

**ALEXANDER GARCIAS DANTAS**

**PROVAS ILICITAS POR DERIVAÇÃO:  
A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILICITAS  
POR DERIVAÇÃO ATÉ A EDIÇÃO DA LEI 11.690/08**

Monografia apresentada como requisito  
parcial para obtenção do título de Bacharel  
em Direito.

**Orientador: Prof. Besnier Chiani Villar**

**JUIZ DE FORA**  
2010

**Alexander Garcias Dantas**

**PROVAS ILICITAS POR DERIVAÇÃO:  
A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILICITAS  
POR DERIVAÇÃO ATÉ A EDIÇÃO DA LEI 11.690/08**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

**Banca Examinadora**

Prof. Besnier Chiani Villar  
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

-----  
Prof. Leonardo Rodrigues Furtado de Mendonça  
-----  
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Prof. Hermes Machado da Fonseca  
-----  
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Aprovada em 19 /06 /2010.

**A intuição, não testada e não comprovada, é  
uma garantia insuficiente da verdade.**

Bertrand Russell, *Mysticism and logic*  
(1929)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todos os professores da Unipac-JF que durante esses cinco anos nos transmitiram preciosos conhecimentos da Ciência Jurídica.

### **Agradeço de forma especial:**

A minha família,

Em especial aos meus pais, José Fernando e Vera Lúcia, que além do grande auxílio demandado durante o período de aulas do curso, me ensinaram durante a minha vida os valores éticos e morais que me permitiram chegar aqui. Aos meus irmãos, Diego, Bruno e Matheus a quem sempre sinto saudade dos tempos passados juntos.

Ao Professor Besnier C. Villar, pela dedicação e atenção dispensada durante a elaboração deste trabalho.

Dedico esta obra:

À Mônica,  
Minha namorada, que tornou os meus  
dias mais felizes!

## RESUMO

Este trabalho tem como tema principal a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação mediante a doutrina norte-americana do *'fruits of the poisonous tree'*, sendo que para tanto, foram pesquisadas as decisões do Supremo Tribunal Federal emitidas após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no final do ano de 1988 até a aprovação da lei 11.690/08, a qual alterou o art. 157 do Código de Processo Penal. Como temas correlatos foram analisados a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de atenuação da doutrina do *fruits of the poisonous tree* e também questões incidentais que se apresentam nos casos concretos analisados nos julgamentos.

Palavras Chave: PROVAS ILICITAS; PROVAS ILICITAS POR DERIVAÇÃO; PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; DOCTRINA DO POISONOUS TREE; DIREITOS HUMANOS INDIVIDUAIS.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>1. As provas dentro do Processo Penal</b> .....	<b>10</b>
<b>1.1 Princípio da verdade real</b> .....	<b>10</b>
<b>1.2 Conceito de prova</b> .....	<b>11</b>
<b>1.3 Meios de prova</b> .....	<b>11</b>
<b>2. Due Process of Law e a inadmissibilidade das provas ilícitas</b> .....	<b>13</b>
<b>2.1 Evolução histórica do due process of law e a primazia dos direitos humanos Individuais</b> .....	<b>13</b>
<b>2.2 A inadmissibilidade das provas ilícitas</b> .....	<b>14</b>
<b>2.3 A doutrina dos frutos da árvore envenenada</b> .....	<b>16</b>
2.3.1 Origem e desenvolvimento na jurisprudência norte-americana .....	16
2.3.2 Fundamentos da doutrina dos frutos da árvore envenenada .....	17
<b>2.4 Aceitação da doutrina pátria quanto à teoria dos frutos da árvore envenenada</b> -	<b>18</b>
<b>2.5 Princípio da proporcionalidade e provas ilícitas</b> .....	<b>19</b>
<b>3. O desenvolvimento jurisprudencial do STF pós – 1988</b> .....	<b>22</b>
<b>3.1 HC 69.991</b> .....	<b>22</b>
3.1.1 Considerações gerais .....	22
3.1.2 Voto do Ministro Marco Aurélio Mello.....	22
<b>3.2 AP 307/DF- Julgamento do Ex-Presidente Fernando Collor</b> .....	<b>24</b>
<b>3.3 HC 74.599</b> .....	<b>24</b>
3.3.1 Considerações gerais.....	24
3.3.2 Voto e Resultado.....	24
<b>3.4 HC 80.949</b> .....	<b>25</b>
<b>3.5 AI- AgR 503617</b> .....	<b>27</b>
<b>3.6 HC 82.788</b> .....	<b>27</b>
<b>3.7 HC 87.654</b> .....	<b>29</b>
<b>3.8 HC 90.376</b> .....	<b>30</b>
3.8.1 Considerações gerais.....	30
3.8.2 Voto e Resultado .....	30
<b>3.9 HC 89.032</b> .....	<b>32</b>
3.9.1 Considerações gerais.....	32
3.9.2 Voto e Resultado.....	32
<b>3.10 HC 93.050</b> .....	<b>33</b>
3.10.1 Considerações gerais .....	33
3.10.2 Voto e Resultado.....	33
<b>4. A edição da Lei 11.690/08 e a vedação às provas ilícitas por derivação</b> .....	<b>35</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>37</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>38</b>
<b>APÊNDICE I</b> .....	<b>40</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho terá como tema de estudo a possibilidade de utilização das provas ilícitas por derivação, ou seja, provas obtidas por meios lícitos, mas que tiveram seu nascedouro numa prova anterior obtida por meio ilícito.

As provas constituem importantes elementos do Processo Penal, visto que esse ramo do Direito tem como objetivo primário à busca da verdade real e esta é alcançada, principalmente, através da confirmação ou descoberta da ocorrência de determinados fatos, o que se dará mediante a análise das provas constantes do processo.

A nossa Constituição Federal elevou ao patamar de garantia constitucional o acesso à Justiça, o direito ao contraditório e ampla defesa e, como desdobramento desses, a vedação a utilização das provas ilícitas: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art.5º, LVI). Desde então, a utilização das provas ilícitas tem sido tema de discussões doutrinárias e a jurisprudência nunca se mostrou unânime, principalmente no que concerne a utilização da prova ilícita por derivação, tema principal deste trabalho.

Tal discussão prosperou na doutrina e na jurisprudência em virtude do texto constitucional se limitar a vedar ‘provas obtidas por meios ilícitos’, expressão esta que acabou por trazer questionamentos quanto à extensão da expressão e, principalmente, se tal expressão abrange também as provas ilícitas por derivação. A Professora Ada P. Grinover nos idos de 1992 apresentava tais questionamentos:

A Constituição brasileira toma posição firme (...) no sentido da proibição das provas ilícitas (...) Mas ainda existem dois pontos de grande divergência: o primeiro deles é o de saber se inadmissível no processo é somente a prova, obtida por meios ilícitos, ou se é também inadmissível a prova lícitamente colhida, mas a cujo conhecimento se chegou por intermédio da prova ilícita (GRINOVER, 1992 apud HC 90376).

Entre essa declaração da professora Grinover e o advento da lei 11.690 no ano de 2008, passaram-se quase dezesseis anos e veremos como a visão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema foi se solidificando até a edição da referida lei que acrescentou o parágrafo 1º no art. 157 do Código de Processo Penal, o qual veda as provas ilícitas por derivação e determina o seu desentranhamento do processo.

Como o Supremo Tribunal Federal julgou, após a promulgação do texto constitucional, os casos que tratavam de provas ilícitas por derivação, é, portanto, o foco principal deste trabalho. Veremos como a elaboração da lei 11.690/08, nos seus aspectos

relativos à prova, acompanhou o entendimento predominante do STF nos anos que se seguiram a entrada em vigência da atual Constituição.

Não há a pretensão de afirmar que a visão do STF foi, isoladamente, a responsável pela atual compreensão do tema e pela conseqüente disciplinaçãõ legal, pois a própria Corte sofre influência da doutrina nacional e estrangeira, sendo difícil apontar o grau de influência de uns sobre os outros.

No primeiro capítulo far-se-á uma análise breve da teoria da prova, ressaltando a sua importância na busca da verdade real. No segundo capítulo será analisado o tema das provas ilícitas, bem como da doutrina dos frutos da árvore envenenada, tanto no que concerne ao seu surgimento no direito norte-americano e da sua recepção pelo direito pátrio. Também será analisado o chamado princípio da proporcionalidade e a sua utilização para a atenuação da inadmissibilidade das provas ilícitas. No terceiro capítulo faremos uma análise pormenorizada da evolução jurisprudencial da utilização da prova ilícita por derivação, principalmente no Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da Carta Magna em 1988, mostrando a divergência de opiniões nessa Corte através dos seus principais julgados. Por fim, será feita uma breve alusão a edição da lei 11.690/08, a qual veio a disciplinar de forma mais clara o tema das provas, principalmente no que tange às ilícitas por derivação,

No capítulo 3 que consiste no cerne deste trabalho, optou-se por fazer um rápido sumário do caso em tela e, após isso, o embasamento do voto vencedor. Na maioria dos julgamentos analisados tem-se acórdãos unânimes, daí a opção por analisar o voto do relator como a base para o resultado dos mesmos. Embora as ementas tragam a essência do que foi decidido, para os objetivos deste trabalho os votos dos Ministros trazem os elementos jurídicos sobre o tema em questão.

Para tanto não foi possível analisar todas as decisões do STF que envolvem esta questão, até mesmo porque algumas tratam do tema de forma periférica. Porém, foi analisada a maioria das decisões que tiveram como tema fundamental a utilização de provas ilícitas por derivação e, em alguns casos, decisões que tiveram como discussão jurídica apenas a utilização de provas ilícitas ou ilícitas por derivação.

Tal análise se faz necessária na medida em que as decisões de primeiro e segundo graus costumam sofrer grande influência da jurisprudência do STF, bem como dos tribunais superiores. Como a matéria das provas ilícitas por derivação tem sede constitucional, cabe-nos neste trabalho priorizar a análise das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal.

## 1. As provas dentro do processo penal

### 1.1 Princípio da verdade real

O Direito Processual Penal tem como principal objetivo à busca da verdade real para que, dessa forma, possa se fazer justiça e pacificar o ambiente social. Sobre tal busca, se expressa Ávila em sua dissertação de mestrado: “... o princípio da verdade (real ou substancial) corresponde à regra de que o objetivo principal do processo é a descoberta da verdade, assim entendida como a reprodução plena de um fato através das provas” (ÁVILA, 2006, pp. 81 e 82).

Tradicionalmente fala-se que no direito penal busca-se a verdade real e no privado a verdade formal ou processual, sendo, porém, que tal colocação tem sido questionada, pois em alguns momentos o processo penal se satisfará com a verdade formal <sup>1</sup>. Nos litígios cíveis, o juiz tem uma atitude completamente inerte no que se relaciona às provas, pois no conceito de busca da verdade processual ele julga apenas de acordo com os fatos apresentados em juízo pelas partes.

É claro que mesmo no sistema de busca da verdade real, adotado pelo Processo Penal, ocorrerá de se distanciar do conhecimento da verdade factual, já que em muitos casos apresentados ao juiz para que este aplique o direito, não poderá se ter absoluta certeza se verdade alcançada mediante as provas realmente consiste no que de fato aconteceu. Esse é o posicionamento do jurista italiano Ferrajoli que menciona quatro limitações ao real conhecimento da verdade dentro do processo:

A subjetividade ínsita do julgador, condicionado por suas circunstâncias ambientais; a impossibilidade de autocorreção da pesquisa histórica no processo, pela ausência da refutação e críticas de outros historiadores e cientistas, ante o fato do juiz ser um ‘investigador exclusivo’; a deformidade profissional do juiz, que passa a enxergar os fatos por meio de um prisma jurídico que equivale a um sistema de esquemas interpretativos do tipo seletivo (...) e a subjetividade das fontes de prova que são produzidas especificamente para a investigação dos fatos e não antes e independentemente destes, como ocorre na investigação histórica (ÁVILA, 2006, p.84).

Que o juiz é um ser falível, como qualquer outro ser humano, e que daí muitas vezes julgar mediante os seus próprios preconceitos, é fato. Porém, com a possibilidade do contraditório e da ampla defesa, as partes podem municiar o julgador de elementos para que esse tome a melhor decisão possível, mesmo que imperfeita.

1- ÁVILA, Thiago A. Pirebom. Provas Ilícitas e proporcionalidade. 2006, p. 82.

Assim sendo, poder-se-ia dizer que em uma boa parte dos casos a verdade real é apenas um ideal intangível, mas que exerce uma função norteadora para o magistrado e para os operadores do direito.

Portanto, cuida esse ramo do Direito da atuação estatal frente à transgressão de norma penal relevante e da conseqüente defesa dos bens jurídicos fundamentais da sociedade e de cada individuo em particular. Para que o magistrado possa julgar o caso em concreto, far-se-á necessária a análise das provas constantes do processo, buscando-se, na medida do possível, encontrar a verdade factual real.

## **1.2 Conceito de Prova**

O autor argentino Clux Roxin afirma que “*probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existência de un hecho*” (ROXIN apud ÁVILA, 2006, p. 88), já para Florin “provar significa fornecer ao processo o conhecimento de qualquer fato, de maneira que se adquira para si ou se engendre em outros a convicção da existência ou verdade deste fato” (FLORIN, 1982, apud ÁVILA, 2006, p. 89), ou seja, não basta apenas termos uma prova sobre determinado fato, mas sim apresentá-la ao magistrado dentro do processo para que este possa tomar conhecimento do ocorrido.

Não basta, portanto, o individuo ter um direito se não conseguir provar que o tem de fato. E para tanto deverá o Judiciário saber quais são os fatos relacionados ao crime para que possa, em muitas situações, evitar que um inocente seja condenado ou que um criminoso perigoso permaneça impune, pois é através das provas que deverá o juiz tomar conhecimento dos fatos ocorridos e então decidir de forma mais justa.

O Código de Processo Penal adotou a teoria do livre convencimento motivado, pela qual o juiz tem liberdade para avaliar as provas constantes do processo, desde que legais. Porém, deverá na sentença explicitar claramente a forma pela qual analisou as provas apresentadas, ou seja, fundamentar a decisão.

## **1.3 Meios de prova**

O Código de Processo Penal elenca as espécies de provas admitidas dentro do processo, sendo elas: depoimento pessoal, documental, testemunhal, pericial, acareação e reconhecimento de pessoas e coisas, sendo tal disposição considerada por parte da doutrina como um rol exemplificativo, até mesmo porque se deve permitir que a parte, principalmente o acusado, possa apresentar sua defesa da melhor forma possível, inclusive com um meio de prova não mencionado no Código, desde que seja lícito.

Ao magistrado não cabe interferir na produção de provas, mantendo dessa forma a imparcialidade necessária para que possa julgar sem favorecer, de forma indevida, nenhuma das partes.

Apesar disso, o art. 156 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela lei 11.690/08, permite ao juiz de ofício: a) ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes; b) determinar, no curso da instrução, a realização de diligências. Esse dispositivo tem sido criticado por parte da doutrina. <sup>2</sup>

Porém, não é qualquer prova das elencadas no Código de Processo Penal que pode ser utilizada no processo, pois a Constituição Federal veda em seu artigo 5º a utilização de provas obtidas de forma ilícita. Se fosse possível utilizar qualquer recurso para obtê-las, o Estado poderia pisar em cima dos direitos fundamentais assegurados a cada indivíduo na tentativa de fazer justiça. Tal fato sempre esbarra na antiga dicotomia entre os direitos individuais e os direitos sociais ou da coletividade, sendo que cada ordenamento jurídico acaba, na prática, privilegiando algum deles em detrimento do outro.

O direito moderno tem se pautado, principalmente nos estados democráticos, pela ampliação dos direitos envolvidos no decorrer do processo penal, sendo os principais o contraditório e a ampla defesa, como forma de defender o cidadão diante do estado-juiz e, ao mesmo tempo, evitar que a sociedade sofra com a absolvição de criminosos. Nesse sentido, poderíamos dizer que “a tarefa essencial do Estado e, em última análise, da filosofia política, consiste em conciliar, tanto quanto possível, a liberdade individual com o bem comum” (ÁVILA, 2006, p.44).

2- Nesse sentido: Aury Lopes Junior. Bom para quê(m)? Citado em Barros. Antonio Milton. A reforma do CPP sobre provas, 2008.

## 2. A inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação

### 2.1 Evolução histórica do *due process of law* e da primazia dos direitos humanos individuais

A Inglaterra foi o berço da idéia atual de que o soberano ou quem detenha parcela do poder estatal não deve ter poderes ilimitados, sendo que a Carta Magna elaborada em 1215 no reinado do rei João Sem Terra foi o marco desse movimento, pois começou a limitar o poder do rei, instaurando a garantia do habeas corpus. Já em 1688, após a Revolução Gloriosa, o parlamento teve os seus poderes ampliados principalmente no que tange a aprovação de novos tributos, o que assentou mais ainda a idéia da limitação do poder estatal.

Desde fins do século XVIII, com a disseminação na e Europa das idéias iluministas, as sociedades democráticas, principalmente no ocidente, tem-se tentado frear o poder estatal e garantir os direitos individuais. Esta tendência se acentuou a partir do término da Segunda Guerra Mundial, pois nas décadas de 1920 e 1930, vários países europeus tiveram governos que privilegiaram os direitos coletivos em detrimento dos direitos individuais, como é o caso da Alemanha, Espanha, dentre outros 3.

É na esteira do fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) em que os governos fascistas da Alemanha e da Itália foram derrotados, começou-se a disseminar a idéia da proteção dos direitos humanos individuais e dentre esses se encontra o direito do individuo ter um julgamento justo.

A Constituição brasileira elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF), ou seja, para a nossa atual ordem constitucional o indivíduo é o centro e finalidade do nosso ordenamento jurídico e não o coletivo, como nos governos autoritários fascistas ou socialistas. Comentando sobre a dignidade humana constante na Constituição Portuguesa, Canotilho afirma que:

.... a menção à dignidade da pessoa humana no texto constitucional português revela a base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito (...). Também afirma o mestre português que a dignidade exerce uma função de integridade dos direitos fundamentais, defendendo a individualidade do homem como ser responsável” (CANOTILHO, apud ÁVILA, 2006).

3- O fascismo, regime político autoritário, se popularizou em alguns países europeus com uma forma de enfrentar a crise econômica européia e não permitir o crescimento do socialismo no continente. Em tais países, os direitos individuais foram reduzidos ao máximo, pois o Estado tinha liberdade para efetuar prisões sem o devido processo etc.

Na esteira do princípio da dignidade humana a Constituição Federal assegura o direito à prova, o qual está implícito no art. 5º, LV (direito a defesa) e principalmente no direito ao devido processo legal (art.5º, LIV da CF). Porém o texto constitucional vedou a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, o que desde o início da entrada em vigência da Carta Magna gerou discussões sobre o alcance de tal vedação constitucional.

Verificamos, portanto, que a Constituição Federal veio no sentido de oferecer o máximo de garantias processuais para os envolvidos em acusações criminais, visando limitar ao máximo poder arbitrário dos agentes estatais. Essa direção tem sua origem na mudança de paradigma advinda com a transição do regime militar (1964-1985) para o regime democrático, daí a preocupação com a liberdade do acusado até sentença condenatória, a inadmissibilidade das provas ilícitas, a manutenção dos vários recursos existentes etc.

## **2.2 A inadmissibilidade das provas ilícitas**

A discussão acerca da utilização de determinados tipos de prova é antiga, remontando a Roma antiga, alicerce do direito moderno. Mas foi a partir da Independência norte-americana (1776) e da Revolução Francesa (1789-1799), que tiveram como consequência o abandono da teoria absolutista e a colocação de limites à atuação do Estado, que a forma com que as provas são obtidas começou a ganhar relevância.

A doutrina sempre fez distinção entre provas ilegais e ilegítimas como espécie de provas ilícitas como distingue Alexandre de Moraes: “As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obras com desrespeito ao direito processual”. (MORAES, p. 126). Já a Profa. Ada Pellegrini Grinover (apud ÁVILA, 2006) considera que as provas ilícitas e ilegítimas são espécies das provas vedadas.

O ponto interessante no que concerne as provas ilícitas consiste em que a vedação tem como cerne a forma de obtenção da prova e não a prova em si, sendo que o Estado não pode obter a prova de qualquer forma.

Thiago Ávila em sua dissertação de mestrado define bem a questão:

Assim, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos não é um princípio estabelecido porque a verdade transmitida pelo meio de prova é falsa. Apesar de verdadeiros os fatos evidenciados pelo meio de prova, esse não será admitido no processo por finalidade política: sacrificar a verdade no

processo para criar um sistema processual que respeite os direitos fundamentais (ÁVILA, 2006, p. 100).

Conforme Thiago Ávila, mencionando Lopez Ortega, a doutrina costuma fornecer duas razões para as proibições gerais de prova, quais sejam: a) reduzir ao máximo a possibilidade do julgador errar no seu julgamento; b) limitar a atuação dos poderes públicos<sup>4</sup>. Nas decisões de julgado, principalmente no STF, o principal argumento para a inadmissibilidade das provas ilícitas é a limitação do poder estatal.

Dáí o fato de que para a prova ser considerada ilícita, deve ela estar violando algum direito fundamental do indivíduo, pois, em muitos casos, a retirada da prova do processo resultará na impossibilidade de alcançar a verdade real do caso, o que pode vir a causar grande dano a sociedade. Em muitos casos, o indivíduo culpado por determinado crime continuará em liberdade, pois a única prova que apontava nesta direção foi obtida de forma ilícita.

Por isso durante muito tempo houve defensores de que não cabe ao magistrado julgar sobre a admissibilidade da prova obtida de forma ilícita, já que esta origem não influi na veracidade da informação. “Sua máxima é o *male captum, bene retentum*, que propõe a admissão da prova no processo, sem prejuízo da sanção cível, administrativa e criminal contra o eventual infrator” (ÁVILA, 2006, p.99). Pessoalmente, vejo um perigo muito grande em se ter como dogma a inadmissibilidade das provas ilícitas, pois, dependendo da gravidade do crime, o dano que causa a sociedade a liberdade de um criminoso de alta periculosidade é maior do que o direito fundamental violado pela obtenção da prova.

O Prof. Thiago Ávila aponta magistralmente a razão teleológica que trouxe a baila tal mandamento constitucional:

O princípio constitucional do art. 5º, LVI, da CF/88 representa a síntese de um momento político e histórico brasileiro de proscrição contra abusos cometidos durante o regime da ditadura militar (...) Ao se virar a página violenta da história brasileira, decidiu o legislador constituinte de 1988 sepultar definitivamente esse regime de supremacia absoluta do interesse público [rectius: dos detentores do poder político] sobre valores mínimos da dignidade humana (ÁVILA, 2006, p.118).

4- ÁVILA, Thiago Pierobon. **Provas Ilícitas e proporcionalidade**. 2006, p. 100.

Apesar de nos últimos dez anos do regime militar as arbitrariedades do poder estatal terem sido amplamente reduzidas, pois a linha mais moderada começou a ganhar mais espaço no governo militar <sup>5</sup>, os legisladores constituintes, como bem apontado por Ávila, preferiu radicalizar no sentido oposto e elaborar um texto constitucional que restrinja ao máximo a atuação estatal na persecução criminal. Exemplos disso são a excepcionalidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença criminal <sup>6</sup>, a variedade de recursos possíveis ao acusado e a própria inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita.

## **2.3 A doutrina dos frutos da árvore envenenada**

### 2.3.1 Origem e evolução na jurisprudência norte-americana

A doutrina dos frutos da árvore envenenada foi elaborada no início do século XX, tendo no julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States* (1920) o paradigma inicial para a análise das provas ilícitas por derivação. “A Suprema Corte, ao analisar o caso *Silverthorne Lumber Co v. United States* (1920), formou o posicionamento no sentido de que, ao se permitir a utilização de evidências derivadas de atos ilegais, o Tribunal estaria encorajando os órgãos policiais a desrespeitar a 4ª Emenda da Constituição norte-americana. Dessa forma, o tribunal decidiu pela inadmissibilidade das provas derivadas de provas obtidas ilicitamente” (CABRAL, 2009, p.01).

Até então o direito norte-americano acolhia qualquer forma de material probatório, independentemente do modo pelo qual foi ele obtido. Como veremos tal posicionamento inicial do direito norte-americano terá influência nas discussões posteriores à decisão do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States*.

Embora nessa decisão tenha aparecido a teoria de não se admitir as provas obtidas de forma ilícita ou oriundas de uma prova obtida de forma ilícita, o entendimento só foi sedimentado neste sentido em meados da década de 60, pois se discutia se era possível estender a exclusão aos estados federados. Nessa década três julgamentos sedimentaram, de fato, a elevação da doutrine ‘fruits of the poisonous tree’ como norma constitucional.

5- O auge da repressão política se deu no período compreendido entre 1968, ano de outorga do AI-5, e aproximadamente 1974. A partir deste ano começaram a ganhar força as negociações para a volta do regime civil no País, o que culminou com a edição da chamada lei da anistia em 1979.

6- Embora, tenhamos visto um aumento considerável nas decretações de prisão preventiva nos últimos anos. Emblemático foi o caso do banqueiro Daniel Dantas, controlador do Banco Opportunity, preso temporariamente em 2008, dias depois preso preventivamente pela Justiça Federal e solto pelo STF em habeas corpus liminar deferido pelo Ministro Gilmar Mendes.

Em 1961, a Sra. Dolly Mapp teve a sua residência invadida, sem autorização judicial, para que fossem localizados explosivos que supostamente estariam escondidos no local. Os explosivos não foram localizados, porém encontrou-se revistas pornográficas, o que consistia em crime estadual. Após a condenação, a Sra. Mapp ingressou com recurso na Corte Suprema (*Mapp v. Ohio*), tendo sido aprovada a extensão da exclusão da prova ilícita aos estados por cinco votos a quatro. Em *Miranda v. Arizona (1966)*, a Corte Suprema reiterou tal posicionamento, num caso em que Miranda confessou o crime sem ter o seu direito de ficar calado e constituir um advogado esclarecidos pelos policiais.

Mas foi o caso *Gideon v. Wainwright (1963)* que decidiu “a necessidade de incorporação dessa emenda (direito à assistência de advogado) aos Estados, através da Décima Quarta Emenda (garantia do devido processo), ou seja, decidiu a obrigatoriedade de os Estados fornecer advogado dativo aos acusados pobres”. Nota-se que a Corte Suprema começou a basear a exclusão da prova na Sexta Emenda e não mais na Quarta, como no caso *Silverthorne Lumber Co v. United States*.

Nas últimas quatro décadas, a Corte Suprema norte-americana tem limitado drasticamente a utilização da exclusão das provas ilícitas do processo. Thiago Ávila em sua magistral dissertação menciona o caso *United States v. Jacobsen (1984)* em que:

...a Corte Suprema reafirmou um antigo precedente (*Burdeau v. McDowell, 1921*) e concluiu que uma violação indevida da correspondência realizada por funcionários de uma empresa particular de transporte (*Federal Express*), que nela localizaram um pó branco e chamaram os policiais, não viciava a posterior atuação dos policiais que verificaram se tratar de cocaína (ÁVILA, 2006, p. 149).

### 2.3.2 Fundamentos da doutrina dos frutos da árvore envenenada

A origem da expressão ‘frutos da árvore envenenada’ tem origem na passagem do evangelho de São Mateus (7:17-18, 20) em que Jesus assim teria dito: “Assim toda árvore boa dá frutas boas, e a árvore que não presta dá frutas ruins. A árvore boa não pode produzir bons frutos nem a árvore que não presta dar bons frutos (...) Assim, pois pelos seus frutos os conhecereis”. Embora o texto não se refira à expressão *‘fruits of the poisonous tree’*, se infere ela, pois a passagem fala de uma árvore que não presta, ou seja, que está envenenada.

Mas vai ser num julgamento posterior ao já mencionado que a expressão será usada pela primeira vez. Foi no caso *Nardone v. United States (1939)* que se mencionou a expressão

no seguinte trecho: “... o juiz deve dar oportunidade (...) para o acusado provar que **uma parcela substancial do processo contra ele foi um dos frutos da árvore venenosa**”<sup>7</sup>.

Como vimos a idéia central da doutrina em questão é de que a ilicitude constante da primeira prova contamina as demais provas que foram obtidas, em princípio, de forma lícita, ou seja, a prova ilícita por derivação é obtida de forma lícita, mas seu nascedouro ou sua motivação surge de uma prova obtida de forma ilícita.

E da mesma forma que a vedação as provas ilícitas, seu fundamento consiste na proteção dos direitos fundamentais que possam ser violados no momento de obtenção da prova ilícita. Se aceitasse a prova obtida através da prova ilícita, estaria o Estado sancionando, de forma indireta, a violação anteriormente cometida.

#### **2.4 Aceitação da doutrina pátria quanto à teoria dos frutos da árvore envenenada**

Como referido no item anterior, a doutrina dos frutos da árvore envenenada teve origem no direito norte-americano, mais precisamente na jurisprudência de lá, no início da década de 1920. Já o direito brasileiro demorou em começar a aceitar tal posicionamento no que diz respeito à obtenção das provas dentro do processo penal, principalmente pelas alternâncias ocorridas de Constitucionais no período, sendo algumas de cunho mais autoritário (Constituições de 1937 e 1967).

A Professora Ada Pellegrini Grinover foi uma das pioneiras no Brasil a enfocar tal doutrina já nos idos do término da década de 1970 com a obra *Liberdades públicas e processo penal*, escrita como tese para o concurso ao cargo de professor do departamento de direito processual penal da USP. Nesta obra, Grinover, seguindo o jurista italiano Pietro Nuvolone, distingue entre provas ilícitas e ilegítimas, sendo estas as obtidas com violação à norma processual e aquelas com violação à norma de direito material. Ela já declarava em sua obra que “A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista da violação de uma norma constitucional em prejuízo das partes ou de terceiros” (GRINOVER, apud STF, HC 87654).

7- Citado em: Cabral, 2009, p. 01 in [www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12658](http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12658)

Com o advento da nova Constituição, foi consagrado no artigo 5º que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, sendo o Brasil um dos poucos países que traz esta vedação no corpo do texto constitucional.

A doutrina brasileira tem aceitado a utilização da prova ilícita pro reo, ou seja, o próprio acusado produz a prova para provar a sua inocência e acaba por obtê-la de forma ilícita e o mesmo tem se dado com a utilização da prova ilícita por derivação pro reo. É vasta a literatura onde se defende a utilização da prova ilícita nessa situação 8.

## **2.5 O princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas**

### **2.5.1 Considerações gerais**

A inadmissibilidade das provas ilícitas, como qualquer outra garantia ou direito não tem caráter absoluto, pois cabe ao juiz, em sua função jurisdicional, valorar os direitos envolvidos para então aplicar o direito no caso concreto.

Porém tem se atenuado a inadmissibilidade das provas ilícitas e das ilícitas por derivação através da utilização do princípio da proporcionalidade, surgido no direito alemão. A Constituição brasileira não traz de forma clara menção ao princípio, sendo que a doutrina aponta que ele está implícito, derivado de outros princípios 9:

Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta... (MORAES, p.127).

Embora seja sempre classificada como princípio, a proporcionalidade, por ter o condão de mediar entre princípios que estejam colidindo, pode ser considerada como um procedimento utilizado pelo magistrado no caso em que haja a referida colisão e não como um princípio. Segundo Thiago Ávila “a proporcionalidade como método de resolução das colisões possui três subprincípios (ou máximas principais): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” (ÁVILA, 2006, p.30).

8- Ver GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO. As nulidades do processo penal. 9ª Ed. São Paulo: RT, p. 161-162. TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. Processo Penal. Volume 3. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. ÁVILA, Thiago Pierobom. Provas Ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, p. 202.

9- Conforme ÁVILA, Thiago André. Provas ilícitas e proporcionalidade. 2006, p.32.

### 2.5.3 A adoção do princípio no direito brasileiro

José Adelmy Accioly (2005) expõe as quatro principais correntes doutrinárias acerca da proibição das provas ilícitas no processo, quais sejam:

1ª) Corrente permissiva: admite a produção de prova ilícita;

2ª) Corrente obstativa: não empresta nenhuma validade as provas ilícitas;

3ª) Corrente obstativa por fundamento constitucional: entende que as provas ilícitas não devem ser aceitas no processo por ferirem princípios constitucionais. De acordo com o autor, essa corrente é majoritária na jurisprudência pátria;

4ª) Corrente obstativa atenuada pela teoria da proporcionalidade: Como regra geral não aceita a prova ilícita, porém, em casos excepcionais, aceita as provas ilícitas desde que os valores a serem protegidos sejam mais relevantes do que os protegidos pela vedação a sua utilização. Exemplo desse posicionamento é visto na obra “As nulidades no processo penal” dos autores Ada Pellegrini Grinover, Antonio S. Fernandes e Antonio Gomes Filhos:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas (...) vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *Verhältnismassismassigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido à prova ilícita... (GRINOVER, 2006, p.152).

O Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfG) tem adotado a teoria dos três degraus nas situações em que haja colisões de algum princípio com o da privacidade. Em um primeiro degrau está a esfera da vida privada mais íntima do indivíduo. “Exemplo dessa área nuclear é a proibição de utilização de um diário com introspecções íntimas, ainda que validamente apreendido” (ÁVILA, 2006, p.171). No segundo degrau encontram-se fatos relativos à vida normal da pessoa, não sendo a privacidade nesta esfera um direito absoluto. E por último há uma esfera que consiste em fatos periféricos da pessoa em que suas lesões são toleradas.

Como veremos no capítulo seguinte, o Supremo Tribunal Federal tem feito uma aplicação radical no que concerne a inadmissibilidade das provas ilícitas, não admitindo, por exemplo, a utilização de provas que afetem a privacidade da pessoa. O Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do HC 80.949 em 30/10/2001, falando sobre a possibilidade de se utilizar o princípio da proporcionalidade expôs que:

Na questão, entretanto- como em tantas outras- **a recepção desavisada de teorias jurídicas estrangeiras é extremamente perigosa** (...) Basta notar que, na Alemanha, a solução do problema da admissibilidade, ou não, da prova ilícita no processo não arranca de norma constitucional específica mas, ao contrário, busca fundamento em princípios extremamente fluidos da Lei Fundamental...(Rel. Min. Pertence, HC 80949, sublinhado nosso).

Embora ainda a corrente obstativa por fundamento constitucional seja dominante na nossa jurisprudência, a corrente que a atenua com a utilização do princípio da proporcionalidade tem ganhado espaço na doutrina brasileira 10. Como veremos no próximo capítulo, o Supremo Tribunal Federal não tem dado muito espaço para a utilização desse princípio, tendo como regra rejeitado as provas ilícitas, bem como as ilícitas por derivação.

A tendência doutrinária é de cada vez mais estudar formas de atenuar a inadmissibilidade das provas ilícitas, já que começa a surgir uma nova leva de doutrinadores que não eram muito jovens no período do regime militar e trazem um novo alento ao processo penal brasileiro. Tal não se dá com facilidade no STF, pois tivemos muitas alterações em sua composição no governo Lula e a sua renovação deve ser mais lenta nos próximos dez anos.

10- Ver MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 2003, p. 127; GRINOVER et al., 2006, p.152.

### **3. O desenvolvimento jurisprudencial do STF**

A utilização das provas ilícitas por derivação, embora até o ano de 2008 fosse assunto exclusivamente do âmbito do direito constitucional, pois não havia previsão legal para a sua aceitação ou rejeição, foi analisada por vários tribunais nos casos concretos apresentados ao Judiciário, sendo que se destacam as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Como esse trabalho tem como foco principal às decisões emitidas pelo STF, o que não significa que de forma esparsa não se analise alguma decisão emitida pelo STJ ou por outra corte, já que em alguns casos as decisões da Corte Suprema versam sobre decisões de instâncias inferiores, em que se julga recurso extraordinário.

A seguir serão analisadas as decisões mais importantes do Supremo Tribunal Federal que tiveram como questão de direito as provas ilícitas por derivação ou mesmo as provas ilícitas de forma geral. Os votos dos Ministros mostram a evidente polarização dentro da Corte, embora sempre tenha havido uma leve tendência a não aceitar as provas ilícitas e, por conseguinte, as ilícitas por derivação.

#### **3.1 HC 69.991**

##### **3.1.1 Considerações gerais**

Esse julgamento é emblemático por duas razões. A primeira consiste ser esta a primeira decisão do STF sobre o tema em questão após a promulgação da Constituição Federal, a qual dispôs sobre as provas ilícitas no seu artigo 5º, LVI. A segunda razão interessante é que na data deste julgamento, ainda não havia sido editada lei para regular as interceptações telefônicas. A regulação ocorreu quase três anos após o julgamento através da lei 9.296/96.

No final do ano de 1993, o Supremo Tribunal Federal julgou hábeas corpus impetrado por Aluisio Martins contra decisão do TRF da 4ª Região que aceitou a denúncia do Ministério Público em que se utilizou como meio de prova interceptação telefônica não autorizada (HC 69.912). Vale ressaltar que o julgamento é anterior a edição da Lei 9.296/96 que disciplinou a utilização de interceptação telefônica como forma de investigação em inquérito policial, bem como em instrução processual penal, ou seja, qualquer escuta telefônica era, em princípio, ilícita.

Nesse julgamento venceu primeiramente o indeferimento do hábeas corpus, porém o Ministro Carlos Veloso foi declarado impedido e, com o empate, foram aceitas as escutas telefônicas.

Esse julgamento foi, para muitos, o julgamento mais emblemático sobre o tema em análise nesta monografia. Porém, a composição do STF foi totalmente alterada desde então, sendo que apenas dois Ministros que votaram naquela oportunidade ainda continuam na Suprema Corte: Celso de Mello e Marco Aurélio Mello, sendo que ambos votaram pelo deferimento do *habeas corpus*.

### 3.1.2 Voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Melo proferiu um voto metuculoso em que recorre à doutrina nacional e estrangeira, bem como a decisões proferidas pela Suprema Corte Americana. Já no início do seu voto, ele destaca que a inadmissibilidade das provas ilícitas e ilegítimas foi uma conquista do ordenamento jurídico brasileiro e posiciona-se radicalmente contra a utilização de prova ilícita:

“A cláusula constitucional do *due process of law* (...) tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas ou ilegítimas, 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 base em elementos instrutórios obtidos ou produzidos com desrespeito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado” (HC 69.912).

Embora o tema principal dessa monografia seja em relação à utilização das provas ilícitas por derivação, tal posicionamento do Ministro Celso de Mello ganha grande relevância por duas razões. Em primeiro lugar, a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação está intimamente ligada a inadmissibilidades das provas ilícitas, pois aquelas tem seu nascedouro numa prova obtida de forma ilícita e, a argumentação utilizada para se rejeitar a utilização das provas ilícitas muitas vezes serve igualmente para se negar a utilização das ilícitas por derivação. Em segundo lugar, o fato de que o Ministro Celso de Mello ainda compor atualmente <sup>11</sup> Tribunal e o seu posicionamento ter influência sobre a jurisprudência do mesmo.

## 3.2 AP 307/DF - Julgamento do Ex-Presidente Fernando Collor

O caso em tela teve como uma das preliminares o questionamento da inadmissibilidade dos laudos de degravação de conversa telefônica e de registros referentes à memória do computador. A conversa telefônica foi gravada sem o conhecimento de um dos interlocutores e os registros do computador foram obtidos mediante invasão de domicílio, já que os agentes não tinham mandado de busca e apreensão.

11- No ano de produção dessa monografia (2010), além do Ministro Celso de Mello, o Ministro Marco Aurélio Mello também é remanescente do julgamento ocorrido em 1993.

O relator do caso foi o Ministro Ilmar Galvão que conheceu da inadmissibilidade das provas mencionadas, o que teve influência direta na absolvição do Ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello.

### **3.3 HC 74.599**

#### **3.3.1 Considerações gerais**

No mesmo ano de 1996, o STF julgou o HC 74.599 em que o impetrante, condenado a oito anos e seis meses de reclusão, alega que a escuta telefônica deferida pelo juiz de primeira instância constitui prova ilegal e que teria contaminado as demais.

Tal interceptação telefônica foi efetuada ainda no curso do inquérito policial como se segue: “Em janeiro deste ano obtivemos informações que davam conta estar Pedro dos Santos Filho (...), envolvido, novamente, com o comércio clandestino de ‘maconha’. A partir de então, com autorização judicial, passamos a censurar as conversas que o suspeito mantinha através de sua linha telefônica (...) O conjunto dos trabalhos investigatórios levaram-nos a concluir que Pedro adquiria o entorpecente por intermédio, basicamente, de duas pessoas: “Biro” e “Eriberto”, residentes no município de Ponta Porã, no Mato Grosso do Sul”.

#### **3.3.2 Votos e resultado**

O Ministro Ilmar Galvão, relator do caso, começou expondo que até a edição da lei 9.296/96, as interceptações telefônicas, mesmo que autorizadas pelo magistrado consistiam em prova ilícita.

Em seguida adentrou na análise dos fatos constantes do processo concluindo que a despeito das informações obtidas pela interceptação telefônica, o inquérito foi guiado por informações obtidas de forma testemunhal e utilizou como argumento a decisão do HC 74.530 do próprio Supremo. Daí conclui o relator que o inquérito teria chegado a conclusão equivalente a partir das demais provas, como segue: “Sendo assim, não se pode afirmar que as informações provenientes da escuta telefônica autorizada pelo juiz tenham sido, exclusivamente, aprova para se chegar à empreitada criminosa. Essa somente veio a corroborar as lícitamente obtidas pela equipe policial”.

Dessa forma, o relator votou pelo indeferimento do pedido de anulação do julgamento efetuado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no que foi acompanhado pelos Ministros Sidney Sanches, Octavio Gallotti e Celso de Mello.

### **3.4 HC 80.949**

#### **3.4.1 Considerações gerais**

Das decisões analisadas neste trabalho, o julgamento do HC 80.949 constitui num momento em que o STF teve como principal discussão a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas, embora o Relator não tenha adentrado no tema das provas ilícitas por derivação.

O caso tela consiste na prisão de Francisco Agathos Trivelas por tráfico de armas, sendo que na ocasião da prisão ele confessou sua participação numa quadrilha internacional de tráfico de armas. Foi gravada também uma conversa do paciente do HC com Humberto Fernandes que seria seu intermediário na compra das armas vindas do exterior.

Em 17/03/99, os impetrantes requereram habeas corpus em favor do paciente (...) para que depois de liminarmente desentranhados, se declarassem imprestáveis todas as provas obtidas ilegalmente, a saber, gravação telefônica, gravação ambiental, sem que fosse cumprido o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, assim como ilegais e imprestáveis, por derivação, as apreensões, os depoimentos de policiais que tenham conteúdo decorrente da prova ilícita (HC 80.949).

#### 3.4.2 Voto e resultado

O primeiro ponto analisado e decidido pelo Relator foi a admissibilidade do habeas corpus para impugnação da inserção da prova ilícita e o seu conseqüente desentranhamento.

No que concerne as provas ilícitas, inicialmente o Ministro Pertence expôs as duas teorias acerca da admissibilidade no processo das provas ilícitas, concluindo que “a tese da proscricção da admissibilidade processual da prova ilícita” é hoje a teoria prevalente no direito moderno. O Ministro não se refere se a nível nacional ou internacional, mas parece ser a nível internacional, pois antes de concluir este ponto, ele traçou a origem da inadmissibilidade no direito americano e citou trecho do doutrinador alemão Amelung.

Ao analisar a possibilidade de aplicação do principio da proporcionalidade em casos semelhantes, o Ministro criticou a aplicação deste nas seguintes palavras:

...o apelo, sempre que se cuide da apuração de fatos graves, à necessidade de temperar a sua aplicação [da inadmissibilidade das provas ilícitas], em cada caso, à luz do principio da proporcionalidade (...) Na questão, entretanto- como em tantas outras- a recepção desavisada de teorias jurídicas estrangeiras é extremamente perigosa (...) Basta notar que, na Alemanha, a solução do problema da admissibilidade, ou não, da prova ilícita no processo não arranca de norma constitucional especifica mas, ao contrário, busca fundamento em princípios extremamente fluidos da Lei Fundamental...

O voto do Ministro, embora esteja no seu inicio, já deixa antever que considerando ele a prova ilícita irá deferir o habeas corpus em questão. Ele distingue, no trecho citado, entre a normatização jurídica alemã, em que a inadmissibilidade não está disposta na Constituição e a legislação brasileira que traz claramente em seu artigo 5º a vedação da utilização das provas obtidas de forma licita.

Feito isso, o Ministro Pertence não tece comentários sobre a doutrina dos frutos da árvore envenenada, por entender não haver a necessidade de se entrar neste mérito: “...espero que o caso não nos obrigue a repisar polêmicas ainda vivas em torno da delimitação de zonas cinzentas na temática da inadmissibilidade no processo da prova ilícita (cujo exemplo mais patente gira em torno da contaminação das que dela sejam derivadas...)”.

Após a rápida análise da inadmissibilidade das provas ilícitas, ele parte para a análise do caso concreto que está a ensejar o pedido de habeas corpus. O Ministro conclui, diferentemente das instâncias anteriores, que não há certeza quanto a autorização das escutas por parte do paciente.

A prisão do paciente foi considerada ilegal pelo Ministro, pois o mesmo não foi preso em flagrante e não havia ordem judicial para a realização da mesma. Pertence ressalta que: “Já decidi esta Turma que confissão sob prisão ilegal é prova ilícita e inválida a condenação nela fundada” (HC 70277, 1ª T, apud HC 80949). Outra ilegalidade foi o fato de que o paciente não foi informado de seus direitos, sendo o principal o de poder permanecer calado (art. 5º, LXIII CF). “A falta de advertência- e, como é óbvio, da sua documentação formal- faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o acusado” (HC 80949). Para embasar tal afirmativa, foi citado magistério da Professora Ada P. Grinover<sup>12</sup> Prossegue o ilustre Ministro com a análise da doutrina pátria acerca das gravações clandestinas e interceptações telefônicas.

Seu voto conclusivo foi no sentido de deferir parcialmente o HC, declarando a ilicitude e determinando o desentranhamento dos autos do inquérito das duas fitas K-7 e do laudo pericial que as transcreve. Foi indeferida a aplicação da doutrina do ‘fruits of the poisonous tree’.

### **3.5 AI- AgR 503617**

#### **3.5.1 Considerações gerais**

No ano de 2005, o STF julgou o agravo regimental interposto diante da decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto perante a negação do recurso extraordinário. O questionamento principal consistia na ilicitude da gravação de conversa efetuada por um dos interlocutores, prova esta que serviu de base para a condenação do impetrante a três anos de reclusão a ser cumprida em regime aberto. Além disso, o impetrante teve a perda do cargo de magistrado decretada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

<sup>12</sup>-GRINOVER, Ada P. As interceptações telefônicas e gravações clandestinas no Processo Penal em As novas tendências do Dir. Processual, P. 60 E P.67. apud HC 80.949.

### 3.5.2 Voto e resultado

O relator, Ministro Carlos Veloso, não considera a prova ilícita, citando para tanto, decisão da 2ª Turma do STF (HC 75.338/RJ), bem como a da 1ª Turma do mesmo Tribunal: “Ementa: Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício da legítima defesa de quem produziu” (RE 212.081/RO, rel. Min. Octavio Gallotti, citado no AI-AgR 503617).

Por fim, o Relator menciona que a jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de que a sentença não deve ser anulada nos casos em que ela se basear em outras provas autônomas às ilícitas.

## 3.6 HC 82.788

### 3.6.1 Considerações gerais

Já em 2005, o STF julgou o HC 82.788 impetrado por Luiz F. da Conceição Rodriguez que teve os dois escritórios de sua empresa contábil invadidos por agentes fazendários acompanhados por agentes da Polícia Federal, os quais apreenderam, sem autorização judicial, documentos contábeis e fiscais daquela. O relator Ministro Celso de Mello centrou sua decisão em dois pontos: em primeiro lugar verificar se o procedimento dos agentes públicos foi legítimo e, em segundo lugar, se tal procedimento fere a Carta Magna.

### 3.6.2 Voto e resultado

Com relação ao primeiro ponto, a alegação do Ministério Público (HC 82.788, fl.186) que “... os documentos apreendidos - livros contábeis e talões de notas fiscais - são de manutenção obrigatória pelos contribuintes e devem, sempre que exigido, ser exibidos às autoridades fazendárias que, para o desempenho de sua atividade fiscalizatória, prescindem de autorização judicial (CF art. 145, 1ª e súmula 439)”. Celso de Melo discordou do entendimento do Sub-Procurador da República destacando os limites da atuação estatal em um Estado de Direito.

... **reconheço que não são absolutos** - mesmo porque não o são - os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, cabendo assinalar, por relevante, Senhores Ministros, (...) que o Estado, em tema de tributação, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e cidadãos em geral.

Ele relembra que “a circunstância da Administração Tributária achar-se investida de poderes tão excepcionais, como aqueles previstos no ordenamento positivo- CTN, arts. 194, 195, 197

e 200 (...) não confere, ao Poder Público, o direito de transgredir os limites delineados pela própria Constituição” (Rel. Min. Celso de Mello, HC 82788). E prossegue sobre o alcance do poder específico dos agentes fazendários: “Daí a necessidade de rememorar, sempre, a função tutelar do Poder Judiciário, investido de competência institucional para neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais que (...) culminam por asfixiar, arbitrariamente, o sujeito passivo da obrigação tributária” (Rel. Min. Celso de Mello, HC 82788).

Esse posicionamento do Ministro Celso de Mello acerca da necessidade de se obter autorização judicial para apreensão de livros contábeis colide com o posicionamento da Ministra Ellen Gracie no julgamento do HC 87654, que será o próximo a ser estudado <sup>13</sup>

Para fundamentar a ilicitude da conduta dos agentes fazendários ao adentrar na empresa do paciente, o Ministro Celso de Mello procede a exegese do art. 5º, XI da CF <sup>14</sup> Para tanto fundamenta seu entendimento, de que casa abrange qualquer compartimento privado em que alguém exerce profissão ou atividade, em jurisprudência do próprio STF (RE 251.445/GO, Rel. Min. Celso de Mello), bem como duas laudas adiante cita farta doutrina pátria que concorda a respeito, citando magistério do mestre Nelson Hungria, que transcrevo:

Por último a tutela penal é ampliada ao ‘compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade’. (...) É o lugar que embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita, serve ao exercício de atividade individual privada. Assim, o escritório do advogado, o consultório do médico, o gabinete do dentista, o laboratório do químico (...) A atividade do cidadão, nos tempos modernos, é múltipla e não se exerce apenas no limite estrito da casa de moradia. (HUNGRIA, Nelson. 1958 apud HC 82788).

Logo após, o Ilustre Ministro declara que: “Na realidade, os Poderes encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional”.

Nesse trecho Celso de Mello mostra de forma clara que a discussão em torno da aceitação de provas obtidas de forma ilícitas está, na realidade, dentro da importante questão de quais direitos devem ter maior relevância: os individuais ou os da sociedade como um todo. Aliás, é função precípua do juiz decidir em cada caso concreto, à luz da letra da lei, qual direito deve ser respeitado ou qual tem maior relevância naquele julgado, para tentar fazer dessa forma justiça.

<sup>13</sup> A Ministra Ellen Gracie entende não ser necessária a autorização judicial para apreensão dos livros contábeis: “Ademais, é questionável até mesmo a alegada ilicitude da primeira apreensão, a despeito do entendimento das instâncias ordinárias. Nos termos do art. 195 do Código Tributário Nacional, o fisco não estava impedido de ingressar na sede da empresa contribuinte no exercício de sua função de fiscalização” (Rel. Min. Ellen Gracie, HC 87654).

<sup>14</sup> “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (CF 5º, XI).

Para Mello, a limitação dos poderes exercidos pelos entes estatais nunca deve ser afrouxada sob pena de que os direitos individuais fundamentais sejam atingidos. No final de seu voto ele acrescenta que não prevalece no ordenamento jurídico brasileiro a “fórmula autoritária do ‘male captum, bene retentum’”.

O Ministro votou, portanto, no deferimento do habeas corpus, invalidando assim desde a denúncia os processos penais instaurados contra o paciente por considerar, como visto, que as provas foram obtidas de forma ilícita. A 2ª Turma votou de forma unânime nesse sentido.

### **3.6 HC 87.654**

Nesse habeas corpus, foi solicitado o trancamento do segundo inquérito para apuração de eventual crime contra a ordem econômica, visto que o primeiro já havia sido trancado mediante a alegação de que as prova foram obtidas de forma ilícita. O impetrante teve documentos contábeis de sua empresa apreendidos na sede desta sem autorização judicial. Assim se expressa a relatora: “Inconformada com a apreensão, a empresa impetrou mandado de segurança que logrou êxito, mas com a ressalva de que ‘nova investigação poderia ser iniciada, caso concedida a necessária autorização do Poder Judiciário para o acesso aos dados sigilosos’.”(HC 87.654-4).

Após a obtenção do mandado de segurança pelo acusado, o Ministério Público efetuou nova apreensão dos mesmos documentos, só que desta vez mediante autorização judicial. A empresa entrou com novo pedido de hábeas corpus no TJ-PR que denegou, outro pedido no STJ que ratificou a decisão de primeira instância.

E o voto da Ministra Ellen Gracie é impecável. Segue abaixo trecho do voto da ilustre Ministra:

A pretensão do impetrante de trancar o segundo inquérito policial instaurado (...) não pode ser atendida. A alegação de que ele estaria contaminado pelo mesmo vício- afronte ao sigilo fiscal- que justificou o trancamento do primeiro, não procede (...) Ora, o impetrante já obteve, num primeiro hábeas corpus, o trancamento do primeiro inquérito (...) e conseguiu, também a devolução dos documentos apreendidos. Mas essa decisão não poderia impedir uma nova apreensão, desde que precedida de prévia autorização”.

O voto da relatora é conciso (duas laudas), diferentemente dos votos pronunciados pelo Ministro Celso de Mello nos julgamentos ora analisados nesse trabalho, e mostra um entendimento diverso do referido Ministro. O Tribunal de Justiça concedeu no primeiro momento o mandado de segurança, entendendo ter sido ilegal a apreensão dos documentos. Vale ressaltar que, em seu voto, a Ministra Ellen Gracie considera até mesmo essa primeira apreensão como legal:

Ademais, é questionável até mesmo a alegada ilicitude da primeira apreensão, a despeito do entendimento das instâncias ordinárias. Nos termos do art. 195 do Código Tributário Nacional, o fisco não estava impedido de ingressar na sede da empresa contribuinte no exercício de sua função de fiscalização (sublinhado nosso).

E, mesmo que a primeira apreensão tenha sido ilegal, a segunda não pode ser considerada ilegal por derivação, já que os documentos apreendidos são os mesmos e, não, por exemplo, documentos que eram desconhecidos antes da primeira apreensão, o Ministério Público tão somente fez a busca e apreensão, desta vez com a devida autorização judicial.

Os demais Ministros seguiram a relatora, com exceção de Celso de Mello que não inovou em sua análise, sendo que este caso não é semelhante a outros que a mesma Corte tem julgado. Mello ratificou seu posicionamento de que é inconcebível que o Judiciário aprecie provas obtidas de forma ilícita ou derivadas de prova ilícita.

### **3.8 HC 90.376**

#### **3.8.1 Considerações gerais**

Os agentes policiais, após prender o acusado e conduzi-lo a delegacia, voltaram e ingressaram no quarto de hotel em que o mesmo estivera hospedado sem mandado policial. Ao regressarem para o quarto, encontraram o maquinário utilizado pelo paciente, Sérgio Augusto Vial, para a prática do crime de falsificação de cartão de crédito. O paciente alega a ilicitude das provas por ter havido violação do domicílio e a absorção do crime de falso pelo de estelionato, bem como a inépcia da denúncia.

#### **3.8.2 Voto e resultado**

Com relação a denúncia, o relator Ministro Celso de Mello a considerou uma “peça processual incensurável” por trazer de forma precisa e objetiva a descrição dos fatos delituosos.

No que concerne a análise da ilicitude da prova, Mello transcreve parte da sentença condenatória de primeiro grau e endossa os argumentos expostos pelo magistrado, quais sejam: que a busca do quarto de hotel do paciente foi ilegal, pois foi feita sem autorização judicial e que, portanto, as demais provas foram contaminadas, conforme dispõe a teoria dos frutos da árvore envenenada. Após isso, o Ministro conclui que: “a questão a ser enfrentada neste processo, consiste em saber se agentes policiais, podem, ou não, sem autorização judicial, ingressar, de modo legítimo, em aposento ocupado de hotel(...) com o objetivo de proceder à busca e apreensão, em tal aposento, de materiais supostamente utilizados para práticas criminosas” (HC 90376).

O relator após afirmar que não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da polícia judiciária, concorda com o recorrente, pois

... a apreensão de documentos e cartões magnéticos, por agentes policiais, no interior de um quarto de hotel, ainda ocupado, configurou desrespeito à cláusula constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI)- que também ampara qualquer ‘apartamento ocupado de habitação coletiva’ (CP, art. 150, parág. 4º, II)-, daí resultando a conseqüente ilicitude material da prova penal colhida na questionada diligência policial (Rel. Min. Celso de Mello, HC 90376).

Para fundamentar tal assertiva, o Ministro Celso de Mello mencionou extensa doutrina que conclui no mesmo sentido sendo esta: Guilherme de S. Nucci; Rubens G. Bertolo, Damásio de Jesus; Cezar Roberto Bittencourt; Fernando Capez; Celso e Roberto Delmanto e Luis Régis Prado. Fundamentou também com jurisprudência de outros tribunais e do próprio STF.

Ao concluir, portanto, pela ilicitude da busca e apreensão realizada no quarto de hotel ocupado pelo paciente, Mello passou a analisar sobre o pedido de contaminação das demais provas.

No contexto do sistema constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade das provas ilícitas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...) tem repudiado quaisquer elementos de informação, desautorizando-lhes o valor probante, sempre que a obtenção (...) resultar de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo (RTJ 163/682-RTJ 163/709), **ainda que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação.**

Mello já delineia claramente a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação que seriam claramente vedadas com a edição da lei 11.690/08 apenas um ano depois.

Por fim, Celso de Mello citou parte do voto do Ilustre Ministro Sepúlveda Pertence proferido por ocasião do julgamento do HC 69.991, que tratava sobre interceptações telefônicas realizadas antes do advento da lei 9.296/96, já analisado no item 3.1:

**Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do ‘fruit of the poisonous tree’ é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita (...)** Dada essa patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subseqüentemente colhidas, não é possível apegar- essas últimas - frutos da operação ilícita iníca - sem de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada.

Porém, o ilustre Ministro faz a ressalva de que a doutrina dos frutos da árvore envenenada pode ser atenuada quando o Poder Público consegue mostrar que obteve os elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova (*independence source*).

Dessa forma, o Relator votou pelo restabelecimento da sentença absolutória da primeira instância, pelo fato de que a condenação estava fundamentada em provas ilícitas, as quais contaminaram as demais.

Vale transcrever, o voto do Ministro Eros Grau: “Senhor Presidente, quero apenas dizer a Vossa Excelência que tenho tido seguidamente aqui, satisfação pelo cumprimento do dever. Mas poucas vezes obtenho satisfação intelectual como a que obtive com esse seu voto. Acompanho-o com satisfação intelectual” (GRAU, Eros. HC 90376).

### **3.9 HC 89.032**

#### **3.9.1 Considerações Gerais**

O Relator desse Hábeas Corpus é o já falecido Ministro Menezes Direito, que na ocasião do julgamento do hábeas corpus havia assumido o cargo poucas semanas antes. O paciente teve o sigilo bancário de sua empresa, Reno Comercial e Importadora Ltda., quebrado mediante simples ofício ao Banco Banespa, sem a devida autorização judicial.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça indeferiu o habeas corpus por entender que, mesmo excluindo a prova considerada ilícita, há elementos de prova que corroboram a materialidade e autoria do delito. Já o parecer da Procuradoria Geral, através do Dr. Mário José Gisi, Subprocurador-Geral da República consistia em: “... que tanto o juízo de primeiro grau quanto o tribunal de apelação fundaram-se em elementos de prova não decorrentes de quebra de sigilo bancário da empresa Reno para condenar o paciente”.

#### **3.9.2 Votos e resultado**

O Relator, Ministro Menezes Direito primeiramente ressaltou a jurisprudência do próprio Supremo que acolhe a doutrina norte-americana dos frutos da árvore envenenada:

... 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, por efeito de repercussão causal. (RHC, nº. 90.376/RJ, relator Celso de Mello, citado no RHC, nº. 89032).

E após citar a conclusão da Desembargadora relatora da Quinta Turma do TRF 3ª Região que considerou a quebra do sigilo, efetuada pela Receita Federal, ilegal, pois a Constituição recepcionou a lei 4.595/64, a qual veda em seu artigo 38 tal atuação, tratou de ratificar posicionamento do Subprocurador-Geral da República que considerou a não-contaminação dos demais elementos probatórios.

### 3.10 HC 93.050

#### 3.10.1 Considerações gerais

Novamente temos um processo que envolve a fiscalização tributária e a questão da possibilidade dos agentes fiscais terem acesso aos documentos contábeis sem autorização judicial e o relator, mais uma vez, é o Ministro Celso de Mello. O paciente é novamente o Sr. Luiz Felipe da Conceição Rodrigues, cujo HC 82788 por ele também impetrado no ano de 2005 já foi analisado.

#### 3.10.2 Voto e resultado

O relator do habeas corpus foi o Ministro Celso de Mello, que como já vimos, tem tido a posição mais forte na condenação da utilização de provas ilícitas e nas ilícitas por derivação. O primeiro passo foi verificar a ocorrência da ilicitude da prova no que o Ministro reafirmou que o escritório contábil possui a proteção do art. 5º, XI da CF: “Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito de casa revela-se abrangente (...) Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ingressar, durante o dia, sem mandato judicial (...) sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária” (HC 93.050).

Por fim, Mello repetiu o voto que tem dado em outras ocasiões excluindo as provas ilícitas por derivação: “Entendo, pois, revestida de plena viabilidade jurídica a presente impetração, razão pela qual adoto, como razão de decidir, os mesmos fundamentos que expus no julgamento do HC 82.788, Rel. Celso de Mello. Sendo assim,(...) defiro o habeas corpus, em ordem de invalidar, desde a denúncia, inclusive, o processo penal instaurado contra o ora paciente (...) sem prejuízo da renovação da *persecutio criminis*...(HC 93.050). Novamente a 2ª Turma votou unanimemente pelo deferimento do habeas corpus.

#### 4. A edição da lei 11.690/08 e a vedação às provas ilícitas por derivação

A lei 11.690/08 é resultado do projeto de lei 4.205/01 apresentado ao plenário da Câmara dos Deputados em março de 2001, elaborado por uma comissão de juristas reunidos pelo Ministério da Justiça no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), vindo na tentativa de harmonizar o CPP à ideologia processual existente na Constituição Federal e, adequando-o a nova realidade social vivida pelo País. Vale sempre lembrar que alguns dispositivos constantes no Código fazem parte do texto aprovado em 1941, quando o Brasil ainda era um país rural e, portanto, não tínhamos tantas cidades com grandes populações como hoje e, portanto, a incidência de alguns crimes era muito menor.

Dessa forma, a mini reforma proposta pela referida lei tinha como ponto principal a disciplina do tema das provas ilícitas por derivação, o que foi feito alterando o texto do artigo 157 do Código de Processo Penal, o qual declarou explicitamente que: “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”. Durante a tramitação do projeto na Câmara foram acrescentados outros pontos referentes à prova, como é o caso da possibilidade da oitiva de testemunhas por meio de videoconferência.

Barros entende que as mudanças, como já ditas anteriormente, vêm como consequência da mudança de paradigma nascida na Constituição de 1988: “Como é sabido, o Código de Processo Penal apresenta profundo descompasso como o sistema implantando após 1988, pois a Constituição adotou, de forma explícita, o modelo acusatório, destacando-se a titularidade exclusiva do Ministério Público, para a ação penal pública” (BARROS, p. 01).

Entretanto, o próprio Prof. Barros critica o advento da lei 11.690/08 no que diz respeito às provas periciais, pois o juiz continua, após a reforma, com o controle de tal prova, limitando, portanto, o contraditório.

No que concerne as provas ilícitas, a lei veio, sob certo aspecto, a corroborar o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência do STF como mostrado nos capítulos anteriores. De qualquer forma, ainda há alguma resistência quanto ao disposto na lei, pois começa a crescer a noção de que em alguns casos específicos, deve-se observar o princípio da proporcionalidade e acatar alguma prova ilícita por derivação.

O Professor Thiago Ávila em sua dissertação de mestrado, apresentada antes da aprovação da lei 11.690/08 criticou o então projeto de lei 4.205-A: “Verifica-se que a nova redação estabeleceu uma conceituação infraconstitucional do que são as provas ilícitas, como

sendo as obtidas “em violação a princípios ou normas constitucionais” 15. Essa inovação legislativa é inadequada, já que alarga indevidamente o conceito de provas ilícitas” (ÁVILA, 2006, p.270).

Comentando sobre o parágrafo 1º, constante do projeto, assim se expressou:

O parágrafo 1º da nova redação propõe a positivação da teoria dos frutos da árvore envenenada. O primeiro ponto é que a redação da forma como consta não é uma exigência constitucional, já que o STF pode alterar sua jurisprudência para mitigar a aplicação dessa teoria(...) Em segundo lugar, o dispositivo não contempla a exceção de vicio diluído(...) Com essas razões, conclui-se não ser conveniente o disciplinamento , em âmbito infraconstitucional, da inadmissibilidade das provas ilícitas derivadas de informação de provas ilícitas. Melhor é a supressão desse parágrafo 1º, para que o tema possa ser disciplinado no âmbito da jurisprudência de nosso Tribunal Constitucional (ÁVILA, 2006, p. 270 e 271).

Bem, como sabemos a lei foi aprovada, com algumas alterações no que concerne ao original do projeto de lei, e o parágrafo que trata das provas ilícitas por derivação também. Como demonstrado pela amostra das decisões do STF analisada, antes da entrada em vigor dessa lei o Tribunal já tinha posicionamento majoritário no sentido de não aceitar as provas ilícitas ou ilícitas por derivação, resistindo em considerar a aplicação do princípio da proporcionalidade. Agora sob a égide do novo art. 157 do CPP, fruto da lei 11.690/08, tal mudança de paradigma deve ser dificultada ao máximo.

15- No texto aprovado pelo Congresso, ficou a expressão “em violação a normas constitucionais ou legais”.

## CONCLUSÃO

O tema das provas ilícitas por derivação sempre esteve envolvido em grandes controvérsias, pois, como vimos, ainda há doutrinadores que resistem na adoção de uma inadmissibilidade sem exceções da prova obtida por meios ilícitos ou tendo seu nascedouro numa prova ilícita.

A Constituição Federal brasileira elevou ao patamar de garantia constitucional (art. 5º, LVII), enquanto em vários países ocidentais não se tem tal vedação como norma constitucional <sup>16</sup>. Porém, após a sua promulgação, uma das preocupações da doutrina era se a vedação contida no texto constitucional incluía às provas ilícitas por derivação e se o legislador constituinte comungava da teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree).

Vimos que o STF acolheu tal teoria, principalmente mediante os vigorosos votos do Ministro Celso de Mello, que ainda se encontra no Tribunal, embora no julgamento do HC 69912, ocorrido no ano de 1993, o STF estivesse completamente dividido quanto a aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada. O HC foi deferido somente porque houve empate na votação, já que o Ministro Veloso foi considerado impedido e o seu voto havia sido no sentido de acolher as provas.

Tal posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de acatar a teoria, nos julgamentos seguintes ao HC 69912, acabou por gerar a aprovação pelo Congresso Nacional do Projeto de Lei 4.205/01 que deu origem a lei 11.690/08 que pôs fim a qualquer dúvida quanto ao tratamento das provas ilícitas por derivação.

A discussão mais premente que temos no que concerne às provas ilícitas consiste na utilização do princípio da proporcionalidade, de origem no direito alemão, como forma de amenizar a dureza com que se tem encarado as provas ilícitas no País. Em algumas das decisões analisadas, foi visto que os Ministros do STF, de forma geral, reconhecem a importância de se aplicar o princípio, mas resistem ao limite em fazê-lo <sup>16</sup>. A própria Professora Ada P. Grinover, uma das introdutoras da doutrina da inadmissibilidade da prova ilícita tem defendido também a utilização do princípio da proporcionalidade.

De qualquer forma, sempre haverá alguma discussão, o que é saudável, pois sempre será difícil encontrar o devido equilíbrio entre a defesa dos direitos individuais e os direitos coletivos ou da sociedade.

16- Ver trecho de voto do Ministro Sepúlveda Pertence no HC 80949. *supra* 3.4.2, p.21.

## BIBLIOGRAFIA

ACIOLI, José Adelmy da Silva. **A admissibilidade da prova ilícita em caráter excepcional de acordo com o princípio da proporcionalidade.** Disponível em [www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto](http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto). Acessado em 07/02/2010.

ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas Ilícitas e proporcionalidade:** Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. 295f. (Mestrado em Direito, Estado e Constituição)- Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

BARROS, Antonio Milton de. **A reforma do CPP sobre provas.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11571>. Acessado em 29/04/2010.

BIBLIA SAGRADA. Tradução na Linguagem de Hoje. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1988.

CABRAL, Bruno Fontenelle. **A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro.** Disponível em: [www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12658](http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12658). Acessado em 25/01/2010.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 34ª ed. São Paulo; Saraiva, 2005.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (Decreto-Lei 3.689/1941). Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) Acessado em 01/02/2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio. **As Nulidades no Processo Penal.** 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MACIEL, Marco. Reformas e governabilidade. Brasília: Senado Federal, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTA, Myriam; BRAICK, Patrícia Ramos. **História das cavernas ao terceiro milênio.** 1ª Ed. São Paulo: Moderna, 1997.

RINALDINI, Camila Maria Soga. **Provas Ilícitas e as recentes modificações da Lei 11.690/08.** Disponível em: [www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12850](http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12850) acessado em 29/12/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AP 307/DF, rel. Ministro Ilmar Galvão. 13/12/1994.

\_\_\_\_\_. HC 69.991, rel. Ministro Sepúlveda Pertence. 16/12/1993.

\_\_\_\_\_. HC 74599, rel. Ministro Ilmar Galvão. 03/12/1996.

\_\_\_\_\_. HC 80949, rel. Ministro Sepúlveda Pertence. 30/10/2001.

\_\_\_\_\_. HC 82.788, rel. Ministro Celso de Mello. 12/04/2005.

\_\_\_\_\_. HC 87654, rel. Ministra Ellen Gracie Northfleet. 07/03/2006.

\_\_\_\_\_. HC 89032, rel. Ministro Menezes Direito. 09/10/2007.

\_\_\_\_\_. HC 90376, rel. Ministro Celso de Mello. 03/04/2007.

\_\_\_\_\_. HC 93050, rel. Ministro Celso de Mello. 10/06/2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal** - Volume 3. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VADE MECUM. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

## APÊNDICE I

Segue abaixo relação dos Ministros do STF mencionados no trabalho e as datas de posse e saída do Tribunal:

### **José Néri da Silveira**

Posse: 01/09/1981 (nomeado pelo Presidente João B. Figueiredo). Saída: 24/04/2002.

### **Sidney Sanches**

Posse: 31/08/1984 (nomeado pelo Presidente João B. Figueiredo). Saída: 27/04/2003.

### **Luiz Octavio Pires Gallotti**

Posse: 20/11/1984 (nomeado pelo Presidente José Sarney). Saída: 28/10/2000.

### **Paulo Brossard de Souza Pinto**

Posse: 05/04/1989 (nomeado pelo Presidente José Sarney). Saída: 24/10/1994.

### **José Paulo Sepúlveda Pertence**

Posse: 17/05/1989 (nomeado pelo Presidente José Sarney)

### **José Celso de Mello Filho**

Posse: 17/08/1989 (nomeado pelo Presidente José Sarney). Saída: ainda é Ministro.

### **Carlos Mário Velloso**

Posse: 13/06/1990 (nomeado pelo Presidente Fernando Collor de Mello). Saída: 19/01/2006.

### **Marco Aurélio Mendes Mello**

Posse: 13/06/1990 (nomeado pelo Presidente Fernando Collor de Mello). Saída: ainda é Ministro.

### **Ilmar Nascimento Galvão**

Posse: 26/06/1991 (nomeado pelo Presidente Fernando Collor de Mello). Saída: 03/05/2003.

### **Maurício José Corrêa**

Posse: 15/12/1994 (nomeado pelo Presidente Itamar Franco). Saída: 08/05/2004.

### **Nelson Azevedo Jobim**

Posse: 15/04/1997 (nomeado pelo Presidente Fernando H. Cardoso). Saída: 29/03/2006.

### **Ellen Grace Northfleet**

Posse: 14/12/2000 (nomeada pelo Presidente Fernando H. Cardoso). Saída: ainda é Ministra.

### **Gilmar Ferreira Mendes**

Posse: 20/06/2002 (nomeado pelo Presidente Fernando H. Cardoso). Saída: ainda é Ministro.

**Antonio Cezar Peluso**

Posse: 25/06/2003 (nomeado pelo Presidente Luis I. Lula da Silva). Saída: ainda é Ministro.

**Joaquim Barbosa Gomes**

Posse: 25/06/2003 (nomeado pelo Presidente Luis I. Lula da Silva). Saída: ainda é Ministro.

**Eros Roberto Grau**

Posse: 30/06/2004 (nomeado pelo Presidente Luis I. Lula da Silva). Saída: ainda é Ministro.

**Enrique Ricardo Lewandowski**

Posse: 16/03/2006 (nomeado pelo Presidente Luis I. Lula da Silva). Saída: ainda é Ministro.

**Carmem Lúcia Antunes Rocha**

Posse: 21/06/2006 (nomeado pelo Presidente Luis I. Lula da Silva). Saída: ainda é Ministro.

**Carlos Alberto Menezes Direito**

Posse: 05/09/2007 (nomeado pelo Presidente Luis I. Lula da Silva). Saída: 1º/09/2009.