que foi formulado o pedido ao final da petição inicial, para **declarar a constitucionalidade da Portaria GP n.º 69/2019 enquanto**

HC 198013 / DF

constitucional o artigo 43 do RISTF, nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas.

3. Resta assentado o sentido adequado do referido ato a fim de que o procedimento, no limite de uma peça informativa: (a) seja acompanhado pelo Ministério Público; (b) seja integralmente observada a Súmula Vinculante nº14; (c) **limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a Democracia;** e (d) observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais (destaquei).

O precedente aludido, todavia, não dá suporte à prática do ato apontado como coator.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que, embora em cotejo disposições formalmente regimentais, o fundamento normativo do caso paradigma **não está no mesmo plano hierárquico** daquele invocado pelo ato dito coator.

As disposições regimentais editadas por esta Suprema Corte sob a égide da Constituição Federal de 1967 – *cujo art. 115, parágrafo único, alínea c (repetido pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969¹ e pela EC nº 7/1977),*

1 EC nº 1/1969, Art. 120: *O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas. Parágrafo único. O regimento interno estabelecerá: a) a competência do plenário, além dos casos previstos nas alíneas a, b, c, d, i, j e l, do item I do artigo 119, que lhe são privativos; b) a composição e a competência das turmas; c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso; e d) a competência de seu Presidente para conceder exequatur a cartas rogatórias de tribunais estrangeiros.*

HC 198013 / DF

*conferiu poder normativo primário ao STF para dispor sobre seus processos – possuem **status de lei ordinária**, ainda que formalmente revestidas de caráter regimental.*

Rememoro, a propósito, que o Plenário desta Casa, já em 1994, tendo como pano de fundo a discussão sobre o cabimento de embargos infringentes na Reclamação 377-EI-AgR, de relatoria do Ministro *Moreira Alves*, placentou o entendimento de que “*as normas processuais (...) contidas no seu regimento interno foram objeto de recepção pela atual Constituição no que com esta se mostrarem compatíveis (...) como ato normativo com força de lei*” (DJ 27.10.1994, destaquei). Na mesma linha, o julgamento do vigésimo sexto Agravo Regimental na Ação Penal nº 470, quando **reafirmada** pelo Tribunal Pleno a **recepção, com força de lei**, dos dispositivos regimentais do STF editados sob a égide da ordem constitucional anterior, naquilo em que compatíveis com a Constituição Federal de 1988. Transcrevo excerto de meu voto proferido na ocasião:

“É uníssono o reconhecimento da outorga, ao Supremo Tribunal Federal, nos regimes constitucionais imediatamente anteriores à Constituição de 1988, de competência normativa primária para dispor, no regimento interno, sobre o direito processual no tocante aos feitos submetidos à sua competência. Nessa linha, as Emendas Constitucionais 1/1969 e 7/1977 reproduziram o preceito da Constituição de 1967 art. 115, parágrafo único, alínea c - , segundo o qual cabia ao Supremo Tribunal Federal, em seu regimento interno, estabelecer “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”.

A Constituição de 1988, por sua vez, eliminou esse poder normativo primário, ao atribuir à União - art. 22, I -, a competência privativa para legislar sobre direito processual:

*“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”*

Pacífico, reitero, que as regras processuais produzidas pelo

HC 198013 / DF

Supremo Tribunal Federal quanto aos feitos da sua competência e positivadas no Regimento Interno da Corte antes do advento da Constituição de 1988 foram recepcionadas com força de lei ordinária pelo regime constitucional vigente.

Reporto-me, aqui, à judiciosa manifestação do eminente Ministro Celso de Mello nos autos da AP 409/CE:

*"Não se pode desconhecer, quanto a tal aspecto, um fato constitucionalmente relevante: a norma regimental em referência (RISTF, art. 333, parágrafo único), embora veiculasse (como ainda veicula) matéria de natureza processual, revelava-se plenamente legítima em face do que então dispunha o art. 119, § 3º, c, da Carta Federal de 1969, que outorgava, ao Supremo Tribunal Federal, poder normativo primário, conferindo, a esta Corte Suprema, atribuição para, em sede meramente regimental, dispor sobre 'o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal (...)'.
Essa excepcional competência normativa primária permitiu, ao Supremo Tribunal Federal, prescrever, em sede formalmente regimental, normas de caráter materialmente legislativo, legitimando-se, em consequência, a edição de regras como aquela consubstanciada no art. 333, parágrafo único, do RISTF.*

(...)

Não se pode desconhecer, contudo, que se registrou, na espécie, com o advento da Constituição de 1988, a recepção, por esse novo estatuto político, do mencionado preceito regimental (RISTF, art. 333, parágrafo único), posto que veiculador de norma de direito processual, que passou, agora, a partir da vigência da nova Lei Fundamental da República, a ostentar força, valor, eficácia e autoridade de norma legal, consoante tem proclamado, de modo iterativo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 147/1010 RTJ 151/278).

(...)

Daí o fato, juridicamente relevante, de que a cláusula regimental em questão foi recebida pelo vigente ordenamento constitucional, achando-se, por isso mesmo, impregnada da

HC 198013 / DF

plena validade e eficácia jurídicas, o que legitima, em consequência, a sua invocação." (AP 409 EI/CE, Ministro Celso de Mello, DJe 19.4.2012, destaqui)".

É justamente o que ocorre com o artigo 43 do RISTF, que dá suporte normativo à Portaria atacada na ADPF 572, enquanto norma regimental editada sob a égide da pretérita ordem constitucional, a conferir-lhe **estatura normativa** equivalente à do próprio Código de Processo Penal e das leis processuais penais esparsas.

Não é o que sucede, porém, com o regimento interno de outros Tribunais Judiciários, sobretudo quando editado na vigência da atual Carta Política, cujo artigo 22, inciso I, reitero, reservou à União, em caráter privativo, a competência para legislar sobre normas de direito processual.

Em caso correlato, tendo como paradigma a mesma regra de competência legislativa, o Plenário desta Suprema Corte examinou dispositivo do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho que previa, a descoberto à época do suporte legal correspondente, o instrumento processual da reclamação. A norma regimental, na ocasião, não suportou o teste de constitucionalidade, tendo prevalecido a compreensão de que:

"Realmente, não se pode cogitar de disciplina em regimento interno, porquanto a reclamação ganha contornos de verdadeiro recurso, mostrando-se inserida, portanto, conforme ressaltado pelo Supremo, no direito constitucional de petição. Cumpre, no âmbito federal, ao Congresso Nacional dispor a respeito, ainda que o faça, ante a origem da regência do processo do trabalho, mediante lei ordinária. (...)

Assim, surge merecedora de pecha de inconstitucional a norma do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho que dispõe sobre a reclamação. Não se encontrando esta versada na Consolidação das Leis do Trabalho, impossível seria instituí-la mediante deliberação do próprio Colegiado. (...)"

(RE 405.301/AL, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno,

HC 198013 / DF

DJ 17.4.2009)

Disso resulta que o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça acha-se **desvestido**, considerado o escalonamento hierárquico dos atos normativos, **do status de lei**, distanciando-se, sob tal aspecto, das normas regimentais instituídas por esta Suprema Corte antes do advento da Constituição Federal de 1988.

A prescrição regimental edificada no art. 58 do RISTJ – *ao dispor, em norma ampliativa da competência originária do STJ, sobre matéria de natureza processual* – aparentemente não resiste, considerado o preceito hospedado no art. 22, inciso I, da CF/88, ao teste de constitucionalidade, como tem proclamado, em hipóteses análogas, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal (*v.g.* ADI 2.970/DF, Rel. Min. *Ellen Gracie*, Tribunal Pleno, DJ de 12.5.2006; ADI 2.212/CE, Rel. Min. *Octavio Gallotti*, Tribunal Pleno, DJ de 30.3.2001). Outra não foi, aliás, a razão pela qual esta Casa já declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de dispositivo previsto no regimento interno do próprio Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS-CORPUS. JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL, CÍVEL OU CRIMINAL, PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUORUM PARA JULGAMENTO: MAIORIA SIMPLES (RI-STJ, ART. 181, CAPUT). Suspensão de julgamento de recurso especial criminal, após ter sido alcançada a maioria simples, para aguardar o retorno de Ministro ausente à Sessão, a fim de que a deliberação fosse tomada pela maioria absoluta dos membros da Turma do Superior Tribunal de Justiça (RI-STJ, art. 181, caput).

1. O § 1º do art. 615 do Código de Processo Penal, contido no Capítulo V do Título II do Livro III, que concede a decisão mais favorável ao réu no caso de empate na votação, aplica-se apenas aos recursos previstos no mesmo capítulo (recurso em sentido estrito, apelação e embargos infringentes e de nulidade), excluídos, portanto, os recursos extraordinário e especial. Precedentes: HC nº 56.481-RJ, in RTJ 91/804; HC nº 58.318-RJ, in RTJ 102/532.

HC 198013 / DF

2. A exigência de maioria absoluta dos membros da Turma para a tomada de decisões, contida no *caput* do art. 181 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, é inconstitucional porque dispõe sobre direito processual, que é matéria da competência legislativa exclusiva da União (CF, art. 22, I).

3. *Habeas-corpus* conhecido e provido para declarar que a decisão definitiva da 6ª Turma do Tribunal Superior de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 94.798-RJ, é aquela tomada por 2 votos contra 1 na Sessão de 12.11.96, sendo nula a que resultou do prosseguimento do julgamento, de 3 votos contra 2, na Sessão de 10.12.96.

4. Declaração da inconstitucionalidade das expressões "absoluta dos seus membros" contida no *caput* do art. 181 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. (HC 74.761/DF, Rel. Min. *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, DJ de 12.9.1997)

Sem afastar a presunção de constitucionalidade do ato normativo, faço tais referências, neste juízo de delibação, apenas para apontar um **primeiro traço distintivo** entre o precedente e o caso em análise. O fundamento normativo, porém, **não é o único** a desgarrar a causa *sub judice* daquela invocada como paradigma. Há um **segundo ponto de inflexão**, que diz com as **circunstâncias fáticas limítrofes** legitimadoras da incidência da norma.

Ao proferir voto no julgamento da ADPF 52/DF, acentuei, na linha preconizada pelo eminente Relator, que o preceito regimental previsto no art. 43 do RISTF se qualifica por **nota de absoluta excepcionalidade**, ensejadora de seu acionamento quando em jogo atos delituosos com gravidade capaz de pôr em risco a independência, a autonomia e, no limite, a própria existência do Poder Judiciário e do Estado Democrático de Direito.

Assim, a legítima incidência do art. 43 do RISTF – *nos termos da interpretação a ele conferida nos autos da ADPF 572/DF, por esta Suprema Corte* – pressupõe hipótese de **grave crise institucional**, a envolver ameaças

HC 198013 / DF

potencialmente destrutivas da instituição judiciária e de seus membros, com potencial corrosivo à nobilíssima missão, outorgada a este Supremo Tribunal Federal, de intérprete e de guarda da Constituição.

Nessa linha, a Portaria GP/STF n. 69, de 14 de março de 2019, fundada no dispositivo regimental em referência, fez frente a ataques em massa – *impulsionados, inclusive, por algoritmos de inteligência artificial* –, dirigidos a provocar a própria ruptura do tecido social e a erosão dos valores que inspiram e animam o regime democrático.

Assim, a envolver, o inquérito então instaurado nesta Casa, contexto de ofensivas criminosas **em curso de execução** contra o Supremo Tribunal Federal e seus membros, não raro com a anunciada pretensão de fechamento ou supressão desta Corte Suprema, associada ao propósito de assassinato ou prisão de seus integrantes, evidenciando ponderável risco de fratura da ordem constituída e do Estado Democrático de Direito.

Em meio a esse inquietante cenário, inclusive de inércia das autoridades de persecução penal, foi que se instrumentalizou a **resposta institucional** desta Suprema Corte pela mencionada Portaria GP/STF nº 69/2019, cujo distintivo de validade reside, precisamente, **nas extraordinárias circunstâncias fáticas** sob as quais editada.

É dizer: o art. 43 do RISTF, nos estritos contornos delimitados pelo Plenário, somente tem incidência legítima e constitucionalmente compatível em cenário de **distúrbio institucional de efeitos exponenciais e incalculáveis**, a colocar em risco a própria existência do regime republicano e democrático. Serve, assim demarcado, como instrumento de intervenção pontual e cirúrgica destinado à estabilização institucional, **quando presentes condicionantes limítrofes**, reveladoras de ataques que colocam em risco a própria existência da República.

Pois bem. O exame do ato apontado como coator, na espécie, revela, *icto oculi*, **distinção entre as circunstâncias fáticas** do precedente e aquelas que deram causa à instauração da investigação, de ofício, pelo Superior Tribunal de Justiça objeto do presente *writ*.

No caso em escrutínio, a suposta ameaça aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça adviria de atos coordenados praticados por membros

HC 198013 / DF

do Ministério Público Federal integrantes da força-tarefa responsável pela *Operação Lava Jato*, que, como é de notório conhecimento, **não existe mais** dentro da estrutura institucional daquele órgão, porquanto **dissolvida**. Parece, desse modo, que se ressentem de **falta de atualidade** os atos cuja alegada ideação foi atribuída, em concurso de pessoas, ao ora paciente, e que constituíram o motivo determinante do ato administrativo veiculado na Portaria STJ/GP n. 58, de 19 de fevereiro de 2021.

Além disso, o contexto fático subjacente à instauração do inquérito judicial ora impugnado, longe de revelar risco concreto à existência do Tribunal Superior ou mesmo à integridade física ou à independência funcional de seus Ministros, envolve, aparentemente, ***iter criminis em fase de menor afetação ao bem jurídico tutelado***, se comparado ao caso paradigma.

Em acréscimo, ausente o **critério de subsidiariedade** que deu ensejo à atuação excepcional da Suprema Corte no precedente invocado. Ao contrário, no caso em análise a Procuradoria-Geral da República informou, em parecer acostado aos autos, ter **instaurado procedimento administrativo** voltado à apuração dos mesmos fatos, assim como **acionado o Conselho Nacional do Ministério Público**.

Quanto a esse ponto, os documentos juntados com a manifestação ministerial do evento 22 estão a indicar que, **antes mesmo de 19 de fevereiro de 2021** (*data da instauração do inquérito pelo STJ*), o **Procurador-Geral da República já havia acionado o Corregedor Nacional do CNMP**, solicitando abertura de pedido de providências (*ofício datado de 5 de fevereiro de 2021*). De outro lado, desde **02 de março de 2021** pende investigação paralela no âmbito da PGR para apurar as mesmas condutas que deram causa à instauração do inquérito questionado neste *writ*.

Em um cenário no qual o sistema de persecução penal **não se revela inerte** à gravidade do contexto criminoso idealizado, afigura-se **ausente a subsidiariedade** como elemento legitimador de atuação investigatória excepcional que se pretenda lastrear na incidência de norma regimental em referência.

Nessa linha, abstraídas tais condicionantes, há aparente vício na

HC 198013 / DF

edição do ato administrativo veiculado na Portaria STJ/GP n. 58, de 19 de fevereiro do ano em curso.

4. Ademais, não há como desconsiderar, no julgamento da matéria ora em exame, que o investigado, mesmo durante o inquérito – *ou seja, na fase extra iudicio da persecução penal* –, é **sujeito de direitos e não mero objeto da atividade persecutória do Estado**, especialmente diante do amplo leque de medidas invasivas a que exposto nessa condição, mesmo quando ainda não instaurada, reitero, a fase judicial da *persecutio criminis*. Citem-se, a título ilustrativo, as prisões cautelares em geral, as medidas de invasão forçada de domicílio (*possibilitadas por ordem de busca e apreensão*) e de suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira, além de outras medidas restritivas ao direito de liberdade previstas em lei (*v.g., incisos I, II, IV, V e IX do art. 319 do CPP*).

Superado, nessa perspectiva, o vetusto dogma de que o procedimento de investigação criminal constituiria ambiente blindado à intervenção do suspeito ou do formalmente investigado, como bem destaca, em monografia de pós-doutoramento, o penalista Luciano Feldens (*O direito de defesa: a tutela jurídica da liberdade na perspectiva da defesa penal efetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 72).

Essa compreensão do tema reflete-se, por igual, na jurisprudência desta Suprema Corte:

HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE EM INQUÉRITO POLICIAL - PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE NULIDADE PROCESSUAL - INADMISSIBILIDADE - TARDIA ARGÜIÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA - ALEGADA DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA -NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO - SÚMULA 523/STF - REEXAME DA MATÉRIA DE FATO EM HABEAS CORPUS - IMPOSSIBILIDADE - PEDIDO INDEFERIDO.

INQUÉRITO POLICIAL - UNILATERALIDADE - A SITUAÇÃO JURÍDICA DO INDICIADO.

HC 198013 / DF

- O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é - enquanto *dominus litis* - o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária.

A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as **garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações.**

O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas **ilicitamente** obtidas no curso da investigação policial.

(...) (HC 73.271/SP, Rel. Min. *Celso de Mello*, 1ª Turma, DJ de 04.10.1996)

Daí o enunciado de Súmula Vinculante nº 14/STF, expresso nos seguintes termos:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Aliás, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é pródiga em garantir àqueles contra quem se dirige a ação persecutória estatal, **mesmo em sede pré-processual**, uma série de direitos e garantias, muitos dos quais derivados – *considerado o desenvolvimento mais recente do tema* – do célebre precedente firmado pela Suprema Corte norte-americana em *Miranda v. Arizona*, de 1966 (384 U.S. 436), no qual elaboradas as “advertências de Miranda” (*Miranda warnings*), a prescrever um código de conduta para governar, em caráter obrigatório, a ação do Estado nos inquéritos policiais, sob pena de nulidade. Na esteira desse paradigmático julgado, consagrou-se, no ordenamento jurídico brasileiro

HC 198013 / DF

e na prática processual desta Casa, a existência do dever fundamental de informar a toda pessoa detida (*ou meramente investigada*) sobre o seu direito de permanecer em silêncio, bem como à assistência de advogado, assegurando-se-lhe, nessa linha, a prerrogativa contra a autoincriminação (*v.g.*, HC 171.530/DF, de minha relatoria; HC 79.812/SP, Rel. Min. *Celso de Mello*; HC 136.331/RS, Rel. Min. *Ricardo Lewandowski*; ADPF 444/DF, Rel. Min. *Gilmar Mendes*; RE 971.959/RS, Rel. Min. *Luiz Fux*; HC 131.048 MC/DF, Rel. Min. *Teori Zavascki*; HC 100.341/AM, Rel. Min. *Joaquim Barbosa*; HC 89.504/RS, Rel. Min. *Cezar Peluzo*).

Feitas essas considerações, forçoso concluir que não se afigura irrelevante ao investigado ver respeitadas, desde a fase preliminar de inquérito, as garantias e liberdades públicas a ele asseguradas pela Carta da República, **inclusive quanto à observância das regras de competências investigativas** distribuídas entre os diversos órgãos que compõem o aparelho de Estado.

No caso concreto, a instauração do inquérito não observou a cláusula inscrita no art. 18, parágrafo único, da LC 75/93, que ora reproduzo:

Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador-Geral da República, que designará membro do Ministério Público para prosseguimento da apuração do fato.

Não ignoro a invocação, nesta Corte, de inconstitucionalidade de dispositivo semelhante da Lei Orgânica do Ministério Público do Rio Grande do Sul, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2039, de minha relatoria, cujo julgamento se encontra suspenso por pedido de vista. Apesar disso, não há, no atual estado da jurisprudência, qualquer insurgência específica contra este dispositivo da LC 75/93, tampouco provimento jurisprudencial suspendendo a eficácia de norma semelhante prevista em lei(s) orgânica(s) estadual(is).

Por outro lado, esta Suprema Corte reconheceu, sob a égide da Carta

HC 198013 / DF

Política de 1988, a validade constitucional de dispositivo correlato previsto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Refiro-me ao julgamento plenário do HC 94.278/SP, Rel. Min. *Menezes Direito*, DJe de 28.11.2008, cujo acórdão está assim ementado:

Habeas corpus. Inquérito judicial. Superior Tribunal de Justiça. Investigado com prerrogativa de foro naquela Corte. Interpretação do art. 33, parágrafo único, da LOMAN. Trancamento. Ausência de constrangimento ilegal. Precedentes.

1. A remessa dos autos do inquérito ao Superior Tribunal de Justiça deu-se por estrito cumprimento à regra de competência originária, prevista na Constituição Federal (art. 105, inc. I, alínea "a"), em virtude da suposta participação do paciente, Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos fatos investigados, não sendo necessária a deliberação prévia da Corte Especial daquele Superior Tribunal, cabendo ao Relator dirigir o inquérito.

2. Não há intromissão indevida do Ministério Público Federal, porque como titular da ação penal (art. 129, incisos I e VIII, da Constituição Federal) a investigação dos fatos tidos como delituosos a ele é destinada, cabendo-lhe participar das investigações. Com base nos indícios de autoria, e se comprovada a materialidade dos crimes, cabe ao Ministério Público oferecer a denúncia ao órgão julgador. Por essa razão, também não há falar em sigilo das investigações relativamente ao autor de eventual ação penal.

3. Não se sustentam os argumentos da impetração, ao afirmar que o inquérito transformou-se em procedimento da Polícia Federal, porquanto esta apenas exerce a função de Polícia Judiciária, por delegação e sob as ordens do Poder Judiciário. Os autos demonstram tratar-se de inquérito que tramita no Superior Tribunal de Justiça, sob o comando de Ministro daquela Corte Superior de Justiça, ao qual caberá dirigir o processo sob a sua relatoria, devendo tomar todas as decisões necessárias ao bom andamento das investigações.

HC 198013 / DF

4. *Habeas corpus* denegado.

Cito, ainda, distinto precedente em cujo âmbito esta Corte também admitiu a plena vigência e integral eficácia do comando previsto no art. 33, parágrafo único, da LC 35/79, dele apenas afastando interpretação que exigisse prévia autorização da Corte Especial do Tribunal para efeito de instauração de inquérito judicial contra magistrado. Basta, para esse efeito, deliberação monocrática do Relator da causa. Eis a ementa do acórdão em tela:

“*HABEAS CORPUS*” – **JURISPRUDÊNCIA** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO – (...) **ALEGADA NULIDADE** DO INQUÉRITO JUDICIAL POR **INOBSERVÂNCIA** DO RITO PREVISTO NO ART. 33 DA LOMAN – **PRÉVIA DELIBERAÇÃO DA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO JUDICIAL CONTRA MAGISTRADO FEDERAL – DESNECESSIDADE – CONSEQUENTE INOCORRÊNCIA**, NO CASO, DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE **INJUSTO CONSTRANGIMENTO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO**. (HC 109.598 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 27.4.2016)

O art. 18, parágrafo único, da LC 75/93 sinaliza, pois, que falece competência ao Superior Tribunal de Justiça para investigar, *sponte sua*, membro do Ministério Público da União, de forma que a Portaria STJ/GP n. 58/2021, ao ignorar essa cláusula de reserva investigatória, está eivada de aparente vício de nulidade, expondo-se, também por essa razão, à censura judicial.

5. Não bastasse, e avançando sobre o suporte indiciário ensejador da instauração da apuração criminal, pontuo que a Portaria STJ/GP nº 58/2021 aponta expressamente os “*arquivos da Operação Spoofing*” como

HC 198013 / DF

fonte das suspeitas da prática delitativa. Dúvida não há, portanto, de que a investigação emana de tal conteúdo indiciário, no que revelaria possíveis *“tentativas de investigar e intimidar ministros do STJ”*.

Imprescindível, assim, perscrutar esse material indiciário, com o olhar voltado ao equacionamento da questão relativa à validade jurídica de seu uso como prova no processo penal brasileiro.

Referido substrato indiciário é composto por dados digitais alegadamente obtidos com a invasão e a interceptação ilegais de diálogos travados por aplicativo de mensagens, cuja autoria vem sendo apurada em primeiro grau de jurisdição.

Naquela instância, agentes apontados como responsáveis pela ação criminosa foram denunciados como incurso nos crimes previstos no art. 154-A, § 3º, e art. 288 do CP, art. 2º da Lei nº 12.850/2013 e art. 10 da Lei nº 9.296/1996. A denúncia originou a ação penal 1015706-59.2019.4.01.3400, em trâmite na 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

O material seria resultante da extração e do armazenamento, sem o consentimento dos legítimos usuários, de dados de seus aplicativos de mensagens. A se confirmar a hipótese investigatória, a esta altura já judicializada sob a forma de tese acusatória, estar-se-á diante de um cenário de obtenção ilícita de material probatório.

Avulta, assim, a necessidade de examinar, ainda que em juízo de delibação, a **vedação do uso**, em processos judiciais, **de provas obtidas por meios ilícitos**.

A respeito desta temática, o reconhecimento da legitimação do poder punitivo estatal pelo procedimento e o ainda latente contexto histórico autoritário que precedeu a ordem constitucional de 1988 conduziram a Assembleia Nacional Constituinte a uma escolha simbólica: inserir, em sede constitucional, a **regra de exclusão probatória** segundo a qual *“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”* (CF, art. 5º, LVI).

A escolha resultou de **opção de política criminal** estabelecida com traços fortes, **de cláusula pétrea**, no texto constitucional. Ao assim proceder, o próprio constituinte originário ponderou os valores e

HC 198013 / DF

interesses em conflito e materializou o sopesamento em forma de enunciado normativo.

O Plenário desta Suprema Corte, analisando a amplitude e o alcance da norma, e na esteira da melhor doutrina – cito por todos o magistério da saudosa Ada Pellegrini Grinover (“Liberdades Públicas e Processo Penal”, p. 151, 2ª ed., 1982, RT e “Novas Tendências do Direito Processual”, p.62, 1990: Forense Universitária) -, afastou qualquer indagação sobre a possibilidade de serem invocadas a proporcionalidade e a eficácia da repressão penal como fundamento para a limitação de seu universo de incidência:

(...) 2. Objeção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: **é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita (...)**

(HC 79512, Rel. *Sepúlveda Pertence*, Tribunal Pleno, DJ 16-05-2003)

Na mesma linha, a jurisprudência desta Suprema Corte inviabiliza a instauração de investigação, de ação persecutória ou a condenação baseadas em prova ilícita, “*qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure*”. Admite, por outro lado, a utilização do *habeas corpus* como remédio processual adequado para garantir a observância da norma constitucional em apreço:

“ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA

HC 198013 / DF

PROVA RESULTANTE DE 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 "*Exclusionary Rule*" **consagrada** pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América **como limitação** ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal.

- **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 conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, **em matéria** de atividade probatória, **a fórmula autoritária** do "*male captum, bene retentum*". Doutrina. Precedentes.

(...)

- **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. (...)"

(HC 93.050/RJ, Min. Celso de Mello Segunda Turma, DJe de 6.8.2010)

"PROVA. Criminal. Documentos. Papéis confidenciais pertencentes a empresa. Cópias obtidas, sem autorização nem

HC 198013 / DF

conhecimento desta, por ex-empregado. Juntada em autos de inquérito policial. Providência deferida em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público. **Inadmissibilidade. Prova ilícita. Ofensa ao art. 5º, LVI, da CF, e aos arts. 152, § único, 153 e 154 do CP. Desentranhamento determinado. HC concedido para esse fim. Não se admite, sob nenhum pretexto ou fundamento, a juntada, em autos de inquérito policial ou de ação penal, de cópias ou originais de documentos confidenciais de empresa, obtidos, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado, ainda que autorizada aquela por sentença em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público. (...)**"

(HC 82.862, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJ 13.6.2008).

"EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do *habeas corpus* para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. (...) 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o

HC 198013 / DF

conteúdo do diálogo assim captado. (...)

(HC 80.949, Rel. *Sepúlveda Pertence*, Primeira Turma, DJ 14.12.2001)

Esta linha de compreensão vem sendo firmada de longa data, como revelam os precedentes RE 85.439, Rel. Min. *Xavier de Albuquerque*, RTJ 84/609, 1978; RE 100.094/PR, Rel. Min. *Rafael Mayer*, RTJ 110/798, 1984; RHC 63.834, Rel. Min. *Aldir Passarinho*, DJ de 5.6.1987; HC 73.351, Rel. Min. *Ilmar Galvão*, Tribunal Pleno, DJ 19.3.1999; HC 72.588, Rel. *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, DJ 4.8.2000; HC 74.586, Rel. Min. *Marco Aurélio*, Segunda Turma, DJ 27.4.2001; HC 90.094, Rel. Min. *Eros Grau*, Segunda Turma, DJe 6.8.2010; HC 90.298, Rel. Min. *Cezar Peluso*, Segunda Turma, DJe 16.10.2009; HC 106.244, Rel. Min. *Cármem Lúcia*, Primeira Turma, DJe 19.8.2011.

A sanção processual decorrente do reconhecimento da ilicitude de determinada prova é sua **inadmissibilidade no processo**, por expressa previsão do artigos 5º, LVI, da CF/88 e 157, *caput*, Código de Processo Penal². Como bem ressaltado no voto do eminente Ministro *Celso de Mello*, em precedente acima transcrito, o ordenamento pátrio normatizou o **direito de exclusão da prova ilícita** (*exclusionary rule*), consagrado há mais de um século pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (*Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 1886), **como limitação ao poder estatal de produzir prova em sede processual penal**.

E não se trata, a garantia, de excentricidade normativa destes dois sistemas jurídicos. Ao contrário, o que se verifica é um padrão normativo semelhante em diversos países de bases democráticas, ora com previsões em suas legislações infraconstitucionais, ora com inserção da garantia mesmo em sede constitucional, como ocorre em Portugal (*Constituição de 1976, art. 32 e CPP, art. 126*), na Colômbia (*Constituição de 1991, art. 29 e CPP, art. 23*), na Guatemala (*CPP, art. 183*), na Costa Rica (*CPP, art. 181*), na Nicarágua (*CPP, art. 16*), na República Dominicana (*CPP, art. 166 e 167*), no Chile (*CPP, art. 276.3*), no México (*Constituição de 1917, art. 20, IX*), na

2 CPP, Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

HC 198013 / DF

Itália (CPP, art. 191) e na Espanha (Lei Orgânica do Poder Judiciário, art. 11.1)³.

A institucionalização destes marcos legais para o exercício do poder punitivo estatal concretiza o **devido processo legal** (CF, art. 5º, LIV), constituindo, a um só tempo, **fator de limitação** a esta mesma pretensão e **direito fundamental** do agente investigado ou processado. Neste caso, **a forma legítima o conteúdo**, elevando o grau de racionalidade e de confiabilidade do julgamento, ainda que sob o custo da limitação do poder de punir.

A consagração do **devido processo legal** como norma de estatura constitucional revela o acolhimento, no texto constitucional, de um valor axiológico caro aos sistemas jurídicos democráticos: o de que o processo penal não persegue punição a qualquer preço. Nesse contexto, a busca da verdade não pode exceder as balizas delimitadas pelo ordenamento jurídico, como pontua Jordi Ferrer-Beltrán, em obra recentemente traduzida:

“Pois bem, a apuração da verdade é um fim, em algum sentido, prioritário no processo em matéria de prova, mas não é, em absoluto, o único. A celeridade na tomada de decisões, a proteção de direitos fundamentais, a proteção de segredos de Estado, o sigilo das relações advogado-cliente etc. são também fins habitualmente reconhecidos na grande maioria de ordenamentos jurídicos (Liebman, 1955: 276-277; Rescher e Joynt, 1959: 568; Weinstein, J.B., 1966: 241 e ss.; Damaska, 1986: 160 e ss.; idem, 1997: 12 e ss.; Posner, 1990: 206; e Taruffo, 1992: 336-337; Stein, A., 2005: 110; entre tantos outros). **Por isso, para garantir a realização dessas finalidades, os ordenamentos estabelecem regras jurídicas processuais (mesmo que não somente processuais) que funcionam como um filtro de admissibilidade da prova, adicional e posterior ao juízo de**

3 O Código modelo de Processo Penal para a Ibero-América consagra, em seu texto, diretivas justamente voltadas à inadmissibilidade dos elementos de prova obtidos por meio proibido, servindo de inspiração para a reforma de diversos códigos processuais na América Latina.

HC 198013 / DF

relevância.

Resta claro que a racionalidade instrumental dessas regras jurídicas não pode ser avaliada tendo em mente a finalidade da apuração da verdade, mas sim a finalidade a que, em cada caso, essas responderem. Entretanto, isso significa também que as regras que perseguem esses outros fins do processo ou do direito podem impor algum sacrifício epistêmico, no sentido de que podem ser contraproducentes para o objetivo da apuração da verdade.

Em geral isso ocorre, com efeito, cada vez que a proteção ou maximização desses outros fins do processo pressupõe a exclusão de provas relevantes para o caso que deve ser decidido. (...) **E, consciente desse custo, o legislador deverá decidir em cada caso de conflito entre a maximização dos fins epistemológicos e de qualquer outro que se queira proteger, em que medida se sacrificam uns e outros** (Wróblewski, 1981: 183).

Um caso paradigmático desse tipo de conflitos é o que se apresenta no caso de admissibilidade da denominada prova ilícita (Miranda Estrampes, 1999: 17 e ss.; Martínez García, 2003: 38 e ss., entre muitos outros). **Trata-se, por exemplo, de situações em que uma prova, que é relevante para a decisão sobre os fatos do caso em julgamento, foi obtida ilegalmente, infringindo direitos fundamentais como a inviolabilidade da correspondência ou das comunicações, a inviolabilidade de domicílio etc. A doutrina prevalente e a maioria dos sistemas jurídicos ocidentais protegem esses direitos, impondo a inadmissibilidade da prova assim obtida. Dessa forma, pretende-se tornar processualmente inúteis essas provas e, indiretamente, desestimular a busca dessas provas mediante práticas que vulnerarem aqueles direitos fundamentais. É evidente que uma prova obtida em uma busca domiciliar ou em uma gravação de uma conversa telefônica ilegais podem ser de grande relevância em um caso concreto, mas o legislador opta por sacrificar o valor epistêmico em favor da proteção dos direitos fundamentais."**

HC 198013 / DF

(FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm. 2021, pp. 114-6)

Ressalto, por oportuno, que não estou a endossar qualquer tipo de prática investigatória ou acusatória à margem do modelo legal. Pelo contrário, se comprovada, com base em provas lícitamente obtidas, eventual prática de condutas desviadas, os infratores deverão por elas responder perante a jurisdição criminal, com todos os rigores da lei.

Porém, tenho sólida compreensão sobre a importância do papel das cartas constitucionais como instrumento de regulação da vida social e de delimitação do poder estatal. A enunciação de direitos nestes pactos intergeracionais, a meu juízo, constitui verdadeiro marco civilizatório, uma conquista social e humanitária que não se pode em absoluto desconsiderar, até mesmo porque alcançada a elevadíssimo custo, como nos mostram as revoluções (*a gloriosa de 1688, a americana de 1776 e francesa de 1789*) que precederam o progressivo avanço do reconhecimento formal de direitos.

A própria arquitetura constitucional cuidou de resguardar estas conquistas, outorgando a esta Suprema Corte a função de garantir, a **quem quer que seja**, independentemente de posição social, econômica, hierárquica, o **respeito incondicional aos valores normatizados no texto constitucional**.

Ciosa desta missão, deparo-me com cenário no qual há **plausibilidade na alegação** de que **possam ter sido “obtidas por meios ilícitos”** as provas que dão suporte à investigação questionada, porquanto derivadas da suposta prática de crimes cometidos por meios eletrônicos.

Nesse contexto, como procurei demonstrar com base em abundante jurisprudência da Casa, **não há margem no texto constitucional** que admita interpretação voltada a legitimar seu uso em processo ou procedimento investigativo voltado à **responsabilização criminal de alguém**, por mais graves que sejam os fatos imputados.

HC 198013 / DF

6. Por todas as razões que venho de expor, concluo que a instauração e tramitação do procedimento investigatório impugnado, por aparentemente inobservarem o figurino constitucional, configuram **ilegalidade passível de repercutir sobre o estado ambulatorial do paciente.**

A evolução da marcha apuratória, nestas circunstâncias, pode dar ensejo a medidas invasivas que colocam em risco direitos fundamentais do paciente e demais investigados, legitimando, assim, o deferimento da pretensão liminar trazida neste remédio heroico, até ulterior deliberação colegiada da matéria por parte deste Supremo Tribunal Federal.

7. Ante o exposto, forte nos artigos 21, V, do RISTF, **defiro a liminar** postulada para determinar a **suspensão da tramitação do inquérito** instaurado pela Portaria STJ/GP nº 58, de 19 de fevereiro de 2021, com seus apensos e incidentes, até o julgamento do mérito do presente *habeas corpus* pela Primeira Turma desta Suprema Corte.

Oficie-se, com urgência, ao eminente Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Humberto Martins, a fim de que tome conhecimento e dê cumprimento à presente decisão.

Publique-se.

Brasília, 30 de março de 2021.

Ministra Rosa Weber
Relatora