



ESCOLA DE FORMAÇÃO 2008

**AS PROVAS DERIVADAS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA
ILÍCITA SOB A PERSPECTIVA DOS MINISTROS
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à
Sociedade Brasileira de Direito
Público como trabalho de
conclusão do curso da Escola
de Formação do ano de 2008.

Autora: Renata Hatori Nascimento

Orientador: Thomaz Pereira

**São Paulo
2008**

Sumário

1. Introdução	3
1.1. As provas ilícitas e as interceptações telefônicas	5
2. Metodologia	8
2.1. A escolha dos acórdãos	8
2.2. Os acórdãos desconsiderados	10
2.3. Análise individual dos ministros	11
3. Contextualização dos acórdãos selecionados	13
3.1. Acórdãos conexos	13
3.2. Os casos estudados	18
A particularidade do HC nº 69.912/RS	18
Os casos paradigmáticos	20
3.3. A interceptação telefônica nos crimes de tráfico de entorpecentes e/ou associação (Lei nº 6.368/76)	23
4. Análise Individual	25
Panorama do posicionamento dos ministros	52
5. Síntese dos argumentos	55
6. Conclusão	60
7. Referências Bibliográficas	62
8. Apêndice	63

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, inovando em relação às Constituições anteriores, prevê expressamente a garantia do devido processo legal, o qual se caracteriza pela sua amplitude, por abranger outras garantias que visam à proteção do cidadão contra a ação arbitrária do Estado¹. Neste, insere-se a vedação processual das provas obtidas por meios ilícitos, prevista no inciso LVI do artigo 5º², que determina a inadmissibilidade das provas que violarem uma específica norma legal.

Embora o legislador constituinte tenha previsto a proibição das provas ilícitas no processo, não há qualquer dispositivo a respeito das provas decorrentes da prova ilícita, ou seja, não existem, no plano constitucional, normas expressas que determinam o tratamento jurídico das provas derivadas daquela de caráter ilícito. A fim de solucionar a dúvida quanto à admissibilidade ou não deste tipo de prova, existem duas teorias, quais sejam: (a) teoria dos *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada) e (b) regra da proporcionalidade.

A teoria dos *fruits of the poisonous tree*, criada pela jurisprudência da Suprema Corte Americana, determina que as provas obtidas através da prova ilícita estão, por ela, contaminadas. Deste modo, uma vez admitida a ilicitude da prova originária, os “frutos”, ou seja, as provas que, direta e exclusivamente, dela decorrerem, também serão banidos do processo por efeito da ilicitude por derivação.

Por outro lado, a regra da proporcionalidade, resultante da construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, é utilizada quando, para a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, provoca-se a restrição de outro(s) direito(s). Esta regra de interpretação e aplicação do direito, busca compatibilizar os interesses em jogo, de modo a evitar que a restrição a um determinado direito seja desproporcional. Destarte, no tocante às provas derivadas da prova ilícita,

¹ Art. 5º, LIV, CF: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Segundo Suzana de Toledo Barros, o devido processo legal (*due process of law*) possui dois significados. O adjetivo traduz uma garantia de ordem processual dos direitos tido como fundamentais, associando-se à exigência da legalidade (obediência à forma e procedimento estabelecido em lei). O substantivo reside na proteção dos direitos e liberdades pessoais, contra qualquer legislação que se revele opressiva ou cujo conteúdo não seja razoável.

² Art. 5º, LVI, CF: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

sua aplicação resulta na admissibilidade destas, ante a prevalência, no caso concreto, de um direito fundamental ou interesse coletivo em face da proibição contida no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988³.

No plano infraconstitucional, somente em 2008, com a reforma do Código de Processo Penal⁴, as provas derivadas foram disciplinadas, acolhendo-se a teoria da contaminação dos “frutos”. Assim, conforme dispõe a nova redação do artigo 157, tornou-se explícito um dos desdobramentos da interpretação dada à vedação constitucional das provas ilícitas:

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

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão (VETADO)⁵.”

³ Para melhor compreensão da regra da proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro ver artigo “O proporcional e o razoável” de Virgílio Afonso da Silva.

A prevalência mencionada se dá através do sopesamento, isto é, estabelecimento da relevância específica de um princípio em relação ao outro que lhe seja conflitante. Para tanto, é necessário considerar as restrições a serem concretamente impostas a um princípio, em caso de realização do outro.

⁴ Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008.

⁵ Interessante observar as razões do veto deste parágrafo, disponível para consulta no site www.planalto.gov.br/ccvii/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.

1.1. As provas ilícitas e as interceptações telefônicas

Diante das considerações feitas, o interesse desta pesquisa surgiu justamente devido à ausência, durante o lapso temporal de 20 anos, de normas jurídicas relacionadas às conseqüências processuais das provas derivadas da prova ilícita. Logo, a principal dúvida suscitada refere-se ao tratamento jurídico dado a este tipo de prova, isto é, quais seriam os argumentos utilizados para a sua admissibilidade ou inadmissibilidade.

Assim sendo, ao pesquisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, constatou-se que muitos acórdãos discutiam a ilicitude probatória das interceptações telefônicas. Após analisar as ementas destes, para tentar compreender a razão de tal fato, verificou-se que a interceptação telefônica era reputada como prova ilícita tendo em vista a não existência de lei disciplinadora do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal⁶.

Neste dispositivo legal, o legislador constituinte possibilitou a violação do sigilo das comunicações telefônicas desde que sejam adimplidas três condições, quais sejam: (a) por ordem judicial; (b) edição de lei disciplinadora da forma e das hipóteses, nas quais tal violação poderá ser realizada e (c) somente nos casos de investigação criminal ou instrução processual penal⁷.

Entretanto, não obstante a autorização constitucional, a lei que regulamentou as interceptações telefônicas foi editada somente em 1996⁸. Por conseguinte, a violação do sigilo telefônico, durante o período compreendido entre a promulgação da atual Constituição Federal e a edição da Lei nº 9.296/96, não possuía disciplina legal, sendo vedada a sua

⁶ Segundo entendimento de Ricardo Raboneze, "A Lei Maior, consagrou o desenvolvimento jurisprudencial dos tribunais pátrios, constitucionalizando a vedação processual e pré-processual das interceptações telefônicas, sob qualquer de suas formas, sendo, sob este enfoque, um desdobramento do princípio da vedação das provas ilícitas constante no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal e, por via de conseqüência, do próprio princípio do contraditório".

⁷ Art. 5º, XII, CF: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

⁸ Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996. Para Ada Pellegrini Grinover: "Tardou a promulgação da lei que disciplinou a matéria. O Projeto Miro Teixeira (Projeto de Lei 3.514/89 da Câmara dos Deputados), após aprovação da Câmara, foi arquivado no Senado, nos termos regimentais, por não ter sido apreciado no decorrer da legislatura. E somente com a edição da Lei nº 9.296/96, foi preenchido o vazio legislativo".

utilização como meio probatório, devido à proibição constitucional das provas ilícitas.

Em tal contexto, cabe ainda mencionar a polêmica relativa à recepção ou não do Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT – Lei nº 4.117/62⁹), pela Constituição Federal de 1988. Para aqueles que consideravam a recepção desta lei pré-constitucional, não era necessária a edição da lei prevista no inciso XII do artigo 5º, uma vez que a matéria estaria regulada pelo CBT. Porém, deve-se lembrar que este diploma legal não instituiu a forma e as hipóteses para a realização da quebra do sigilo telefônico e, portanto não seria possível dizer que supria a exigência constitucional.

Conforme este recorte temático, a pesquisa busca compreender qual é o posicionamento firmado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal com relação às provas derivadas das interceptações telefônicas, cuja ilicitude fora reconhecida, bem como se há ou não divergência entre eles. Desse modo, os argumentos utilizados pelos ministros serão analisados, com a finalidade de verificar se a tese dos *fruits of the poisonous tree*, a qual fora aplicada à reforma do Código de Processo Penal, já era aplicada pelo Tribunal, não obstante a ausência de previsão expressa na Constituição Federal.

Vale também mencionar que a idéia inicial do trabalho era abordar todos os acórdãos encontrados, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que questionaram a ilicitude das interceptações telefônicas e, por conseguinte, as provas que dela derivaram. No entanto, essa idéia foi descartada, uma vez que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento sobre a licitude das interceptações telefônicas realizadas sob a égide da Lei nº 9.296/96, quando a argüição da prova ilícita se baseava, exclusivamente, na inobservância do requisito temporal fixado na lei¹⁰.

Tal entendimento resulta da possibilidade de prorrogação por prazo superior ao previsto em lei, desde que o juízo competente a fundamente

⁹ Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:

(...)

II – o conhecimento dado:

(...)

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

¹⁰ Art. 5º da Lei nº 9.296/96: “A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações policiais¹¹. Assim, pelo fato da interceptação telefônica ser lícita, não caberia a sua desconsideração com respaldo na garantia constitucional do inciso LVI do artigo 5º, como também o questionamento sobre a admissibilidade ou não das provas derivadas perderia o seu sentido. Logo, tais acórdãos foram excluídos da análise.

¹¹ Para verificar esse posicionamento ver RHC 88371 / SP, RHC 85575 / SP, HC 84301 / SP, HC 84388 / SP, HC 83515 / RS.

2. Metodologia

Este capítulo tem a finalidade de descrever todos os passos metodológicos percorridos para a seleção dos acórdãos bem como esclarecer quais foram os critérios utilizados para a análise destes.

Como o objetivo da monografia é averiguar qual é o tratamento jurídico dado pelos ministros quanto à admissibilidade ou não das provas decorrentes de interceptações telefônicas realizadas antes da edição da Lei nº 9.296/1996, serão apenas analisadas as decisões proferidas depois da promulgação da Constituição Federal de 1988. Isto se justifica pelo fato do atual texto constitucional possuir ressalva quanto à possibilidade de violação do sigilo das comunicações telefônicas qual seja, a obediência à forma e hipóteses previstas em lei ordinária. Dessa forma, apesar da previsão de exceção à inviolabilidade do sigilo telefônico, a qual inexistia na Constituição Federal de 1969¹², as interceptações telefônicas eram consideradas imprestáveis, visto a omissão legislativa em disciplinar a matéria¹³. Por conseguinte, as interceptações telefônicas não podiam ser admitidas como prova em processo devido à garantia constitucional da inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos.

2.1. A escolha dos acórdãos

A pesquisa para a seleção dos acórdãos foi realizada no sítio do Supremo Tribunal Federal na internet¹⁴, no dia 06 de agosto de 2008. Através da ferramenta de busca de jurisprudência, “pesquisa livre”, utilizei alguns verbetes para localizar as decisões que tratavam da ilicitude probatória das interceptações telefônicas e da eventual contaminação das provas decorrentes desta.

¹² Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§9º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

¹³ Esta consideração parte da premissa da não recepção do Código Brasileiro de Telecomunicações pela Constituição Federal de 1988.

¹⁴ www.stf.gov.br

Os verbetes utilizados foram baseados na classificação de Ada Pellegrini Grinover sobre a matéria¹⁵. Segundo a jurista, existem várias modalidades de captação eletrônica da prova, quais sejam: (a) a interceptação de conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores - *interceptação telefônica* - ou com o conhecimento de apenas um destes - *escuta e gravação telefônica*; (b) a interceptação da conversa entre presentes, por terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores - *interceptação ambiental*; (c) a interceptação da conversa entre presentes, por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores - *escuta ambiental*; (d) gravação clandestina da conversa telefônica por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro e (e) gravação clandestina de conversa entre presentes por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro. Por fim, observa que existe divergência quanto a esta classificação, e ressalta que o importante a se considerar é que, nas interceptações e escutas, tanto telefônicas como ambientais, o tratamento jurídico diverso que lhes é conferido, advém da existência necessária de um terceiro, isto é, uma pessoa alheia aos interlocutores.

Dessa forma, por não possuírem o mesmo regime jurídico das interceptações, as gravações clandestinas foram excluídas da pesquisa. Vale ainda observar que as interceptações e escutas ambientais também foram descartadas, uma vez que o trabalho se restringirá à violação do sigilo das comunicações telefônicas.

Ao preencher a ferramenta “pesquisa livre” com a expressão “prova ilícita E Lei nº 9.296/1996”¹⁶, foram encontrados 17 documentos; “prova ilícita E interceptação telefônica”, 19 documentos; “prova ilícita E escuta telefônica”, 22 documentos e “prova ilícita E gravação telefônica”, 19 documentos. Dos documentos selecionados, muitos se repetiram e, ao serem desconsiderados, restaram 32 acórdãos¹⁷.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁶ Operador E: procura todas as palavras desejadas em qualquer lugar do documento.

¹⁷ Inq-QO-QO 2424 / RJ; Inq-QO 2424 / RJ; RHC 88371 / SP; RHC 85575 / SP; AI-AgR 503617 / PR; HC 84301 / SP; HC 84388 / SP; HC 83515 / RS; HC 81494 / SP; HC 81154 / SP; RE 222204 / SP; HC 75497 / SP; HC 75007 / SP; HC 74599 / SP; HC 74530 / AP; HC 74116 / SP; HC 73351 / SP; RHC 90376 / RJ; HC 80949 / RJ; HC 80724 / SP; HC 75261 / MG; HC 72588 / PB; HC-segundo 69912 / RS; HC 80948 / ES; RHC 63834 / SP; HC 77147 / BA; RE-AgR 212171 / RJ; HC-QO 73250 / SP; HC 74113 / SP; HC 73101 / SP; HC 69912 / RS e HC 74678 / SP.

Com o filtro temporal anteriormente mencionado, 1 (um) acórdão foi excluído, uma vez que o julgamento ocorreu antes da promulgação da Constituição Federal de 1988¹⁸. Dos restantes, pela análise das ementas, verifiquei que alguns acórdãos ainda não se relacionavam com o objeto da pesquisa. Nesta segunda seleção foram eliminados o Inq-QO-QO 2424 / RJ e Inq-QO 2424 / RJ, os quais se referiam à possibilidade de utilizar interceptação telefônica produzida em inquérito policial em procedimento administrativo disciplinar (prova emprestada); RHC 88371 / SP, RHC 85575 / SP, HC 84301 / SP, HC 84388 / SP, HC 83515 / RS, que se referiam à inobservância dos requisitos formais da Lei nº 9.296/1996; AI-AgR 503617 / PR, HC 74678 / SP e HC 80948 / ES, que tratavam de gravação clandestina; RHC 90376 / RJ, o qual tratava de provas ilícitas decorrentes da busca e apreensão realizada sem mandado judicial; HC 80724 / SP, que se referia à prova ilícita decorrente da quebra do sigilo bancário e fiscal e o RE-AgR 212171 / RJ, o qual tratava da impossibilidade de desentranhamento dos autos das transcrições das escutas telefônicas que foram rechaçadas pela sentença condenatória.

Por fim, restaram 18 acórdãos para a análise da pesquisa. Entretanto, cabe ainda ressaltar que, ao iniciar a leitura das referidas decisões, alguns ministros citaram precedentes que não foram selecionados na pesquisa preliminar. Tal fato ocorreu no HC 74116 / SP, HC 74530 / AP, HC 74599 / SP, HC 75007 / SP e HC 75261 / MG.

Diante destas circunstâncias, os precedentes citados também foram incluídos na pesquisa, quais sejam HC 73654 / SP, HC 73510 / SP, HC 74152 / SP, HC 74299 / SP, HC 74706 / SP, HC 74559 / SP e HC 72463 / SP¹⁹.

2.2. Os acórdãos desconsiderados

Ao ler os acórdãos verifiquei que alguns tratavam de pedidos de extensão da decisão proferida em outro julgamento. No HC nº 74.113/SP e

¹⁸ RHC 63834 / SP.

¹⁹ Estes precedentes citados nos acórdãos não estavam disponíveis para consulta no site do Supremo Tribunal Federal. Deste modo, obtive acesso ao inteiro teor dos acórdãos mediante solicitação via *email* (www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaEmail/criarSolicitacaoEmail).

HC nº 81.494/SP, cujos pedidos referiam-se à concessão de extensão da decisão proferida, respectivamente, no HC nº 73.351/SP e no HC nº 81.154/SP, não foram identificados argumentos novos bem como as circunstâncias fáticas eram as mesmas. Assim os ministros concederam a ordem para tal fim.

Cabe mencionar que os ministros que restaram vencidos no HC nº 73.351/SP e no HC nº 81.154/SP, apesar de concederem a extensão, fizeram ressalva quanto aos seus entendimentos divergentes. Portanto, foram desconsiderados os HC nº 74.113/SP e HC nº 81.494/SP, restando 23 acórdãos para a pesquisa.

2.3. Análise individual dos ministros

Uma vez esclarecido como foram selecionados os acórdãos examinados na pesquisa, cabe demonstrar como a análise foi realizada. Tendo em vista que a proposta do trabalho é identificar quais são os argumentos invocados com relação à admissibilidade ou não das provas decorrentes das interceptações telefônicas ilícitas, optei analisar cada ministro individualmente, isto é, verificar quais são seus posicionamentos sobre este tema, bem como quais seriam os elementos considerados para fundamentá-los.

Essa análise tem por finalidade verificar se os ministros mantiveram seus entendimentos com relação à contaminação ou não das provas decorrentes das interceptações telefônicas ilícitas nos diferentes casos concretos e órgãos julgadores - Plenário ou nas respectivas Turmas. Assim, pretendo identificar se os ministros distinguem as provas ilícitas das provas decorrentes desta, bem como em relação às últimas, se há filiação ou não de cada ministro à tese dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), tendo em vista a sua adoção na reforma do Código de Processo Penal.

Para realizar tal estudo serão considerados todos os votos proferidos por cada ministro nos julgamentos em que participaram. Cabe ressaltar que somente serão examinados os votos fundamentados, isto é, não será

considerado o posicionamento do ministro nos casos em que, embora presente na sessão, não proferiu voto no inteiro teor do acórdão²⁰.

Ainda, para a viabilidade desta pesquisa, a primeira indagação se pautará no reconhecimento da ilicitude da interceptação telefônica. Assim, será necessário verificar se os ministros reconhecem que a interceptação telefônica é ilícita ante a não regulamentação do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, bem como da não recepção do Código Brasileiro de Telecomunicações. Deste modo, somente a partir de tal declaração, será possível investigar se os ministros consideram as provas decorrentes da violação do sigilo telefônico ilícitas, lícitas ou se estas seriam autônomas, ou seja, não possuiriam qualquer vínculo com esta.

²⁰ Por voto fundamentado entende-se aquele que consta no acórdão. Assim, embora pelo Extrato de Ata seja possível verificar quais ministros estavam presentes na sessão, serão desconsiderados os posicionamentos quando o seu pronunciamento não consta no acórdão.

3. Contextualização dos acórdãos selecionados

Antes da análise do posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal, quanto ao tema das provas derivadas da interceptação telefônica ilícita, serão expostas algumas peculiaridades das 25 decisões selecionadas.

3.1. Acórdãos conexos

Dos *habeas corpus* selecionados, alguns se relacionavam ao mesmo caso concreto, tais como, (a) HC nº 74.559/SP e RHC nº 72.463/SP; (b) HC nº 74.599/SP e HC nº 74.706/SP; (c) HC nº 74.152/SP, HC nº 74.116/SP, HC nº 74.299/SP e HC nº 75.007/SP.

No HC nº 74.599/SP, impetrado em favor de Agostinho Theodoro de Oliveira, pleiteou-se a expedição do alvará de soltura deste, sob o fundamento da ilicitude das provas dos autos, por decorrerem de interceptação telefônica ilícita. Para o impetrante, o vício processual resulta da violação das garantias constitucionais previstas nos incisos X (inviolabilidade da intimidade e da vida privada), XII (violação do sigilo das comunicações telefônicas sem autorização judicial), LIV (exigência do devido processo legal) e LVI (inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos) do artigo 5º da Constituição Federal. Assim, tendo em vista tal ilegalidade, a sentença, que condenou o paciente a sete anos de reclusão pelo crime previsto nos artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, seria nula²¹ ²².

²¹ Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Art. 14. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 desta Lei:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

²² Neste, a Procuradoria Geral da República opinou pela concessão da ordem, uma vez que as provas teriam resultado, única e exclusivamente, da escuta telefônica. Afirma também que o STF teria consolidado posicionamento quanto à contaminação de toda prova se utilizado um único meio irregular de sua produção.

O RHC nº 72.463/SP foi interposto por Neuza Edite Rodrigues, também condenada pela prática do tráfico de entorpecentes em associação ao paciente do HC nº 74.599/SP, contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual denegou o *habeas corpus*, por ela, impetrado. A ementa desse acórdão revela que os ministros do STJ consideraram a impossibilidade, em *habeas corpus*, do exame de matéria de fato quanto à interceptação telefônica realizada. Dessa forma, o recurso visou à concessão da ordem denegada pelo STJ, uma vez que o constrangimento legal a que fora submetida a recorrente teria decorrido da violação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados²³.

Em ambos, a ordem foi denegada por unanimidade dos votos, tendo em vista que a sentença condenatória não teria se baseado na interceptação telefônica ilícita, mas sim em outros elementos de prova independentes desta. Assim, declarou-se que a escuta telefônica não foi essencial para a condenação dos pacientes, sendo apenas indiciária e, além disso, a confissão policial dos réus e o farto conjunto documental dos autos seriam suficientes para lastrear a condenação.

Vale mencionar que o julgamento ocorreu em órgãos distintos, isto é, o RHC nº 72.463/SP foi julgado pela Segunda Turma, em 01 de setembro de 1995, sendo relator o ministro Carlos Velloso, enquanto o HC nº 74.559/SP foi julgado pela Primeira Turma, em 18 de fevereiro de 1997 e o relator foi o ministro Octávio Gallotti. Além disso, deve-se ressaltar que a Procuradoria Geral da República se manifestou diversamente, o que poderia indicar que a questão da derivação probatória enseja interpretações conflitantes, mesmo que resultem de um único caso concreto.

O HC nº 74.599/SP e HC nº 74.706/SP foram impetrados, respectivamente, em favor de Durvalino Lima Vale e Pedro dos Santos Filho. Nestes, alegou-se que os pacientes estariam submetidos a constrangimento ilegal, tendo em vista a violação da norma contida no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. Assim, a condenação não poderia persistir, posto que a viabilidade da prisão em flagrante delito teria

²³ Também cita os incisos X, XII, LIV e LVI do artigo 5º da Constituição Federal. A Procuradoria Geral da República opinou pelo não provimento do recurso, por entender que as provas dos autos não foram obtidas exclusivamente por meio das interceptações telefônicas.

resultado, exclusivamente, de informações obtidas através da transgressão da garantia constitucional²⁴.

No HC nº 74.599/SP, o relator, ministro Ilmar Galvão, alegou que a interceptação telefônica ilícita não foi a prova que desencadeou o procedimento penal, o qual teria se baseado em informações de que o paciente estaria envolvido com o tráfico de entorpecentes. Deferida judicialmente, a escuta telefônica somente veio a confirmar as evidências anteriormente coletadas pela equipe policial, bem como estas foram confirmadas pelos próprios impetrantes. Desse modo, o ministro considerou que a condenação não poderia ser afastada com base na alegação da ilicitude da interceptação telefônica, uma vez que esta não fora a prova que fundamentou o decreto condenatório. No HC nº 74.706/SP, em razão da idêntica situação dos pacientes, o ministro também indeferiu o pedido²⁵.

Os HC nº 74.152/SP, HC nº 74.116/SP, HC nº 74.299/SP e HC nº 75.007/SP foram impetrados em face da sentença condenatória e do acórdão que a confirmou, na qual os pacientes foram condenados como incurso nos artigos 12 e 18, III da revogada Lei de Tóxicos (Lei nº 6.368/76²⁶). Os impetrantes alegam, em suma, que a condenação que lhes foi imputada é nula, posto que a escuta telefônica ilícita foi fundamental para a prisão em flagrante e apreensão da droga²⁷.

O HC nº 74.152/SP, julgado em 20 de agosto de 1996, pela Primeira Turma, em favor de Hudson Duarte, foi indeferido por maioria de votos, vencido o ministro Celso de Mello. O relator, ministro Sydney Sanches, acatou o parecer da Procuradoria Geral da República, no qual consta que o fato que desencadeou o procedimento penal e a prisão em flagrante do paciente foi uma denúncia anônima sobre a atuação de uma quadrilha de traficantes recebida pelos investigadores de polícia. Assim, não seria caso de anulação dos *fruits of the poisonous tree*, uma vez que a árvore seria a

²⁴ Nos dois acórdãos a Procuradoria Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido, uma vez que a quebra do sigilo telefônico serviu, somente, como pista para a prisão em flagrante e apreensão de duas toneladas de substância ilícita em poder dos pacientes. Além disso, os depoimentos das testemunhas e as provas técnicas justificariam a condenação.

²⁵ Ambas as decisões foram unânimes.

²⁶ Art. 18. As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços):

III – se qualquer deles decorrer de associação ou visar a menor de 21 anos ou a pessoa com igual ou superior a 60 anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação.

²⁷ Em todos os habeas corpus, a Procuradoria Geral da República opinou pela não concessão da ordem.

denúncia anônima e não a viciada interceptação telefônica. Destarte, pela não contaminação das provas lícitamente obtidas pela escuta telefônica ilícita, o ministro indefere o *habeas corpus*, sendo acompanhado pelos ministros Ilmar Galvão e Octávio Gallotti.

Já o ministro Celso de Mello, o qual restou vencido, entende que somente prova idônea, produzida sob a égide da garantia constitucional do contraditório, reveste-se de eficácia jurídica capaz de fundamentar uma condenação. Desse modo, por considerar que a ilicitude originária do comportamento estatal (na realização da escuta telefônica) projeta-se aos demais elementos probatórios que dele derivem, defere o *habeas corpus*.

O HC nº 74.116/SP, julgado em 05 de novembro de 1996, pela Segunda Turma, em favor de Nuno dos Santos Fernandes, foi deferido por empate na votação. O relator, ministro Néri da Silveira, após analisar os autos, entendeu que, embora a sentença condenatória faça alusão à escuta telefônica ilícita, esta não foi a única prova que a baseou, isto é, adota outras provas e razões para fundamentá-la. Cabe mencionar que, neste voto, o ministro não faz qualquer consideração se as informações obtidas pela interceptação telefônica ilícita estariam vinculadas ou não às provas subseqüentes. Assim, vota pelo indeferimento do pedido, sendo acompanhado pelo ministro Carlos Velloso.

De maneira diversa entenderam os ministros Maurício Corrêa e Marco Aurélio, os quais votaram pela concessão da ordem. O ministro Maurício Corrêa considerou que, no caso concreto, não existiam provas autônomas, independentes da interceptação telefônica ilícita, capazes de conferir validade à condenação. Dessa forma, a prisão em flagrante bem como a apreensão da droga estariam contaminadas pela ilicitude da escuta e, portanto caberia aplicar o precedente baseado no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e a doutrina norte-americana dos *fruits of the poisonous tree*²⁸. Com relação à denúncia anônima invocada pelo parecer da Procuradoria Geral da República no HC nº 74.152/SP, fez a seguinte ressalva:

²⁸ HC nº 69.912/RS – segundo.

*"Caso fosse uma prova absolutamente autônoma, acompanharia V. Exa., mas, na hipótese, estou admitindo que a possível prova partiu exclusivamente do pressuposto de que a polícia era detentora de informação, e com base nessa, da escuta passou-se ao grampo. Ora, a polícia recebe informações todos os dias, **e foi a partir da escuta telefônica que desencadeou o processo.** Fica, dessa forma, mais do que evidenciado que toda a prova que se seguiu contava com a contaminação de sua origem ilícita e inidônea." (HC nº 74.116/SP, pág. 190 – grifo meu)*

O ministro Marco Aurélio ainda ressaltou que, afastada a escuta telefônica ilícita e os respectivos conseqüências, não subsistiria qualquer prova que pudesse fundamentar a condenação. Dessa forma, não obstante a apreensão da droga entendeu que a ordem deveria ser concedida, tendo em vista o Estado Democrático de Direito, o qual exige a observância, de forma estrita, o ordenamento jurídico em vigor.

O HC nº 74.299/SP, julgado em 22 de abril de 1997, pela Segunda Turma, em favor de Carlos Nivaldo Duarte e Osenil César Duarte, foi deferido por maioria dos votos, vencido o ministro Carlos Velloso. Segundo o relator, ministro Marco Aurélio, a denúncia oferecida pelo Ministério Público evidencia que todas as informações obtidas pela Polícia foram provenientes da escuta telefônica ilícita bem como não há, na sentença condenatória, qualquer trecho em que se constate a existência de prova autônoma. Também reafirma que a segurança dos cidadãos reside no respeito à ordem jurídica em vigor e que a libertação de pessoas envolvidas com o tráfico é simples decorrência do Estado Democrático de Direito. O ministro Maurício Corrêa acompanha o relator e ressalta que quando, no caso concreto, existe prova autônoma coincidente ou paralela à escuta telefônica, prevalece a prova autônoma. Este, entretanto não seria o caso dos autos.

Contudo, o ministro Carlos Velloso votou em sentido diverso, pois considerou que, ainda que as escutas telefônicas fossem totalmente eliminadas do processo, subsistiriam provas aptas para embasar o juízo

condenatório. Logo, indefere o *habeas corpus* tendo em vista que a escuta ilícita não foi a prova decisiva para a condenação.

O HC nº 75.007/SP, julgado em 27 de maio de 1997, pela Segunda Turma, em favor de Maria Gonzales Vega, Ageo de Oliveira, René Capobianco Superi e Eder Duarte, foi deferido por maioria dos votos, para lhes conceder a extensão da decisão proferida no HC nº 74.116/SP bem como ao co-réu Hudson Duarte.

O ministro Carlos Velloso restou novamente vencido, reportando-se ao voto proferido no HC nº 74.299/SP e ainda acrescentou que o princípio da razoabilidade o impediria de ignorar a apreensão, em grande quantidade, do tóxico²⁹. O relator, ministro Marco Aurélio, também menciona o seu voto no *habeas corpus* citado e devido à identidade do fato concede a extensão. Já o ministro Néri da Silveira, apesar de não ter participado da decisão anterior bem como partilhar entendimento diverso, também concede a ordem por se tratar de mera extensão daquela decisão.

Diante deste breve relato dos HC nº 74.116/SP, HC nº 74.152/SP, HC nº 74.299/SP e HC nº 75.007/SP, depreende-se como o tratamento jurídico das provas derivadas da prova ilícita é controverso, uma vez que a partir de um mesmo caso concreto, diferentes interpretações foram suscitadas.

3.2. Os casos estudados

A particularidade do HC nº 69.912/RS

O *Habeas Corpus* nº 69.912/RS foi o primeiro caso - após a promulgação da Constituição Federal de 1988 - em que a ilicitude das provas que decorreram da interceptação telefônica ilícita foi questionada. Trata-se de um pedido de anulação do processo criminal fundado na alegação de que a prisão em flagrante delito bem como a apreensão da droga em poder do paciente só foram possíveis em decorrência de informações coletadas pela censura ilícita das comunicações telefônicas.

²⁹ O ministro não faz referência sobre o que seria o princípio da razoabilidade, apenas que este deve informar todas as leis e decisões judiciais.

O relator, ministro Sepúlveda Pertence concedeu a ordem e foi acompanhado pelos ministros Celso de Mello, Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Marco Aurélio. Entretanto, os demais ministros não consideraram que as provas subseqüentes estavam contaminadas pela interceptação telefônica ilícita; ou consideraram que, por se tratar de *habeas corpus*, não era possível realizar reexame do material probatório, isto é, ficariam adstritos apenas às informações presentes na sentença condenatória e no acórdão que a confirmou. Sob tais argumentos os ministros Carlos Velloso, Moreira Alves, Néri da Silveira, Octávio Gallotti, Paulo Brossard e Sydney Sanches indeferiram o pedido.

Contudo, após a denegação da ordem, o paciente impetrou um mandado de segurança, no qual pretendia que o resultado do julgamento do HC nº 69.912/RS fosse alterado, uma vez que o ministro Néri da Silveira estava impedido e, portanto não poderia ter proferido voto³⁰. O relator, ministro Carlos Velloso, não conheceu do mandado de segurança, mas diante do reconhecimento do impedimento alegado, deferiu, nos termos do Regimento Interno do STF, *habeas corpus* de ofício para anular o julgamento anterior³¹.

Na renovação do julgamento, todos os ministros ratificaram o voto proferido e diante do impedimento do ministro Néri da Silveira e da ausência na sessão do ministro Moreira Alves, os quais denegaram a ordem no primeiro julgamento, o *habeas corpus* foi deferido, prevalecendo a tese da contaminação das provas obtidas através da interceptação telefônica ilícita.

Cabe ainda mencionar a ressalva do relator, ministro Sepúlveda Pertence³², de que o resultado primeiro julgamento deveria ser a concessão da ordem haja vista que, se fosse verificado o impedimento de um dos

³⁰ O impedimento do ministro Néri da Silveira reside no fato que o seu filho, o Procurador da República Domingos da Silveira, atuou no processo condenatório como representante do Ministério Público. MS nº 21.750, de 24/11/1993.

³¹ Art. 193. O Tribunal poderá, de ofício:

II – expedir ordem de *habeas corpus* quando, no curso de qualquer processo, verificar que alguém sofre ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.

³² O ministro Sepúlveda Pertence cita o julgamento deste *habeas corpus* na seção dos acórdãos relevantes do site do Supremo Tribunal Federal.

ministros que denegaram a ordem, haveria empate, o qual beneficiaria o paciente, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal³³.

Os casos paradigmáticos

Após o julgamento do HC nº 69.912/RS (primeiro e segundo julgamento), em alguns acórdãos a questão das provas ilícitas por derivação também foi discutida de maneira exaustiva, demonstrando pelo resultado destes, que a matéria não fora pacificada pelo Tribunal. Isto ocorreu no HC nº 73.351/SP, HC nº 72.588, HC nº 73.230/SP, HC nº 74.116/SP e HC nº 73.510/SP, HC nº 75.497/SP e HC nº 77.147/BA.

Não obstante a divergência entre os ministros foi possível identificar como casos paradigmáticos, além do HC nº 69.912/RS (primeiro e segundo julgamento), os acórdãos do HC nº 73.351/SP e HC nº 72.588/PB, uma vez que estes foram recorrentemente citados nos julgamentos posteriores³⁴. Assim, diante da relevância destas decisões na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário um breve relato de suas circunstâncias fáticas.

HC nº 69.912/RS

O HC nº 69.912/RS foi impetrado em favor de Lourival Mucilo Trajano, o qual fora condenado por infração dos artigos 12, 14 e 18, I, da Lei nº 6.368/76³⁵. Tendo em vista a alegação da interceptação telefônica ilícita, ante a não regulamentação do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o impetrante pede a concessão da ordem, para que seja determinada a anulação do processo criminal bem como que sejam

³³ Art. 150. O Presidente da Turma terá sempre direito de voto.

§3º Nos *habeas corpus* e recursos em matéria criminal, exceto o recurso extraordinário. Havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente ou réu.

³⁴ O HC nº 69.912/RS foi citado no HC nº 73.101/SP, HC nº 73.351/SP, HC nº 72.588/PB, HC nº 73.250/SP, HC nº 74.599/SP, HC nº 75.261/MG, HC nº 73.510/SP, HC nº 73.654/SP, HC nº 74.299/SP, HC nº 74.706/SP e HC nº 80.949/RJ.

O HC nº 73.351/SP foi citado no HC nº 72.588/PB, HC nº 73.250/SP, HC nº 74.530/SP, HC nº 74.599/SP, HC nº 75.007/SP, HC nº 73.510/SP, HC nº 73.654/SP, HC nº 74.299/SP, HC nº 75.497/SP e HC nº 80.949/RJ.

O HC nº 72.588/PB foi citado no HC nº 73.101/SP, HC nº 73.250/SP, HC nº 74.116 /SP, RE nº 222.204/SP, HC nº 73.510/SP, HC nº 73.654/SP, HC nº 74.299/SP e HC nº 80.949/RJ.

³⁵ Apreensão, na casa do paciente, de cerca de 750 gramas de cocaína, a qual se destinava à comercialização.

desentranhadas dos autos, as provas decorrentes da prova ilícita (interceptação das conversas telefônicas)³⁶.

Segundo o relator, ministro Sepúlveda Pertence, constam nos autos principais do processo condenatório, informações que indicam a realização, por vários meses, de investigação policial com escutas telefônicas. Além disso, apesar da autorização judicial para a violação do sigilo telefônico, esta não seria suficiente para tornar idônea a prova produzida como também, a prisão em flagrante e a apreensão da droga somente ocorreu devido aos dados coletados por aquela.

Por conseguinte, reportando-se à sentença, a qual transcreve duas páginas da interceptação, o relator afirma que³⁷:

*“Desse modo, sem necessidade de reexame de questões de fato, o caso demanda a aplicação da doutrina que a melhor jurisprudência americana constituiu sob a denominação de princípios dos **fruits of the poisonous tree**: é que às provas diversas do próprio conteúdo das conversações telefônicas interceptadas só se pode chegar, segundo a própria lógica da sentença, em razão do conhecimento delas, isto é, em consequência da interceptação telefônica ilícita de telefonemas” (HC nº 69.912/RS – pág. 338/339)*

Esse posicionamento, conforme citado anteriormente, não foi vencedor no primeiro julgamento, isto é, somente com a renovação deste, a tese dos frutos da árvore envenenada prevaleceu.

HC nº 73.351/SP

O HC nº 73.351/SP, julgado três anos após a decisão proferida no HC nº 69.912/RS trouxe, novamente, a discussão ao Supremo Tribunal Federal acerca da aplicabilidade ou não da tese da contaminação das provas derivadas da ilícita. O paciente, José Pereira da Rosa, fora condenado a sete anos e seis meses de reclusão, pela prática do crime previsto nos artigos 12

³⁶ Anulação do processo a partir da juntada, aos autos, da transcrição das conversas telefônicas interceptadas.

³⁷ A transcrição da sentença está nas páginas 334 a 340 do acórdão.

e 18, III da Lei nº 6.368/76. Para o impetrante, o constrangimento a que fora submetido o paciente seria ilegal, visto que as provas que comprovariam a autoria e materialidade da infração penal foram obtidas em inobservância à garantia constitucional do inciso XII do artigo 5º.

Pela análise das declarações presentes na denúncia, na sentença e no acórdão, o relator, ministro Ilmar Galvão, conclui que estes comprovam que a viabilidade do flagrante decorreu, exclusivamente, mediante a operação de “grampo” do telefone. Logo, diante da confirmação da violação aos preceitos constitucionais, concede a ordem. Este posicionamento é acompanhado pelos ministros Francisco Rezek, Maurício Corrêa, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

Os demais ministros que compunham o Plenário³⁸, não consideram a prisão em flagrante delito e a apreensão da substância entorpecente como derivadas da interceptação telefônica ilícita. Logo, não concederam a ordem, posto a validade da sentença condenatória.

É importante constatar que, nesse julgamento, o entendimento dos ministros ainda se revelou bastante controverso, tendo em vista o resultado da decisão (5 votos favoráveis e 4 contrários).

HC nº 72.588/PB

O *Habeas Corpus* nº 72.588/PB, julgado em 12 de junho de 1996, pelo Tribunal Pleno, foi impetrado em favor de Paulstein Aureliano de Almeida, com a finalidade de trancar a ação penal haja vista o vício da denúncia do Ministério Público contra ele formulada, como incurso no artigo 357, Parágrafo único do Código Penal³⁹. O impetrante alega, basicamente, a violação dos incisos XII e LVI do artigo 5º da Constituição Federal, o que ensejaria a nulidade da denúncia⁴⁰.

A escuta telefônica que culminou no oferecimento da denúncia, foi deferida para a apuração do comando do tráfico de entorpecentes dentro de um presídio de Campina Grande e, a partir desta, foi interceptada conversa

³⁸ Octávio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

³⁹ Crime qualificado de exploração de prestígio.

⁴⁰ A Procuradoria Geral da República opinou pela denegação da ordem, visto que no curso regular do processo criminal poderiam surgir novas provas, independentes da escuta telefônica que possibilitou o oferecimento da denúncia.

entre o advogado (paciente do *habeas corpus*) e o seu cliente (presidiário). Assim, constatou-se a tentativa de extorsão pelo advogado, o qual teria um acordo com o juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campina Grande que possibilitaria a saída do presidiário. Por conseguinte, o advogado foi denunciado com base nas informações obtidas mediante escuta instalada no telefone do presídio.

Novamente, por um resultado apertado, o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese dos frutos da árvore envenenada, concedendo a ordem. Partilharam esse entendimento os ministros Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Francisco Rezek e Marco Aurélio. Por outro lado, os ministros Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, rechaçaram essa tese.

3.3. A interceptação telefônica nos crimes de tráfico de entorpecentes e/ou associação (Lei nº 6.368/76)

Por fim, vale ressaltar que, nos casos estudados, grande parte das interceptações telefônicas ilícitas foi realizada para a investigação do crime de tráfico de entorpecentes ou associação para este fim, previstos na Lei nº 6.368/76⁴¹, conforme demonstra o quadro abaixo:

Nº do acórdão	Condenação - Lei de Tóxicos
HC nº 69.912/RS	Artigos 12, 14 e 18, I
HC nº 73.101/SP	Artigos 12 e 14
HC nº 73.351/SP	Artigos 12 e 18, III
HC nº 73.250/SP	Não menciona
HC nº 74.116/SP	Artigos 12 e 18, III
HC nº 75.007/SP	Artigos 12 e 14
HC nº 74.299/SP	Artigos 12 e 18, III
HC nº 74.152/SP	Artigos 12 e 18, III
HC nº 74.530/AP	Artigos 12,14,16 e 18, II
HC nº 74.599/SP	Artigos 12 e 14
HC nº 75.497/SP	Artigos 12,14 e 18, III
RE nº 222.204/SP	Não menciona
HC nº 73.510/SP	Artigo 12
HC nº 73.654/SP	Artigos 12 e 14
HC nº 74.706/SP	Artigos 12 e 14
HC nº 74.559/SP	Artigos 12 e 14

⁴¹ Antiga Lei de Tóxicos, revogada pela Lei nº 11.343/2006 (Lei Antidrogas).

O HC nº 80.949/RJ, apesar de a investigação policial visar à apuração de uma quadrilha de fornecimento de armas para os traficantes do Rio de Janeiro, não foi incluído nesta lista, pois não houve sentença condenatória, isto é, somente se discutiu o desentranhamento, dos autos do inquérito policial, das transcrições da conversa telefônica interceptada.

Já nos acórdãos restantes, em que também ocorreu a violação do sigilo das comunicações telefônicas, as condenações consistiram em:

Nº do acórdão	Condenação
HC nº 75.261/MG	Artigos 159 c/c 29 do Código Penal e Artigo 1º da Lei nº 8.072/1990
HC nº 77.147/BA	Artigo 159, §1º do Código Penal
HC nº 81.154/SP	Artigo 288 do Código Penal

Vale ainda ressaltar que no HC nº 72.588/PB, também não houve condenação e, portanto não foi incluído na lista acima.

4. Análise Individual

Para essa análise, que busca identificar o posicionamento dos ministros com relação às provas derivadas das interceptações telefônicas ilícitas, foram elaboradas algumas perguntas, quais sejam:

- A. Quando uma interceptação telefônica é ilícita? Pode ser utilizada como prova no processo?
- B. O ministro distingue as provas ilícitas e as provas decorrentes destas?
- C. As provas decorrentes são ilícitas? Por quê?
- D. As provas que fundamentaram a sentença/acórdão são ilícitas ou lícitas? Por quê? Decorreram da interceptação telefônica ou são provas autônomas?⁴²
- E. Faz referência à doutrina dos *fruits of the poisonous tree*?

As perguntas acima foram aplicadas a todos os votos proferidos pelos ministros, como um guia para a leitura preliminar destes, e os dados coletados foram compilados em tabelas⁴³. Dessa forma, verificaram-se as considerações feitas a estes questionamentos como também os argumentos individuais relacionados ao tema, a seguir expostos⁴⁴.

Ministro Carlos Velloso

Nº do Acórdão	Data	Órgão Julgador	Voto	Resultado
HC nº 69.912/RS (1)	30/6/1993	Tribunal Pleno	Indeferido (A)	Indeferido (MV)
HC nº 69.912/RS (2)	16/12/1993	Tribunal Pleno	Indeferido (B)	Deferido (MV)
RHC nº 72.463/SP	1/9/1995	Segunda Turma	Não provimento (A)	Não provimento (U)
HC nº 72.588/PB	12/6/1996	Tribunal Pleno	Indeferido (B)	Deferido (MV)
HC nº 73.510/SP	3/9/1996	Segunda Turma	Indeferido (B)	Deferido (MV)
HC nº 74.116/SP	5/11/1996	Segunda Turma	Indeferido (B)	Deferido (E)
HC nº 74.299/SP	22/4/1997	Segunda Turma	Indeferido (B)	Deferido (MV)
HC nº 75.007/SP	27/5/1997	Segunda Turma	Indeferido (B)	Deferido (MV)
HC nº 75.497/SP	14/10/1997	Segunda Turma	Indeferido (A)	Indeferido (MV)

⁴² Provas autônomas são as provas independentes da interceptação telefônica, ou seja, que com ela não possuem qualquer vínculo.

⁴³ Tabelas em apêndice.

⁴⁴ Os quadros indicam em quais acórdãos o respectivo ministro proferiu voto fundamentado. Legenda para os quadros: (A) voto vencedor; (B) voto vencido; (U) unânime; (E) empate e (MV) maioria dos votos.

No primeiro julgamento do HC nº 69.912/RS, o ministro Carlos Velloso afirma que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o artigo 57, e, da Lei nº 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), uma vez que esta não seria a lei que o inciso XII do artigo 5º exige para viabilizar a exceção à inviolabilidade das comunicações telefônicas. A justificativa para a não recepção consiste na não fixação das hipóteses e da forma a que a ordem judicial está subordinada para a autorização da quebra do sigilo telefônico. Por conseguinte, as interceptações telefônicas são ilícitas diante da ausência de lei disciplinadora da exceção constitucional bem como não podem ser utilizadas como prova processual.

Apesar de reconhecer que a interceptação telefônica é ilícita, o ministro não conclui que as informações posteriores, que possibilitaram a prisão em flagrante e a apreensão da droga, só foram obtidas mediante aquela como também não faz qualquer distinção entre a reconhecida prova ilícita e as provas que dela decorreram. Para ele, a condenação não se baseou apenas nas transcrições das escutas uma vez que, conforme consta no acórdão impugnado, mesmo que a prova obtida através da escuta telefônica fosse desconsiderada, havia nos autos outros elementos probatórios, lícitos e independentes, aptos a ensejar a condenação. Além disso, não caberia anular a condenação com base na escuta telefônica ilícita posto que a investigação policial não se deflagrou com esta, isto é, a investigação de uma quadrilha de traficantes preexistia e tal fato não poderia ser ignorado.

Cabe ainda lembrar que o ministro afirma que, em sede de *habeas corpus*, não é possível verificar se as assertivas constantes no acórdão impugnado procedem ou não, ou seja, somente é viável considerar as informações nele apresentadas, sem qualquer exame da prova. Este entendimento é reiterado no RHC nº 72.463/SP, HC nº 73.510/SP e HC nº 74.299/SP.

No HC nº 72.588/PB, o ministro afirma que somente as provas que decorrem diretamente da escuta telefônica ilícita devem ser desconsideradas e não as provas que defluem de forma indireta desta. No

entanto, não especifica claramente qual seriam as provas que podem ou não ser afastadas.

Também faz referência à doutrina dos *fruits of the poisonous tree*, a qual deve ser encarada com cautela, uma vez que o argumento que foi invocado para fundamentá-la qual seja, a defesa do direito individual abrangido pelo inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, não pode prevalecer em detrimento do interesse público. Dessa forma entende que, se a doutrina dos frutos for invocada, é necessário considerar toda a sua extensão, inclusive os seus temperamentos. Para fundamentar esta idéia, alega que tal postura é seguida pela Suprema Corte Americana, que utiliza o critério de “algum nível mínimo de justificativa objetiva”, isto é, realiza o teste da razoabilidade para avaliar a causa provável, mediante padrão necessariamente subjetivo, o qual está compreendido entre a mera suspeita e o certo conhecimento⁴⁵.

Ainda para embasar o seu posicionamento, traz o voto proferido pelo ministro Adhemar Maciel do Superior Tribunal de Justiça, no HC nº 3.982, no qual este afirma que a jurisprudência norte-americana e alemã não é unânime quanto à regra da exclusão processual de prova obtida ilicitamente (*exclusionary rule*), inclinando-se pela razoabilidade ou relatividade⁴⁶.

Diante de tais considerações, o ministro não concede a ordem tendo em vista que, no caso concreto, não havia condenação bem como a instrução não fora concluída. Portanto poderiam surgir, no curso regular do processo, novas provas, aptas a ensejar o decreto condenatório, que afastariam a alegação da nulidade da denúncia, pela contaminação dos frutos provenientes da escuta telefônica ilícita.

No HC nº 73.510/SP, o ministro também se manifesta nesse sentido e ainda ressalta que, a hipótese dos autos não seria *fruits of the poisonous tree*, pois a “árvore” seria uma denúncia anônima recebida pelos investigadores policiais e, conseqüentemente não fora a escuta telefônica ilícita que deu causa às investigações. Assim verifica-se que, mais uma vez, o ministro “fechou os olhos” para a violação de uma garantia constitucional, por considerar que a investigação se deflagrou com denúncia anônima e a

⁴⁵ O ministro não deixa claro como este teste é realizado.

⁴⁶ O ministro também não explica porque a razoabilidade (ou relatividade) seria uma exceção à *exclusionary rule*.

escuta telefônica realizada em nada influenciaria no processo criminal. Além disso, acrescenta que a existência de uma prova material qual seja, a apreensão da droga em poder do paciente e a referência expressa desta na sentença, justificaria a manutenção da condenação.

Esse raciocínio também motiva o voto proferido no HC nº 74.116/SP, no qual afirma que não se pode admitir que a apreensão de grande quantidade de droga seja desconsiderada, uma vez que o Direito deve se pautar pela lógica do razoável⁴⁷.

No RHC nº 72.463/SP, HC nº 74.299/SP e HC nº 75.007/SP, reportando-se aos votos anteriormente proferidos, manteve o seu posicionamento sobre o tema.

Já no HC nº 75.497/SP, alega que no *leading case* citado pelo ministro Marco Aurélio (HC nº 73.351, no qual o ministro Carlos Velloso não participou por impedimento), aqueles que proferiram votos favoráveis à concessão da ordem se impressionaram com a doutrina dos frutos da árvore envenenada, bem como não observaram os seus temperamentos, ao ignorarem a apreensão de 90 kg de cocaína em poder do paciente.

Pelo teor dos votos analisados, constata-se que, nos casos em que houve condenação, o ministro não fez qualquer ressalva quanto à possibilidade das informações provenientes da escuta telefônica ilícita ser essencial para as demais provas (principalmente a apreensão da droga), que lastrearam a condenação. Logo, em nenhum caso, o ministro considerou as provas posteriores como derivação da interceptação ilícita.

Vale ainda mencionar que em todos os acórdãos estudados, o ministro não concedeu a ordem do *habeas corpus* e também afastou a contaminação das provas subseqüentes à interceptação telefônica ilícita, já que estas seriam provas autônomas.

Ministro Celso de Mello

Nº do Acórdão	Data	Órgão Julgador	Voto	Resultado
HC nº 69.912/RS (1)	30/6/1993	Tribunal Pleno	Deferido (B)	Indeferido (MV)
HC nº 69.912/RS (2)	16/12/1993	Tribunal Pleno	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 72.588/PB	12/6/1996	Tribunal Pleno	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 74.152/SP	20/8/1996	Primeira Turma	Deferido (B)	Indeferido (MV)

⁴⁷ O ministro não faz referência sobre o que seria exatamente a lógica do razoável.

O ministro Celso de Mello também entende que a ressalva prevista no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 deve ser precedida de lei regulamentadora para que se torne exeqüível. Destarte, a interceptação telefônica realizada sem observância dos preceitos constitucionais é prova materialmente ilícita e deve ser sempre repudiada pelos juízes e Tribunais.

Para ele, a vedação das provas ilícitas ou ilegítimas⁴⁸ prevista no inciso LVI do artigo 5º traduz uma das projeções mais expressivas da cláusula do *due process of law*, posto que impõe limites aos poderes investigatório e persecutório do Estado e determina que qualquer prova que tenha a sua ilicitude reconhecida deve, obrigatoriamente, ser banida do processo. Neste sentido, menciona a idéia do *exclusionary rule*, criado pela jurisprudência da Suprema Corte Americana, como uma forma de proteção aos réus criminais, pelo repúdio à produção ilícita de provas incriminadoras.

No HC nº 69.912, o ministro acompanha o voto proferido pelo relator Sepúlveda Pertence, o qual declarou que a doutrina dos frutos da árvore envenenada era a única capaz de dar eficácia à garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas, e afirma:

*"A prova ilícita, não se revela idônea, ainda que – a partir dos elementos de informação que eventualmente ministre aos órgãos da persecução penal – possa produzir dados novos que atestem a materialidade ou a autoria do fato delituoso. A ilicitude original da prova transmite-se, **por repercussão**, a outros dados probatórios, que nela se apóiem, dela derivem ou nela encontrem o seu fundamento causal"* (HC nº 69.912/RS, pág. 390)

Desse modo, diante da ilicitude das informações obtidas através da interceptação telefônica ilícita, o ministro declara que a própria sentença condenatória estaria viciada ante a absoluta imprestabilidade dos elementos

⁴⁸ Provas ilícitas seriam aquelas coletadas com transgressão das regras de direito material, enquanto as provas ilegítimas as que se produzem com ofensa às normas processuais. Para o ministro, a utilização processual de ambas é vedada pela Constituição Federal de 1988.

de convicção que a fundamentaram e, por conseguinte concede a ordem do *habeas corpus*.

Esse posicionamento é reiterado nos votos proferidos no HC nº 72.588/PB e HC nº 74.152/SP, nos quais ainda afirma que o sistema constitucional brasileiro confere aos indiciados e réus o direito subjetivo à prova lícita, para garantir o postulado fundamental do *due process of law*.

Em todos os votos analisados, o ministro Celso de Mello concedeu a ordem sob o fundamento da ilicitude, por derivação, dos elementos obtidos mediante interceptação telefônica ilícita. Portanto, demonstrou ser adepto à tese da contaminação.

Ministra Ellen Gracie

Nº do Acórdão	Data	Órgão Julgador	Voto	Resultado
HC nº 80.949/RJ	30/10/2001	Primeira Turma	Deferido (A)	Deferido em parte (U)

Dos acórdãos selecionados para esta pesquisa, somente no HC nº 80.949/RJ a ministra Ellen Gracie compunha a Turma julgadora. No entanto, no voto proferido, esta apenas acompanhou o relator, ministro Sepúlveda Pertence, sem que fizesse considerações a respeito do tema estudado. Dessa forma, o seu posicionamento não foi analisado.

Ministro Francisco Rezek

Nº do Acórdão	Data	Órgão Julgador	Voto	Resultado
HC nº 69.912/RS (1)	30/6/1993	Tribunal Pleno	Deferido (B)	Indeferido (MV)
HC nº 69.912/RS (2)	16/12/1993	Tribunal Pleno	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 73.101/SP	28/11/1995	Segunda Turma	Indeferido (A)	Indeferido (MV)
HC nº 73.250/SP	25/6/1996	Segunda Turma	Indeferido (B)	Deferido (E)

Segundo o ministro Francisco Rezek, o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 assegura a privacidade e a segurança aos cidadãos contra abusos das autoridades policiais e judiciais. Assim, somente será possível a realização de escuta telefônica, quando for editada, pelo Congresso Nacional, lei que a discipline, ainda que haja autorização judicial para tanto⁴⁹.

⁴⁹ Esta lei foi editada em 24 de julho de 1996 (Lei nº 9.296).

No HC nº 69.912, o ministro acompanha o voto proferido pelo relator, ministro Sepúlveda Pertence, bem como frisa que, se os frutos da interceptação telefônica fossem admitidos em juízo, o efeito útil da norma, ao estabelecer a possibilidade, em circunstâncias excepcionais, da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, seria totalmente esvaziado. Para ele, a norma constitucional, prevista no inciso XII do artigo 5º, é prudente uma vez que oferece a garantia à privacidade aos cidadãos sem que, para isso, seja afastado o interesse legítimo da investigação criminal, nas hipóteses a serem estabelecidas por lei ordinária.

Nesse *habeas corpus* o ministro concede a ordem, entretanto nos votos proferidos nos HC nº 73.101/SP e HC nº 73.250/SP, tal posicionamento não se repetiu.

No HC nº 73.101/SP, o ministro não concede a ordem tendo em vista que a petição inicial não mencionava a questão da escuta telefônica ilícita e a teoria dos frutos da árvore envenenada. Além disso, também não vislumbra, no processo, liquidez da ilegalidade ou abuso de poder que o permitiria conceder o *habeas corpus* de ofício (RISTF, art. 150, §3º). Dessa forma, afirma que, embora seja fiel ao precedente do Plenário sobre a escuta telefônica (HC nº 69.912/RS), neste caso concreto, inexistem na inicial, na denúncia, na sentença e no acórdão, elementos que possam comprovar a tese da contaminação das provas pela violação do sigilo telefônico.

Já no HC nº 73.250/SP, ao analisar minuciosamente os autos bem como pela descrição do relator, ministro Marco Aurélio, afirma que não há dúvida quanto à realização da escuta telefônica, porém, não há qualquer referência a esta na sentença e na denúncia. Assim, ante a incerteza quanto à sua influência na condenação, o ministro conclui pela sanidade do processo, uma vez que não considera a interceptação telefônica determinante para o desfecho do inquérito policial.

Por fim, o ministro alega que apesar de compartilhar a tese da contaminação, esta não pode ser interpretada em tão ampla medida, a ponto de se concluir que a interceptação telefônica "*possa ter tal poder contagiante, de modo a viciar o inteiro processo por comércio de entorpecentes*" (HC nº 73.250/SP, pág. 55).

Dos três votos estudados, foi possível verificar que no HC nº 73.250/SP, o ministro Francisco Rezek alterou o seu posicionamento manifestado no HC nº 69.912/RS, tendo em vista que desconsiderou o fato de que a prisão em flagrante e a apreensão da droga resultaram de informações coletadas, exclusivamente, mediante violação do sigilo das comunicações telefônicas.

Ministro Ilmar Galvão

Nº do Acórdão	Data	Órgão Julgador	Voto	Resultado
HC nº 69.912/RS (1)	30/6/1993	Tribunal Pleno	Deferido (B)	Indeferido (MV)
HC nº 69.912/RS (2)	16/12/1993	Tribunal Pleno	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 73.351/SP	9/5/1996	Tribunal Pleno	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 72.588/PB	12/6/1996	Tribunal Pleno	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 74.599/SP	3/12/1996	Primeira Turma	Indeferido (A)	Indeferido (U)
HC nº 74.530/AP	13/12/1996	Primeira Turma	Indeferido (A)	Indeferido (U)
HC nº 74.706/SP	18/2/1997	Primeira Turma	Indeferido (A)	Indeferido (U)
HC nº 74.559/SP	18/2/1997	Primeira Turma	Indeferido (A)	Indeferido (U)
HC nº 75.261/MG	24/6/1997	Primeira Turma	Deferido (A)	Deferido em parte (U)

O ministro Ilmar Galvão também afirma que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o Código Brasileiro de Telecomunicações bem como este já havia sido revogado pelo Constituição anterior (Emenda nº 1, art. 153 §9º). Destarte, para que seja possível a violação do sigilo das comunicações telefônicas é necessário que se atenda a determinados requisitos, quais sejam: (a) existência de ordem judicial subscrita por autoridade competente; (b) edição de lei ordinária, definidora das hipóteses e da forma para efetivar a interceptação telefônica e (c) relação de causalidade entre a violação do sigilo telefônico e a necessidade desta providência⁵⁰.

No HC nº 69.912/RS alega que a prova obtida por meio ilícito, assim como a interceptação telefônica realizada sem respaldo legal, vicia de nulidade insanável todas as evidências que dela resultarem. Tal questão é reiterada no HC nº 73.351/SP, no qual o ministro faz considerações a respeito da aplicabilidade da norma inserida no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Esta teria aplicabilidade imediata e direta,

⁵⁰ Reiterado no HC nº 69.912/RS, HC nº 73.351/SP, HC nº 72.588/PB, HC nº 74.530/AP e HC nº 74.599/SP.

uma vez que a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas não representa apenas uma proibição, mas também uma garantia constitucional. Além disso, observa que a sua eficácia poderá ser restringida, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

No HC nº 72.588/PB, o ministro mantém o seu posicionamento quanto à contaminação das provas decorrentes da interceptação telefônica ilícita. Para ele, a denúncia estaria viciada, o que impediria a continuidade da ação penal.

Todavia, no HC nº 74.530/AP o ministro alega que, apesar do entendimento consolidado nos precedentes citados, neste caso concreto, a escuta telefônica ilícita teve apenas a finalidade de facilitar o trabalho da investigação criminal, isto é, não foi a prova exclusiva para o conhecimento da empreitada criminosa. Cita ainda a ementa do HC nº 74.152/SP, no qual a Primeira Turma já havia decidido sobre a questão ⁵¹ e não concede a ordem do *habeas corpus*. O ministro vota no mesmo sentido no HC nº 74.599/SP, HC nº 74.706/SP e HC nº 74.559/SP.

No HC nº 75.261/MG, o ministro também entende que a interceptação telefônica não foi prova útil para a condenação, a qual decorreu da convergência de um conjunto probatório. Por fim, observa que, no caso concreto, inexistia sigilo a preservar, uma vez que houve interesse de um dos interlocutores (vítima do crime), na gravação da conversa e na divulgação desta à polícia. Portanto, a interceptação telefônica não seria prova ilícita.

Analisados os oito votos, somente nos votos proferidos no HC nº 69.912/RS, HC nº 73.351/SP e HC nº 72.588/PB, o ministro demonstrou a filiação à doutrina dos frutos da árvore envenenada. Já nos demais votos, seu posicionamento foi em sentido oposto, pois não vislumbrou a contaminação das provas subseqüentes à interceptação telefônica ilícita.

É interessante verificar que, em todos os casos em que a ordem foi denegada sob o fundamento da existência, na sentença condenatória, de provas autônomas, o julgamento ocorreu na Primeira Turma. Esta era composta pelos ministros Moreira Alves, Sydney Sanches e Octávio Gallotti,

⁵¹ Não cabe anular a condenação quando a sentença condenatória se apóia em provas lícitamente obtidas, independentes da escuta telefônica ilícita.

os quais demonstraram entendimento quanto a não contaminação das provas posteriores e obtidas mediante a prova ilícita⁵².

Ministro Marco Aurélio

Nº do Acórdão	Data	Órgão Julgador	Voto	Resultado
HC nº 69.912/RS (1)	30/6/1993	Tribunal Pleno	Deferido (B)	Indeferido (MV)
HC nº 69.912/RS (2)	16/12/1993	Tribunal Pleno	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 73.101/SP	28/11/1995	Segunda Turma	Deferido (B)	Indeferido (MV)
HC nº 73.351/SP	9/5/1996	Tribunal Pleno	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 73.250/SP	25/6/1996	Segunda Turma	Deferido (B)	Deferido (E)
HC nº 73.510/SP	3/9/1996	Segunda Turma	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 73.654/SP	26/10/1996	Segunda Turma	Deferido (B)	Indeferido (MV)
HC nº 74.116/SP	5/11/1996	Segunda Turma	Deferido (B)	Deferido (E)
HC nº 74.299/SP	22/4/1997	Segunda Turma	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 75.007/SP	27/5/1997	Segunda Turma	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 75.497/SP	14/10/1997	Segunda Turma	Deferido (B)	Indeferido (MV)
HC nº 77.147/BA	25/8/1998	Segunda Turma	Deferido (B)	Indeferido (MV)

O ministro, no julgamento do HC nº 69.912/RS, afirma que o caso concreto coloca em discussão dois pontos de extrema relevância, quais sejam: (a) a eventual recepção do Código Brasileiro de Telecomunicações e (b) admissibilidade ou não das provas decorrentes da quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Quanto ao primeiro ponto, alega que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o Código Brasileiro de Telecomunicações e também exige que a autorização judicial observe a forma estabelecida em lei ordinária. Além disso, no HC nº 73.101/SP, acrescenta que o inciso XII do artigo 5º não é auto-aplicável no tocante às interceptações telefônicas posto a necessidade de lei que o discipline⁵³.

Com relação ao segundo ponto, o ministro declara que não basta a existência de outras provas, as quais não se relacionariam de forma direta à interceptação telefônica ilícita. Logo, para que seja afastada a contaminação destas provas, é necessário que se conclua que as provas obtidas mediante censura telefônica não tiveram repercussão para a convicção do juiz. Assim, não sendo esta a hipótese dos autos, o ministro concede a ordem.

⁵² Nos HC nº 74.530/AP, HC nº 74.599/SP, HC nº 74.706/SP e HC nº 74.559, a Turma também era composta pelo ministro Celso de Mello, o qual demonstrou ser adepto da doutrina dos frutos da árvore envenenada. No HC nº 75.261/MG, o ministro Sepúlveda Pertence também compunha a Turma julgadora e também demonstrou ser adepto à referida doutrina.

⁵³ Também menciona no HC nº 73.351/SP e HC nº 73.250/SP.

Este posicionamento é reiterado no HC nº 73.101/SP, no qual afirma que a apreensão da droga em poder do paciente pouco importa quando as informações que o viabilizaram resultam, unicamente, da escuta telefônica ilícita, posto a violação da garantia constitucional do sigilo telefônico.

No HC nº 73.351/SP, o ministro alega que o grampo telefônico ocorreu no início das investigações bem como a prisão em flagrante delito somente ocorreu a partir dos dados, por ele, descobertos. Assim, entende que não é possível colocar em plano secundário uma garantia constitucional⁵⁴, sob o argumento *ad terrorem* do crime perpetrado. Somente desta forma permite-se que a democracia seja cultivada e adiciona que, no âmbito do Direito Penal, as normas que revelam garantias devem ser rigorosamente observadas, para a viabilidade do devido processo legal.

Nesse sentido, devido à transgressão da garantia constitucional, inserida no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o vício processual é originário, contaminando o processo na sua integralidade. Por conseguinte, o ministro concede a ordem do *habeas corpus* como também o faz no HC nº 73.250/SP, HC nº 73.510/SP e HC nº 73.654/SP.

No HC nº 74.116/SP, o ministro afirma que a regulamentação das interceptações telefônicas só veio depois de algumas decisões que libertaram traficantes, mas que este seria o preço de se viver em um Estado Democrático de Direito. Neste, deve-se observar, estritamente, a ordem jurídica em vigor e, portanto não há como se admitir que uma escuta telefônica ilícita respalde um decreto condenatório. Esta idéia também fundamenta o HC nº 74.299/SP, HC nº 75.007/SP, HC nº 75.497/SP.

No HC nº 77.147/BA, o ministro cita o precedente do Tribunal Pleno (HC nº 69.912/RS), no qual fora consolidado o entendimento que os elementos obtidos através da escuta telefônica ilícita são contaminados, uma vez que o conteúdo da garantia constitucional ficaria totalmente esvaziado se fosse possível considerar a legitimidade das provas que dela decorreram. Além disso, o ministro ressalta que não se trata de concessão da ordem para transformar a condenação em absolvição, mas sim para determinar a expulsão das provas ilícitas que fundamentaram a sentença.

Após analisar os onze votos proferidos pelo ministro Marco Aurélio, foi possível classificá-lo como adepto da doutrina dos frutos da árvore

⁵⁴ No caso, a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas.

envenenada. Isto se dá pelo fato de que, em todos os casos, o ministro concedeu a ordem do *habeas corpus* em razão da contaminação das provas subseqüentes à interceptação telefônica ilícita e que, com ela, apresentavam algum vínculo.

Cabe ainda mencionar que, em seis acórdãos, o seu voto foi vencido bem como no primeiro julgamento do HC nº 69.912/RS, o ministro integrou o grupo que concedia a ordem em vista da doutrina dos *fruits of the poisonous tree*, tornando-se vencedor na realização do segundo julgamento.

Ministro Maurício Corrêa

Nº do Acórdão	Data	Órgão Julgador	Voto	Resultado
HC nº 73.101/SP	28/11/1995	Segunda Turma	Indeferido (A)	Indeferido (MV)
HC nº 73.351/SP	9/5/1996	Tribunal Pleno	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 72.588/PB	12/6/1996	Tribunal Pleno	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 73.250/SP	25/6/1996	Segunda Turma	Deferido (B)	Deferido (E)
HC nº 73.510/SP	3/9/1996	Segunda Turma	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 73.654/SP	26/10/1996	Segunda Turma	Indeferido (A)	Indeferido (MV)
HC nº 74.116/SP	5/11/1996	Segunda Turma	Deferido (B)	Deferido (E)
HC nº 74.299/SP	22/4/1997	Segunda Turma	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 75.497/SP	14/10/1997	Segunda Turma	Indeferido (A)	Indeferido (MV)
RE nº 222.204/SP	25/5/1998	Segunda Turma	Conhecido (B)	Não conhecido (MV)
HC nº 77.147/BA	25/8/1998	Segunda Turma	Indeferido (A)	Indeferido (MV)
HC nº 81.154/SP	2/10/2001	Segunda Turma	Deferido (A)	Deferido (U)

No HC nº 73.101/SP, o ministro Maurício Corrêa afirma que, o impetrante, ao se referir à "admissibilidade de provas ilícitas", o faz com relação à prova pericial (diferença quantitativa da droga entre o que foi apreendido em poder do paciente e o que consta na denúncia, caracterizando um flagrante forjado), sem qualquer impugnação à escuta telefônica realizada. Portanto, não concede a ordem, por entender que o pedido não se relaciona com a quebra do sigilo das comunicações telefônicas e ainda acrescenta que, embora existam na sentença referências à escuta telefônica autorizada, nos autos havia outras provas independentes desta e aptas a motivar a condenação.

No HC nº 73.351/SP, o ministro declara que a hipótese do caso concreto é a aplicação do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, já que a autorização realizada pelo magistrado é absolutamente

inconstitucional, não obstante tenha como causa a suspeita do tráfico de entorpecentes. Assim, não faz qualquer consideração a respeito da apreensão da droga (oitenta e dois pacotes de cocaína) e concede a ordem pelo fato da obtenção da prova ser ilícita.

No HC nº 72.588/PB, o qual fora relator, alega que todos os elementos do conjunto probatório foram obtidos mediante interceptação autorizada no telefone do presídio Monte Santa, em Campina Grande. Esta seria ilícita devido à violação da garantia inserida no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte não pode ser admitida no processo⁵⁵.

Para justificar a ilicitude da interceptação telefônica, o ministro afirma que a exceção ao sigilo das comunicações telefônicas somente é possível através de autorização, na forma prevista em lei ordinária. Diante da ausência desta lei e da não recepção do Código Brasileiro de Telecomunicações, toda prova obtida por meio da violação do sigilo será ilícita e não produzirá qualquer efeito.

Com relação à ação penal, conclui que a única prova que a determinou foi a interceptação telefônica ilícita, caracterizando-se, ante ao vício em sua formação, a contaminação de todo o conjunto probatório. Assim, caberia a aplicação da regra dos *fruits of the poisonous tree*⁵⁶.

No HC nº 73.250/SP e HC nº 74.116/SP, o ministro reitera o entendimento da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica ilícita como também alega que deve ser coerente com o acórdão paradigma (HC nº 69.912/RS), uma vez que a hipótese dos autos seria idêntica. Além desta consideração, declara que a existência de suspeita não gera fundamento baseado em prova autônoma, de maneira a afastar a ilicitude da violação do sigilo telefônico.

Este é o mesmo posicionamento do HC nº 73.510/SP, no qual pondera que a ordem constitucional está sempre em primeiro lugar e deste modo não pode dar validade a um processo cujo desdobramento se aperfeiçoou em prova ilícita.

⁵⁵ Acrescenta que o bem jurídico que esta garantia protege e preserva é a privacidade das pessoas e, portanto não cabe distinguir entre telefone público e particular.

⁵⁶ Com os mesmos fundamentos, o ministro vota no RE nº 222.204/SP e HC nº 81.154/SP.

No voto proferido no HC nº 74.299/SP, o ministro afirma que, nos casos que existem provas autônomas coincidentes ou paralelas à escuta telefônica ilícita, estas devem prevalecer, isto é, não podem ser rechaçadas. No entanto, por não vislumbrar a mínima existência de prova autônoma e mantendo-se fiel aos precedentes citados, concede a ordem do *habeas corpus*.

Já no HC nº 73.654/SP, o ministro manifesta entendimento diverso, devido à existência, nos autos, de um depoimento prestado na fase policial, independente da escuta telefônica. Este, em conjunto com os demais elementos probatórios, seria suficiente para demonstrar a existência do crime e ensejar a condenação. Nestes termos, não concede a ordem bem como no HC nº 75.497/SP e HC nº 77.147/BA.

No HC 75.497/SP, apesar de reconhecer que somente a partir das informações obtidas através da escuta se teve conhecimento do itinerário da droga, culminando na apreensão desta e na prisão em flagrante delito, o ministro entende que existem provas autônomas. Estas consistiriam nos depoimentos dos réus e a oitiva das testemunhas, as quais seriam suficientes para a condenação. No HC nº 77.147/BA, o ministro acrescenta que quando o conjunto probatório indica a existência do delito, a escuta telefônica ilícita não pode ser considerada como um fato isolado, capaz de justificar a concessão da ordem. Assim, observa que neste caso também existem provas autônomas e, portanto deve persistir a condenação.

Ao analisar os doze votos proferidos, em todos aqueles em que a ordem foi concedida, o ministro considerou a interceptação telefônica realizada como prova ilícita, e conseqüentemente nula a sentença condenatória devido à contaminação dos elementos probatórios. Nos demais, sob a alegação da existência de provas autônomas, as quais seriam independentes e não contaminadas pela ilicitude da escuta, o ministro não concedeu a ordem do *habeas corpus*, ou seja, afastou a tese dos frutos da árvore envenenada.

Desta forma, verifica-se que o ministro Maurício Corrêa não manteve, de maneira uniforme, o seu entendimento com relação à contaminação das provas decorrentes das ilícitas.

Ministro Moreira Alves

Nº do Acórdão	Data	Órgão Julgador	Voto	Resultado
HC nº 69.912/RS (1)	30/6/1993	Tribunal Pleno	Indeferido (A)	Indeferido (MV)
HC nº 73.351/SP	9/5/1996	Tribunal Pleno	Indeferido (B)	Deferido (MV)
HC nº 72.588/PB	12/6/1996	Tribunal Pleno	Indeferido (B)	Deferido (MV)

No HC nº 69.912/RS, o ministro afirma que, neste caso concreto, o que está em discussão é o alcance do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, o qual apenas determina a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, sem qualquer disposição a respeito da nulidade dos processos em que existam provas desta natureza. Assim, conclui que quando há no processo tanto provas lícitas como ilícitas, não é possível que este seja declarado nulo, posto que a ilicitude de algumas provas não se comunicaria às demais⁵⁷.

Acrescenta, ainda, que se prevalecesse a tese da contaminação, a descoberta de informações sobre ações referentes ao tráfico de drogas, impossibilitaria a condenação dos traficantes uma vez que a totalidade das provas posteriores à escuta telefônica ilícita estaria, por ela, contaminada. Para ele, esta conclusão demonstra como tal tese é absurda e diante destas considerações, não concede a ordem devido à existência de provas lícitas e válidas da prática do crime. Vale também mencionar que o ministro não considera a interceptação telefônica como prova do crime, mas sim pista para a apuração da sua autoria e materialidade⁵⁸.

No HC nº 73.351/SP, o ministro afirma que o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, não pode ser interpretado literalmente já que, se assim o fosse, chegar-se-ia à absurda conclusão de que o sigilo da correspondência dos presos é inviolável posto que só existe a possibilidade de violação do sigilo das comunicações telefônicas. No tocante às escutas telefônicas sem autorização legal, devido à ausência de lei disciplinadora, o ministro ressalta que as provas que dela decorram, não podem ser admitidas no processo, porém não acarretam qualquer consequência às provas lícitas.

⁵⁷ Reitera esta interpretação no HC nº 73.351/SP e HC nº 72.588/PB.

⁵⁸ No HC nº 73.351/SP, o ministro afirma que pista não é prova e não pode ser alcançada pela proibição constitucional. Além disso, estas "pistas" não integram o processo penal, somente as investigações policiais. Este entendimento é confirmado no HC nº 72.588/PB.

Nesse sentido, por entender que a condenação não se baseou, unicamente, na prova ilícita decorrente da escuta telefônica bem como que esta serviu apenas como pista para as investigações policiais, o ministro não concede a ordem.

No HC nº 72.588/PB, ao se referir à doutrina dos *fruits of the poisonous tree*, o ministro afirma que esta não pode ter aplicação no cenário brasileiro. Para ele, no Brasil, não existe o pragmatismo característico norte-americano, que possibilita que sejam aplicadas algumas mitigações à tese da ilicitude das provas por derivação. Assim, esta tese não seria regra, isto é, somente pelo exame do caso concreto seria possível verificar se cabe ou não a sua aplicação. Logo, pela inaplicabilidade dessa teoria estrangeira, bem como pela existência de provas lícitas, o ministro não concede a ordem do *habeas corpus*.

Em todos os votos analisados, o ministro Moreira Alves se manteve fiel quanto ao entendimento da não contaminação das provas posteriores à escuta telefônica ilícita. Isto ocorreu, basicamente, pelo fato de não considerá-la prova, mas sim pista para a apuração da autoria e materialidade da infração penal como também pela existência de provas consideradas lícitas, ou seja, desvinculadas da ilicitude da escuta telefônica.

Ministro Nelson Jobim

Nº do Acórdão	Data	Órgão Julgador	Voto	Resultado
HC nº 75.497/SP	14/10/1997	Segunda Turma	Indeferido (A)	Indeferido (MV)
HC nº 81.154/SP	2/10/2001	Segunda Turma	Deferido (A)	Deferido (U)

No HC nº 75.497/SP, o ministro alega que, quando o texto do inciso XII do artigo 5º foi debatido na Assembléia Constituinte, fez uma distinção com relação à condenação baseada, exclusivamente, no conhecimento do fato criminoso, pela autoridade policial, através de escuta telefônica⁵⁹.

Nesse caso concreto, considera que a apreensão de grande quantidade de entorpecentes não pode ser ignorada, sob o fundamento de que esta só foi possível através de informações obtidas pela interceptação telefônica ilícita. Se tal hipótese ocorresse, a escuta seria uma forma de desconstituir o existente. Nesse sentido, apesar de reconhecer que a escuta

⁵⁹ O ministro não explica qual seria esta distinção.

telefônica é ilícita, já que não possui lei disciplinadora, não se pode admitir que o fato criminoso seja reputado como desconhecido.

Além disso, o ministro entende que a proteção constitucional prevista no inciso XII seria extrapolada se um réu condenado por homicídio, tráfico de drogas ou seqüestro, fosse inocentado com base na ilicitude da interceptação telefônica. Assim, considera que os textos constitucionais não podem servir de sustentáculo para impedir a condenação de atos de tamanha gravidade e não concede a ordem do *habeas corpus*.

No HC nº 81.154/SP, o ministro afirma que a autorização judicial para a realização da interceptação telefônica ocorreu antes da edição da Lei nº 9.296/96. Desta forma, com apoio na jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria⁶⁰, esta não pode ser considerada, posto a sua inconstitucionalidade.

Também constata que, de acordo com a sentença condenatória, o constrangimento a que foram submetidos os pacientes se baseou, exclusivamente, na prova inconstitucional da escuta telefônica. Assim, o decreto condenatório é nulo e, por conseguinte o ministro concede a ordem.

Cabe mencionar que neste caso concreto, os pacientes foram condenados como incurso no artigo 288 do Código Penal⁶¹. Destarte, verifica-se que o ministro não manteve o posicionamento manifestado no *habeas corpus* anterior, no qual, desconsiderou a ilicitude da escuta telefônica tendo em vista a apreensão da droga bem como pela gravidade do crime de tráfico de drogas.

Portanto, não é possível afirmar qual é o entendimento do ministro sobre este tema, uma vez que os dois votos analisados possuem argumentos conflitantes.

Ministro Néri da Silveira

Nº do Acórdão	Data	Órgão Julgador	Voto	Resultado
HC nº 69.912/RS (1)	30/6/1993	Tribunal Pleno	Indeferido (A)	Indeferido (MV)
HC nº 73.351/SP	9/5/1996	Tribunal Pleno	Indeferido (B)	Deferido (MV)
HC nº 72.588/PB	12/6/1996	Tribunal Pleno	Indeferido (B)	Deferido (MV)

⁶⁰ Cita os precedentes HC nº 74.116/SP e HC nº 75.007/SP.

⁶¹ Art. 288. Associarem mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

HC nº 73.250/SP	25/6/1996	Segunda Turma	Indeferido (B)	Deferido (E)
HC nº 73.510/SP	3/9/1996	Segunda Turma	Indeferido (B)	Deferido (MV)
HC nº 73.654/SP	26/10/1996	Segunda Turma	Indeferido (A)	Indeferido (MV)
HC nº 74.116/SP	5/11/1996	Segunda Turma	Indeferido (B)	Deferido (E)
HC nº 75.007/SP	27/5/1997	Segunda Turma	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 75.497/SP	14/10/1997	Segunda Turma	Indeferido (A)	Indeferido (MV)
RE nº 222.204/SP	25/5/1998	Segunda Turma	Não conhecido (A)	Não conhecido (MV)
HC nº 77.147/BA	25/8/1998	Segunda Turma	Indeferido (A)	Indeferido (MV)

No HC nº 69.912/RS, o ministro entende que o caso concreto põe em discussão o inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal. Desse modo, a análise de tal caso deve se pautar nas provas que lastrearam a condenação, isto é, se são suficientes e não obtidas por meios ilícitos.

Apesar de considerar que o Código Brasileiro de Telecomunicações não satisfaz a exigência prevista no inciso XII do artigo mencionado e também que a lei disciplinadora deverá enumerar, expressamente, as hipóteses em que a exceção ao sigilo das comunicações telefônicas será viável, o ministro não conclui que a condenação resultou, exclusivamente, das provas obtidas pela escuta telefônica ilícita. Para ele, a apreensão da droga e a vinculação entre os co-réus, a qual estaria demonstrada em outros elementos probatórios, não poderiam ser desconsideradas. Estas seriam provas suficientes e autônomas, ou seja, não teriam qualquer relação de causalidade com a escuta telefônica ilícita.

Além disso, o ministro rechaça a tese da contaminação das provas subseqüentes do processo uma vez que, se esta fosse aplicada, a Corte proclamaria que todos os processos, cuja condenação resultou do tráfico de entorpecentes e que houve escuta telefônica, seriam nulos. Diante destas considerações, o ministro não concede a ordem.

No HC nº 73.351/SP, o ministro reitera o seu posicionamento quanto a não recepção do Código Brasileiro de Telecomunicações e a conseqüente vedação da escuta telefônica, já que esta seria prova ilícita⁶². Assim sendo, a interceptação telefônica não pode ser admitida no processo e servir de fundamento para a convicção do magistrado.

Não obstante o reconhecimento da ilicitude da escuta, o ministro afirma que, a partir desta, foram obtidas provas materiais, as quais são insusceptíveis de dúvida. Desse modo, não caberia anular um processo

⁶² Ilícitude decorre da ausência de lei disciplinadora. Esta consideração também consta no HC nº 72.588/PB.

condenatório, onde se encontram tais provas como, por exemplo, a apreensão de mercadoria ilícita e a confissão do traficante. Esta linha argumentativa também fundamenta os votos proferidos nos HC nº 73.250/SP, HC nº 73.510/SP, HC nº 73.654/SP, HC nº 75.497/SP e RE nº 222.204/SP.

No HC nº 72.588/PB, ao interpretar a norma contida no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, o ministro depreende que os fatos vinculados ou decorrentes da quebra do sigilo telefônico não são ilícitos. Para justificar esta conclusão, alega que não há na Constituição Federal, qualquer princípio que autorize a tese da contaminação da prova material, apurada *a posteriori* bem como ressalta que, por ser uma tese estrangeira, deve ser cautelosamente examinada.

Além das considerações expostas, como neste caso concreto, a ação penal ainda estava em curso, o ministro, baseando-se na jurisprudência da Corte⁶³, denega a ordem uma vez que entende ser possível a apuração de outras provas, independentes da interceptação telefônica ilícita.

No HC nº 74.116/SP, o ministro mantém o seu entendimento quanto a não contaminação das provas subseqüentes à prova ilícita, e ainda observa que, a escuta telefônica foi realizada posteriormente ao início das investigações policiais. Desta forma, não seria o único elemento probatório a fundamentar a decisão, posto a existência de outras provas que, com ela, não possuíam vínculo de imediatidade.

No HC nº 77.147/BA, o ministro constata que os julgadores das instâncias inferiores se basearam no conjunto probatório presente nos autos. Assim, não obstante o provável auxílio da interceptação telefônica nas investigações policiais, entende que não é possível afastar a condenação sob a alegação da ilicitude desta, visto que em sede de *habeas corpus* não é possível realizar exame acurado e valorativo das provas.

Já no HC nº 75.007/SP, o qual se refere ao mesmo caso concreto dos HC nº 74.116/SP, HC nº 74.152/SP e HC nº 74.299/SP⁶⁴, o ministro somente concede a ordem por se tratar de extensão dos efeitos da decisão proferida no HC nº 74.299/SP.

⁶³ Cita a jurisprudência do STF que estabelece não trancar a ação penal em curso, quando a fase de instrução não foi concluída.

⁶⁴ Estas informações constam no Capítulo 3.

Em todos os votos analisados, depreende-se que o ministro não concedeu a ordem do *habeas corpus* devido à existência de provas lícitas, as quais seriam suficientes para a condenação, por demonstrarem a autoria e materialidade do crime. No entanto, o ministro não considerou que tais provas só foram viáveis, pelas informações obtidas mediante a escuta telefônica ilícita como também afirmou não vislumbrar vínculo de identidade entre elas. Logo, essas provas não seriam ilícitas por derivação, mas sim lícitas e autônomas.

Cabe ainda ressaltar que o ministro manteve-se fiel ao seu posicionamento quanto a não contaminação das provas posteriores à prova ilícita e a conseqüente admissibilidade processual destas.

Ministro Octávio Gallotti

Nº do Acórdão	Data	Órgão Julgador	Voto	Resultado
HC nº 69.912/RS (1)	30/6/1993	Tribunal Pleno	Indeferido (A)	Indeferido (MV)
HC nº 69.912/RS (2)	16/12/1993	Tribunal Pleno	Indeferido (B)	Deferido (MV)
HC nº 73.351/SP	9/5/1996	Tribunal Pleno	Indeferido (B)	Deferido (MV)
HC nº 72.588/PB	12/6/1996	Tribunal Pleno	Indeferido (B)	Deferido (MV)
HC nº 75.261/MG	24/6/1997	Primeira Turma	Deferido (A)	Deferido em parte (U)
HC nº 74.559/SP	18/2/1997	Primeira Turma	Indeferido (A)	Indeferido (U)

No HC nº 69.912/RS, o ministro afirma que uma escuta telefônica ilícita não pode ensejar a nulidade das demais provas coletadas, as quais são aptas para instruir o processo bem como para formar o convencimento do juiz. Além desta consideração, acrescenta que em sede de *habeas corpus* não é possível o reexame probatório, para verificar se a escuta telefônica ilícita foi decisiva ou não para a condenação do paciente.

No HC nº 73.351/SP, o ministro reitera a ilicitude probatória da escuta telefônica, a qual deve ser invalidada, sem qualquer repercussão no resultado do julgamento. Entretanto, alega que, quando existe um conjunto probatório lícito e independente das provas ilícitas, não há que se falar em invalidade, uma vez que neste não há vício.

Pela existência de investigação policial, anterior à escuta telefônica ilícita, a qual conduziu a uma suspeita, confirmada pela quebra do sigilo telefônico como também da apreensão da droga, o ministro não vislumbra razões para anular o processo *ab initio*. Nesse sentido, considera que a

finalidade do processo penal é a apuração da verdade emergente das provas regulares (no caso, a apreensão da droga); portanto não se pode proclamar a absolvição de um condenado como meio para reprimir a irregularidade do procedimento adotado pela autoridade policial. Esses fundamentos também baseiam o voto proferido no HC nº 72.588/PB.

No HC nº 74.559, conforme entendimento anteriormente manifestado, o ministro afirma que a escuta telefônica ilícita teve apenas um peso relativo e indiciário para formar o juízo de reprovação, o qual se baseou na farta prova documental e na confissão policial dos réus⁶⁵. Deste modo, também seria inviável conceder a ordem partindo-se do pressuposto da ilicitude probatória.

Já no HC nº 75.261/MG, o ministro considera a interceptação telefônica legítima tendo em vista que, nos casos de seqüestro, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade⁶⁶. Assim, quando há confronto entre dois valores constitucionalmente garantidos sendo, o direito à vida e o sigilo das comunicações telefônicas, deve sempre prevalecer o direito à vida, uma vez que este seria considerado o mais relevante.

Embora afastada a ilicitude da interceptação telefônica, o ministro concede, em parte, a ordem do *habeas corpus*, para anular a sentença e acórdão somente no tocante à fixação da pena, haja vista a inobservância da redução prevista no §4º do artigo 159 do Código Penal⁶⁷.

Após analisar os cinco votos proferidos pelo ministro Octávio Gallotti, verifica-se que, a despeito do reconhecimento da ilicitude probatória da interceptação telefônica, este não considerou as provas subseqüentes contaminadas e decorrentes da primeira. Deste modo, não concedeu a ordem em nenhum *habeas corpus*, com base na existência do conjunto probatório lícito e independente das informações obtidas pela prova ilícita.

⁶⁵ Estas provas seriam lícitas e autônomas.

⁶⁶ Cabe mencionar que o ministro não explica como tal princípio é aplicado.

⁶⁷ Art. 159. Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:
Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§4º Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Ministro Paulo Brossard

Nº do Acórdão	Data	Órgão Julgador	Voto	Resultado
HC nº 69.912/RS (1)	30/6/1993	Tribunal Pleno	Indeferido (A)	Indeferido (MV)
HC nº 69.912/RS (2)	16/12/1993	Tribunal Pleno	Indeferido (B)	Deferido (MV)

No HC nº 69.912/RS, o ministro alega que a omissão legislativa para a edição da lei disciplinadora do inciso XII da Constituição Federal, não impede que o juiz autorize a violação do sigilo das comunicações telefônicas. Isto se dá, pois entende que o crime de tráfico de entorpecentes, como no caso concreto, será uma das hipóteses a serem previstas pelo legislador; logo, a autorização judicial não pode se reputada como ilegal ou arbitrária⁶⁸.

Nesse sentido, o ministro afirma que, apesar da inexistência da lei ordinária, o Brasil ratificou, em 1991, a “Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas” da ONU, na qual se comprometeu a colaborar no combate às ações que objetivam essa infração penal. Assim, não seria possível considerar a escuta telefônica ilícita uma vez que esta foi realizada para assegurar tal compromisso.

Ao afastar a ilicitude da escuta telefônica, o ministro verifica que não se pode invocar o inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal e a doutrina dos *fruits of the poisonous tree*, como fundamento para anular a sentença condenatória, posto que as provas não foram obtidas por meios ilícitos. Também para embasar seu posicionamento, alega que não seria razoável que toda a investigação policial fosse desconsiderada, pois através desta se comprovou a autoria e materialidade da infração penal por outros meios probatórios.

Por fim, o ministro também afirma que, em sede de *habeas corpus*, não cabe o exame das provas, com o intuito de averiguar quais estariam, eventualmente, contaminadas pela escuta telefônica considerada ilícita.

Dentre os ministros analisados, somente o ministro Paulo Brossard não reconheceu a ilicitude da interceptação telefônica ante a ausência de lei regulamentadora do inciso XII da Constituição Federal. Sem embargo a este

⁶⁸ Cabe ainda mencionar que, no segundo julgamento deste *habeas corpus*, o ministro acrescenta que o procedimento policial foi realizado corretamente.

entendimento é possível considerá-lo como não adepto da tese da contaminação das provas, como demonstra a seguinte passagem:

*"Assim, ainda que a escuta telefônica para fins de investigação criminal ou instrução processual penal de crime considerado hediondo pudesse ser considerada ilegítima, o fato é que outras provas existem e que não são decorrência da escuta. De modo, que, no caso, não se pode falar nos frutos da árvore venenosa, "fruits of the poisonous tree". (...) **Daí porque não me parece seguro concluir que, quando a escuta telefônica tivesse sido ilegal e, por consequência, ilícita a prova obtida por seu intermédio, toda a prova ficasse contaminada e imprestável.** Como os autos revelam que há fatos relevantes anteriores e posteriores a escuta, não vejo como uma prova que venha a ser considerada ilegal possa contaminar outras, mesmo que anteriormente produzidas"* (HC nº 69.912/RS, págs. 379/380 – grifo meu)

Ministro Sepúlveda Pertence

Nº do Acórdão	Data	Órgão Julgador	Voto	Resultado
HC nº 69.912/RS (1)	30/6/1993	Tribunal Pleno	Deferido (B)	Indeferido (MV)
HC nº 69.912/RS (2)	16/12/1993	Tribunal Pleno	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 73.351/SP	9/5/1996	Tribunal Pleno	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 72.588/PB	12/6/1996	Tribunal Pleno	Deferido (A)	Deferido (MV)
HC nº 75.261/MG	24/6/1997	Primeira Turma	Deferido (A)	Deferido em Parte (U)
HC nº 80.949/RJ	30/10/2001	Primeira Turma	Deferido (A)	Deferido em Parte (U)

No HC nº 69.912/RS, o ministro Sepúlveda Pertence afirma que o caso concreto traz três indagações jurídicas quais sejam, (a) caracterização da ilicitude da prova ou de sua produção; (b) repercussão da ilicitude da produção extrajudicial da prova no processo e (c) consequências processuais da admissão no processo das provas ilícitas.

Quanto à primeira indagação, o ministro alega que a atual Constituição Federal não recepcionou o Código Brasileiro de Telecomunicações, o qual já teria a sua constitucionalidade questionada em face das Constituições anteriores. Além disso, adverte que este não satisfaz

a exigência, para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, prevista no inciso XII do artigo 5º, concluindo que a interceptação telefônica realizada é ilícita por não ter respaldo legal⁶⁹.

Com relação à segunda indagação, cita os dois posicionamentos existentes, quais sejam (a) a ilicitude da prova determina a sua inadmissibilidade processual e (b) os efeitos da ilicitude da prova esgotam-se na responsabilidade e punição de seus agentes, sem reflexo na admissibilidade processual⁷⁰. Apesar desta citação, o ministro afirma que, no cenário brasileiro, somente o primeiro posicionamento pode ser suscitado. Isto ocorre devido à previsão constitucional do inciso LVI do artigo 5º, o qual determina a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos⁷¹.

Já quanto à terceira indagação, o ministro declara que a Constituição Federal não possui solução expressa. Assim, deve-se analisar, no caso concreto, se a prova ilícita teve repercussão para a condenação e, se tal hipótese for confirmada, cabe a aplicação da doutrina norte-americana dos *fruits of the poisonous tree*.

Nesse sentido, pela análise da sentença condenatória, o ministro afirma que a interceptação telefônica realizada ilicitamente foi decisiva e imprescindível para a obtenção das demais provas do processo. Logo, constatado o vínculo entre elas, não se pode manter a condenação, tendo em vista a ilicitude de todo o conjunto probatório.

Acrescenta, ainda, que se a prisão em flagrante delito e a apreensão da droga, as quais só foram possíveis mediante informações obtidas pela interceptação telefônica ilícita, fossem consideradas provas válidas, emprestar-se-ia relevância probatória à prova ilícita vedada pela Constituição Federal. Portanto, conclui pela nulidade do processo ante ao vício de origem e concede a ordem do *habeas corpus*.

No HC nº 73.351/SP, o ministro afirma que o caso concreto coloca, novamente, em discussão a contaminação das provas derivadas da prova ilícita e que tal debate gera polêmicas intermináveis. Isto ocorre, uma vez

⁶⁹ Reitera este entendimento no HC nº 72.588/PB.

⁷⁰ No HC nº 80.949/RJ, o ministro também faz considerações sobre este assunto.

⁷¹ Cabe mencionar que o ministro afirma que, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o STF já considerava tais provas inadmissíveis tanto no processo civil (RE nº 85.439 e RE nº 100.094) como na investigação criminal (HC nº 63.834).

que existe controvérsia entre a necessidade de dar efetividade às garantias constitucionais e a crença de que a perseguição da verdade real, vista como única finalidade do processo penal, deve se sobrepor a essas garantias.

Para ele, não há qualquer pretexto que justifique a violação das garantias constitucionais, como ocorre no caso da interceptação telefônica para fins de investigação criminal. Além disso, não se podem valorar as informações que, por ela, foram obtidas, pois de igual modo estaria infringida a garantia do sigilo das comunicações telefônicas.

O ministro, para embasar esse entendimento, cita a doutrina germânica que aceita o "efeito à distância" das proibições da prova. Assim, as provas que derivam de uma prova ilícita também possuem o vício da ilicitude e, portanto devem ser vedadas processualmente, devido à proibição constitucional prevista no inciso LVI do artigo 5º.

Para complementar, também rechaça a tese que possibilitaria uma ponderação de interesses, pois acredita que, no caso das interceptações telefônicas, o constituinte confiou tal ponderação à lei, a qual deverá prever as hipóteses e forma em que poderá ocorrer a violação do sigilo das comunicações telefônicas.

No HC nº 72.588/PB, o ministro reitera o posicionamento manifestado nos julgados anteriores bem como ressalta que, em determinados casos, a utilização da doutrina dos *fruits of the poisonous tree* poderá sacrificar a verdade real; entretanto, este sacrifício já é um resultado inevitável da proibição constitucional das provas ilícitas e, por conseguinte, não caberia o argumento da busca da verdade real.

Já no HC nº 75.261/MG, o ministro não reconhece a ilicitude da interceptação telefônica. Isso ocorre uma vez que esta foi realizada como forma necessária à salvação da vítima de seqüestro e nesta situação, a interceptação telefônica será sempre lícita bem como não é requisito a autorização judicial. Assim, com a ressalva quanto ao seu posicionamento anterior, favorável à tese da contaminação, entende não ser possível a aplicação do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal ao caso concreto. Destarte, somente concede a ordem no tocante à fixação da pena, a qual desrespeitou a redução imposta no §4º do artigo 159 do Código Penal.

No HC nº 80.949/RJ, o ministro afirma que, apesar de prevalecer o entendimento quanto à inadmissibilidade processual da prova ilícita, existe também aqueles que defendem o temperamento das garantias constitucionais, para a apuração de crimes considerados graves. Este temperamento consistiria no princípio da proporcionalidade, de origem germânica, segundo o qual, quando há garantias constitucionais em conflito, sem que haja um juízo explícito de prevalência pela Constituição Federal, é necessário realizar uma ponderação entre elas.

Entretanto, o ministro considera extremamente perigoso a invocação de teorias jurídicas estrangeiras, já que decorrem de ordenamentos jurídicos distintos. Para demonstrar este argumento, alega que na Alemanha, a questão da admissibilidade ou não das provas ilícitas, não advém de norma constitucional, mas sim dos princípios constantes na Lei Fundamental como, por exemplo, o da dignidade humana. Já, na ordem constitucional brasileira, a inadmissibilidade de provas dessa natureza é inequívoca ante a disposição do inciso LVI do artigo 5º; logo, este princípio não pode ser aplicado no Brasil, pelo menos, no tocante à admissibilidade de provas ilícitas.

Além disso, o ministro afirma que a gravidade do crime não é fundamento capaz de autorizar a violação da inadmissibilidade das provas ilícitas e acrescenta:

"(...) graduar a vedação da admissibilidade e valoração da prova ilícita, segundo a gravidade da imputação, constituiria instituir a sistemática violação de outra garantia constitucional – a presunção de inocência – em relação a quantos fossem acusados ou meramente suspeitos da prática de determinados crimes" (HC nº 80.949/RJ, págs. 1163/1164)

Pela análise do inquérito policial, o ministro constata que a escuta telefônica realizada não observou os requisitos previstos no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal e deste modo, por ser ilícita, não pode ser considerada. No entanto, o ministro alega que só é possível suscitar a doutrina dos *fruits of the poisonous tree* quando há denúncia e sentença condenatória, que tenham dado relevância aos elementos derivados das

provas ilícitas. Por conseguinte, o ministro concede, em parte, a ordem do *habeas corpus*, apenas para desentranhar, dos autos do inquérito policial, a transcrição da conversa interceptada.

Da análise dos votos proferidos pelo ministro Sepúlveda Pertence, depreende-se que este se manteve fiel ao posicionamento quanto à inadmissibilidade das provas derivadas da interceptação telefônica ilícita, em razão da contaminação e aplicação da doutrina dos *fruits of the poisonous tree*.

Não obstante a coerência com relação a este entendimento, interessante observar que no HC nº 80.949/RJ, o ministro traz o argumento da periculosidade da aplicação de teorias jurídicas estrangeiras ao ordenamento jurídico brasileiro, sem levar em consideração o fato da doutrina dos *fruits of the poisonous tree* ter origem americana.

Ministro Sydney Sanches

Nº do Acórdão	Data	Órgão Julgador	Voto	Resultado
HC nº 69.912/RS (1)	30/6/1993	Tribunal Pleno	Indeferido (A)	Indeferido (MV)
HC nº 69.912/RS (2)	16/12/1993	Tribunal Pleno	Indeferido (B)	Deferido (MV)
HC nº 73.351/SP	9/5/1996	Tribunal Pleno	Indeferido (B)	Deferido (MV)
HC nº 72.588/PB	12/6/1996	Tribunal Pleno	Indeferido (B)	Deferido (MV)
HC nº 74.152/SP	20/8/1996	Primeira Turma	Indeferido (A)	Indeferido (MV)

No HC nº 69.912/RS, o ministro afirma que uma interceptação telefônica, sem observância dos requisitos previstos no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, não pode basear, exclusivamente, uma condenação. Apesar desta consideração, entende que, no caso concreto, a sentença condenatória encontra fundamento em outros elementos de prova; portanto não pode ser reputada como nula.

O ministro também alega que o fato da viabilidade das demais provas decorrer, unicamente, da violação do sigilo telefônico não é relevante bem como não é motivo para invalidá-las. Acrescenta, ainda, que o legislador constituinte considerou inadmissíveis somente as provas ilícitas e não as provas lícitas obtidas paralela, posterior ou anteriormente.

No HC nº 73.351/SP, o ministro afirma que o princípio constitucional que veda as provas ilícitas no processo, não impede a utilização das provas regularmente colhidas como, por exemplo, a confissão do agente da

infração penal. Estas devem ser preservadas e avaliadas. Além disso, o ministro afasta a tese da contaminação das provas lícitas pelas ilícitas, uma vez que considera que, se tal tese prevalecer, o Brasil se tornaria uma paraíso dos narcotraficantes, como demonstra a passagem:

"A se levar tão longe a tese da contaminação das provas lícitas pela prova ilícita, dia virá em que o Brasil se tornará o paraíso dos narcotraficantes, pois é sabido que em todos os Países do mundo é mediante um escuta telefônica que se descobrem, depois, as provas completas do narcotráfico. Aqui ela não poderá ser utilizada (a escuta telefônica) e se o for inutilizará todas as demais" (HC nº 73.351/SP, pág. 48)

No HC nº 74.152/SP, o ministro também afasta a doutrina dos *fruits of the poisonous tree*, por entender que, no caso concreto, a interceptação telefônica realizada não desencadeou o procedimento penal, mas sim uma denúncia anônima recebida pelos investigadores policiais. Assim, não caberia invocar esta doutrina, pois não haveria contaminação, pela interceptação telefônica ilícita, do conjunto probatório.

Cabe mencionar que no HC nº 72.588/PB, somente consta a transcrição dos votos proferidos nos HC nº 69.912/RS e HC nº 73.351/SP. Conseqüentemente, o ministro alega que persiste nesse entendimento e não faz novas considerações.

Pelos votos proferidos pelo ministro Sydney Sanches, é possível classificá-lo como não adepto da tese da contaminação das provas decorrentes da prova ilícita tendo em vista que, em todos os julgados, considerou as demais provas processuais, regulares e independentes da interceptação telefônica ilícita.

Panorama do posicionamento dos ministros

Após analisar individualmente cada ministro, pôde-se verificar que alguns mantiveram a mesma linha argumentativa, isto é, demonstraram

fidelidade ao entendimento manifestado, enquanto outros assumiram posicionamentos divergentes.

Desta forma, os ministros foram classificados de acordo com o teor dos votos, conforme demonstra o quadro a seguir:

Ministros	Filiação à tese dos frutos da árvore envenenada	Não adepto à tese (contrário)	Posicionamento divergente
Carlos Velloso		X	
Celso de Mello	X		
Francisco Rezek			X
Ilmar Galvão			X
Marco Aurélio	X		
Maurício Corrêa			X
Moreira Alves		X	
Nelson Jobim			X
Néri da Silveira		X	
Octávio Gallotti		X	
Paulo Brossard		X	
Sepúlveda Pertence	X		
Sydney Sanches		X	

Os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, os quais foram classificados como adeptos da tese dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), reconheceram a ilicitude das provas decorrentes da interceptação telefônica ilícita e, conseqüentemente, a inadmissibilidade destas devido à vedação constitucional prevista no inciso LVI do artigo 5º.

Já com relação aos ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim, verifica-se que estes não adotaram um único entendimento, isto é, oscilaram entre a adesão à tese da contaminação das provas decorrentes da interceptação telefônica ilícita e à existência de provas lícitas e dissociadas desta.

Quanto aos ministros que demonstraram a não filiação à tese da ilicitude por derivação⁷², foi possível identificar os principais argumentos em defesa deste posicionamento, sendo eles:

- (a) Não existe relação entre as informações obtidas pela interceptação telefônica ilícita e as provas materiais colhidas posteriormente;

⁷² Carlos Velloso, Moreira Alves, Néri da Silveira, Octávio Gallotti, Paulo Brossard e Sydney Sanches.

- (b) Interceptação telefônica apenas confirmou ou colaborou com as investigações preliminares, sem qualquer influência na obtenção das provas seguintes;
- (c) Em sede de *habeas corpus*, não cabe o reexame probatório, ou seja, os ministros devem se basear nas informações da sentença e do acórdão impugnado;
- (d) Não cabe anular o decreto condenatório quando este não faz referência à interceptação telefônica ilícita bem como nele existem provas insusceptíveis de dúvida⁷³.

Por fim, vale ainda ressaltar a dificuldade dos ministros no tocante à identificação e reconhecimento das provas derivadas da prova ilícita. Neste sentido, a maioria dos ministros não adeptos à tese da contaminação, não considera a possibilidade das provas posteriores à interceptação telefônica ilícita, só serem viáveis devido às informações, por ela, obtidas.

Assim sendo, em muitos votos analisados, a ordem do *habeas corpus* não foi concedida sob o fundamento da independência dos elementos probatórios, isto é, caberia somente excluir as transcrições da interceptação telefônica ilícita e manter as provas posteriores, as quais seriam válidas e suficientes para a condenação.

Já, nos casos de tráfico de entorpecentes, os ministros se basearam, principalmente, na apreensão da droga, a qual demonstraria a autoria e materialidade do crime e, portanto, tal prova não poderia ser ignorada.

⁷³ Provas que confirmam a autoria e materialidade da infração penal.

5. Síntese dos argumentos

Após analisar todos os acórdãos selecionados que tratavam da interceptação telefônica ilícita e suas provas derivadas, foi possível identificar tanto argumentos favoráveis como contrários à tese dos frutos da árvore envenenada.

Tais argumentos serão expostos neste capítulo, de maneira a demonstrar quais deles justificam a aplicação dessa tese estrangeira ao contexto jurídico brasileiro bem como os que a afastam.

Cabe mencionar que a compilação dos argumentos não tem a finalidade de analisar o seu teor, mas apenas expor quais foram as considerações feitas com relação à admissibilidade ou não das provas derivadas da prova ilícita. Assim, para facilitar a compreensão, os argumentos foram agrupados de acordo com determinados assuntos, conforme demonstram os quadros a seguir.

Argumentos com base na interpretação do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal

Os argumentos assim classificados relacionam-se com a interpretação dada ao inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, para fundamentar o posicionamento do ministro quanto à admissibilidade ou não das provas derivadas da ilícita. Tratam-se, portanto, de argumentos com base na amplitude e alcance dessa norma jurídica.

Favoráveis à tese dos frutos da árvore envenenada
Ministro Celso de Mello Art. 5º, LVI, CF: assegura a cláusula do <i>due process of law</i> sob dois aspectos: (a) limita o poder persecutório e investigatório do Estado e (b) impõe o desentranhamento do processo das provas ilícitas por derivação
Ministro Marco Aurélio Art. 5º, LVI, CF: decorre do Estado Democrático de Direito, no qual se deve observar de forma estrita a ordem jurídica em vigor. Portanto não é possível que as provas que derivam de uma prova ilícita sejam admitidas, devido à proibição constitucional
Ministro Maurício Corrêa Art. 5º, LVI, CF: impossibilidade de se legitimar a procura da verdade através de qualquer fonte probatória. Assim, as provas ilícitas e as derivadas não podem ser utilizadas Art. 5º, LVI, CF: inadmissibilidade das provas colhidas em desrespeito aos princípios constitucionais, por subsunção ao conceito de inconstitucionalidade
Ministro Sepúlveda Pertence Art. 5º, LVI, CF: tese é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional das provas ilícitas, isto é, se as provas decorrentes da ilícita forem admitidas de nada serviria esta garantia

Contrários à tese dos frutos da árvore envenenada
Ministro Carlos Velloso
Art. 5º, LVI, CF: exclusão das provas decorrentes da prova ilícita viola a cláusula do <i>substantive due process</i> consagrada neste inciso ⁽⁷⁴⁾
Ministro Sydney Sanches
Art. 5º, LVI, CF: veda somente as provas ilícitas e não as provas obtidas antes, depois ou paralelamente, uma vez que estas são lícitas

Argumentos com base na autoria e materialidade da infração penal

Esses argumentos se baseiam na comprovação do evento criminoso, isto é, justificam-se pelo conhecimento da autoria e materialidade do delito. Nos acórdãos analisados, foram encontrados somente argumentos contra a tese da contaminação das provas derivadas, o que indica que um dos principais argumentos utilizados para rechaçá-la, reside, justamente, na certeza da ocorrência da infração penal.

Contrários à tese dos frutos da árvore envenenada
Ministro Néri da Silveira
Inaplicabilidade da tese dos frutos quando decorrem provas insusceptíveis de dúvida da autoria e materialidade do crime
Ministro Paulo Brossard
Não é razoável que se despreze todo o trabalho investigatório da polícia quando se trata de um traficante comprovado, pela apreensão da droga em seu poder (crime de tráfico de entorpecentes)
Ministro Sydney Sanches
Provas decorrentes da prova ilícita não podem ser afastadas quando comprovam o fato criminoso

Argumentos com base na gravidade da infração penal

Tais argumentos referem-se à invocação da gravidade do crime cometido. Para os adeptos da tese dos frutos, a sua aplicabilidade é necessária para garantir os preceitos constitucionais. Já o ministro Nelson Jobim declara que a tese não pode ser aplicada, em vista a uma garantia constitucional, quando se tratar de um crime considerado grave.

Favoráveis à tese dos frutos da árvore envenenada
Ministro Marco Aurélio
Para a manutenção da democracia não se pode colocar em plano secundário uma garantia constitucional sob o argumento <i>ad terrorem</i> do crime perpetrado
Ministro Sepúlveda Pertence

⁷⁴ O ministro não explica no que consiste esta violação.

Graduar a vedação da admissibilidade e valoração da prova ilícita, segundo a gravidade da imputação, consistiria instituir a sistemática violação da presunção de inocência em relação àqueles acusados ou suspeitos da prática de determinados crimes

Contrários à tese dos frutos da árvore envenenada

Ministro Nelson Jobim

A aplicação da tese nos crimes de tráfico de entorpecentes, homicídio e seqüestro (crimes graves) seria uma "extrapolação da proteção constitucional" (proteção do inc. LVI do art. 5º, CF)

Argumentos com base no conflito de interesses

Esses argumentos consistem na invocação, no caso concreto, da prevalência de um interesse em face à outro. Assim, mediante sopesamento dos interesses conflitantes, os ministros demonstraram a prevalência das garantias constitucionais individuais (a favor da tese) ou do interesse da coletividade, na busca da verdade real e punição do agente do fato criminoso (contra a tese).

Favoráveis à tese dos frutos da árvore envenenada

Ministro Sepúlveda Pertence

A perseguição a qualquer custo da verdade real, como única finalidade do processo penal não pode se sobrepor às garantias constitucionais

Nas situações de criminalidade grave a ponderação de interesses redundaria sistematicamente na frustração da tutela dos direitos fundamentais

Ministro Marco Aurélio

No âmbito do direito penal não se pode colocar em segundo plano as regras estabelecidas em face ao interesse da sociedade

Contrários à tese dos frutos da árvore envenenada

Ministro Carlos Velloso

Democracia contemporânea exige a compatibilização dos direitos individuais com o interesse público (interesse da sociedade deve prevalecer)

Lógica do Direito deve ser a do razoável: prevalência do interesse mais relevante quando há conflito no caso concreto

Ministro Octávio Gallotti

Aplicação do princípio da proporcionalidade quando há conflito entre duas garantias quando há conflito no caso concreto ⁽⁷⁵⁾

Ministro Néri da Silveira

Tese não pode ser aplicada, haja vista a necessidade de garantir os interesses da sociedade, na apuração dos fatos criminosos

Jurisdição criminal não pode ser exercida em total desatendimento aos superiores interesses da sociedade (punição do ilícito ocorrido)

⁷⁵ O ministro não explica o que é o princípio da proporcionalidade.

Argumentos com base no direito comparado

Os argumentos assim classificados consistem na referência à jurisprudência da Suprema Corte Americana, a qual, progressivamente, construiu a tese dos *fruits of the poisonous tree*. Frise-se que, os ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, citam os mesmos casos do Tribunal americano, para fundamentar posicionamentos divergentes.

Favoráveis à tese dos frutos da árvore envenenada
Ministro Celso de Mello
Suprema Corte Americana: utilização do <i>exclusionary rule</i> para a proteção dos réus criminais pelo banimento processual das provas produzidas ilegítima ou ilicitamente bem como as que dela decorrem
Ministro Sepúlveda Pertence
Suprema Corte Americana: Tese deve ser sempre levada às últimas conseqüências (caso <i>Wong Sun vs. United States</i> e <i>Nardone vs. United States</i>)

Contrários à tese dos frutos da árvore envenenada
Ministro Carlos Velloso
Suprema Corte Americana: utilização do critério de "algum nível mínimo de justificativa objetiva" ⁽⁷⁶⁾
Suprema Corte Americana: aplicação da tese com temperamentos (casos <i>Silverthorne vs. United States</i> - 1920; <i>Nardone vs. United States</i> - 1939; <i>Wong Sun vs. United States</i> - 1963)
Ministro Moreira Alves
Inexistência do pragmatismo dos EUA, que permite a aplicação de mitigações pragmáticas à tese dos frutos ⁽⁷⁷⁾

Argumentos com base na opinião pessoal dos ministros

Esses argumentos foram classificados conforme a manifestação da opinião pessoal do ministro, retratando certo subjetivismo deste.

Favoráveis à tese dos frutos da árvore envenenada
Ministro Ilmar Galvão
Impossibilidade da utilização das provas derivadas da interceptação telefônica ilícita "sob pena de abrir-se uma larga porta para a burla da vedação constitucional"
Ministro Marco Aurélio
Prova obtida por meio ilícito fere os padrões éticos e morais
Ministro Sepúlveda Pertence
Necessidade de impor contenção eficaz à tentação da violência de todos os organismos policiais, os quais obtêm provas por meios tão ou mais criminosos que os delitos a reprimir

Contrários à tese dos frutos da árvore envenenada
Ministro Carlos Velloso
Tese serve para encobrir delitos
Tese afasta as provas de maneira simplista

⁷⁶ A explicação deste critério consta na análise individual do ministro Carlos Velloso.

⁷⁷ A explicação deste argumento está na análise individual do ministro Moreira Alves.

Ministro Moreira Alves

Tese que determina a contaminação revela-se um "verdadeiro bill de indenidade para os criminosos" ⁽⁷⁸⁾

Ministro Nelson Jobim

A aplicação da tese é uma forma de desconstituir o existente
--

Ministro Paulo Brossard

No caso da inadmissibilidade das provas derivadas da interceptação telefônica ilícita, o Brasil se tornaria em um paraíso dos narcotraficantes, uma vez que, em grande parte dos países, a investigação desse tipo de crime, se realiza mediante quebra do sigilo telefônico
--

⁷⁸ A passagem em que esta consideração aparece não é clara, quanto ao significado de "bill de indenidade" (HC nº 69.912/RS – 1º julgamento – pág. 400).

6. Conclusão

Como pretendeu demonstrar esse trabalho, o posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal com relação às provas derivadas da interceptação telefônica ilícita, revelou-se bastante divergente.

Em um primeiro momento, foi cogitada a possibilidade de tal divergência decorrer do vácuo legislativo, uma vez que a Constituição Federal de 1988 não estipulou o tratamento jurídico das provas derivadas da prova ilícita, bem como, no plano infraconstitucional, a regulamentação somente ocorreu em 2008. Dessa forma, as provas derivadas foram expressamente banidas do processo, incorporando, ao ordenamento jurídico vigente, uma das interpretações dadas ao inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

No entanto, após analisar individualmente cada ministro, constatou-se que a ausência de disciplina legal das provas derivadas não era o principal motivo da discordância entre os ministros, mas sim a impossibilidade de alguns em identificar quais provas seriam ou não derivadas da interceptação telefônica ilícita. Assim, em alguns casos concretos, não havia o reconhecimento da existência deste tipo de prova e, por conseguinte, sob o argumento da ausência de vínculo de identidade entre a interceptação telefônica ilícita e as provas subseqüentes, estas não possuiriam o vício da ilicitude. Portanto, não caberia a invocação do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, bem como da teoria dos *fruits of the poisonous tree*, por não haver a ilicitude por derivação.

Nesse sentido, depreende-se que a aplicação da teoria dos *fruits of the poisonous tree* foi, por diversas vezes, afastada, pela alegação de que as provas processuais posteriores à quebra do sigilo telefônico seriam lícitas e autônomas. Logo, caberia, tão somente, a desconsideração da prova ilícita decorrente da violação da garantia constitucional prevista no inciso XII do artigo 5º e a manutenção dos demais elementos probatórios.

Além disso, pela análise dos acórdãos, foi possível identificar que, não obstante haja a declaração da violação do sigilo das comunicações telefônicas, alguns ministros não consideram a possibilidade da obtenção das demais provas, decorrer, exclusivamente, desta violação. Desse modo, os ministros que foram classificados como não filiados à tese dos frutos da

árvore envenenada bem como aqueles que manifestaram, em diferentes casos concretos, posicionamentos que rechaçaram tal tese, se pautam, principalmente, nas provas que comprovariam a autoria e materialidade da infração penal, sem que, para tanto, haja uma construção lógica do caminho percorrido para a sua obtenção.

Assim sendo, embora a recente alteração do Código de Processo Penal possa representar uma resposta do Poder Legislativo à divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à admissibilidade ou não das provas derivadas da prova ilícita, optando, expressamente, pela inadmissibilidade destas, não é possível afirmar que a nova redação do artigo 157 terá efeito prático. Isso ocorre tendo em vista a constante declaração da ausência de nexo de causalidade entre as provas derivadas (posteriores à ilícita) e as ilícitas, a qual ensejaria a admissibilidade daquelas.

Nesse contexto, ainda surge a dúvida quanto ao que seria exatamente uma prova derivada, isto é, quando uma prova estaria realmente vinculada à prova ilícita, bem como qual seria o alcance da ilicitude por derivação, de modo a verificar, em um caso concreto, até onde a ilicitude de uma prova se transmitiria para outra.

Essas dúvidas, ao longo do trabalho, apareceram constantemente, o que pode demonstrar como a questão da ilicitude por derivação é controversa, posta a difícil missão, do julgador, em identificá-la. Porém, tal missão não se esgota na identificação, mas sim na possibilidade de anulação de um processo condenatório, no qual se confirmou a prática criminosa. Somente assim, será possível que as garantias constitucionais sejam asseguradas.

7. Referências Bibliográficas

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O proporcional e o razoável*. In: *Revistas dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 18ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

8. Apêndice

Tabelas Individuais

Ministro Carlos Velloso

Nº do acórdão	A	B	C	D	E
HC nº 69.912/RS	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não menciona
RHC nº 72.463/SP	Não menciona	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não menciona
HC nº 72.588/PB	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não menciona	Sim / decorrentes	Não menciona	Sim
HC nº 73.510/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Sim
HC nº 74.116/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Sim
HC nº 74.299/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Sim
HC nº 75.007/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Sim
HC nº 75.497/SP	Não faz nenhuma consideração				
HC nº 77.147/BA	Acomp. o rel. Min. Néri da Silveira				

Ministro Celso de Mello

Nº do acórdão	A	B	C	D	E
HC nº 69.912/RS	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Sim / contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 72.588/PB	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Sim /Por repercussão causal	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 74.152/SP	Não menciona	Sim	Sim /Por repercussão causal	Ilícitas e decorrentes	Sim

Ministro Francisco Rezek

Nº do acórdão	A	B	C	D	E
HC nº 69.912/RS	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Sim / contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 73.101/SP	Não menciona	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Sim
HC nº 73.250/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Sim

Ministro Ilmar Galvão

Nº do acórdão	A	B	C	D	E
HC nº 69.912/RS	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Sim / contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 73.351/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Sim / contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 72.588/PB	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Não menciona	Sim
HC nº 74.530/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Ilícitas por derivação	Lícitas e	Sim

	5º)/Não			autônomas	
HC nº 74.599/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Ilícitas por derivação	Lícitas e autônomas	Sim
HC nº 74.706/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Ilícitas por derivação	Lícitas e autônomas	Sim
HC nº 74.559/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Ilícitas por derivação	Lícitas e autônomas	Sim
HC nº 75.261/SP	Não responde as perguntas				

Ministro Marco Aurélio

Nº do acórdão	A	B	C	D	E
HC nº 69.912/RS	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 73.101/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 73.351/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 73.250/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 73.510/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 74.299/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 74.116/SP	Não menciona	Sim	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Não
HC nº 75.497/SP	Não menciona	Sim	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Não
HC nº 75.007/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Não
HC nº 77.147/BA	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Não
HC nº 73.654/SP	Não menciona	Não distingue	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Não

Ministro Maurício Corrêa

Nº do acórdão	A	B	C	D	E
HC nº 73.101/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não
HC nº 73.654/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não
HC nº 73.351/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 73.510/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 72.588/PB	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 74.299/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 73.250/SP	Não menciona	Sim	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 74.116/SP	Cita HC nº 72.588/PB	Sim	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 81.154/SP	Cita HC nº 72.588/PB	Sim	Sim / Contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 75.497/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Não menciona	Lícitas e autônomas	Sim
RE nº 222.204/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Não menciona	Ilícitas e decorrentes	Não
HC nº 77.147/BA	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não

Ministro Moreira Alves

Nº do acórdão	A	B	C	D	E
HC nº69.912/RS	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Não menciona	Lícitas e autônomas	Sim
HC nº 73.351/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Inadmissíveis as provas decorrentes	Lícitas e autônomas	Não
HC nº 72.588/PB	Não menciona	Sim	CF não dispõe sobre a contaminação das provas	Lícitas e autônomas	Sim

Ministro Nelson Jobim

Nº do acórdão	A	B	C	D	E
HC nº 75.497/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Lícitas (apreensão da droga)	Não
HC nº 81.154/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Ilícitas e decorrentes (sentença nula)	Não

Ministro Néri da Silveira

Nº do acórdão	A	B	C	D	E
HC nº 69.912/RS	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não
HC nº 73.351/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não
HC nº 74.116/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não
HC nº 75.497/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não
HC nº 73.510/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não
HC nº72.588/PB	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Lícitas/CF não determina a contaminação	Lícitas e autônomas	Sim
HC nº73.250/SP	Não menciona	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não
HC nº 77.147/BA	Não menciona	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não
HC nº 73.654/SP	Não menciona	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não
HC nº 75.007/SP	Apenas concede a extensão dos efeitos do HC nº 74.116/SP				
RE nº 222.204/SP	Não menciona	Sim	Ilegítimas	Lícitas e autônomas	Não

Ministro Octávio Gallotti

Nº do acórdão	A	B	C	D	E
HC nº 69.912/RS	Não menciona	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não
HC nº 74.559/SP	Não menciona	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não
HC nº 73.351/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Não menciona	Lícitas e autônomas	Não

HC nº72.588/PB	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Não menciona	Lícitas e regulares	Não
HC nº 75.261/MG	Não menciona	Não distingue	Lícitas e não contaminadas	Lícitas e autônomas	Não

Ministro Paulo Brossard

Nº do acórdão	A	B	C	D	E
HC nº 69.912/RS	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Sim	Não distingue	Não menciona	Lícitas / Não reconhece a escuta como prova ilícita	Sim

Ministro Sepúlveda Pertence

Nº do acórdão	A	B	C	D	E
HC nº 69.912/RS	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Não distingue	Lícitas e não podem ser invalidadas	Lícitas e autônomas	Não
HC nº 73.351/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Não menciona	Lícitas	Sim
HC nº 72.588/PB	Reitera os votos proferidos no HC nº 69.912/RS e HC nº 73.351/SP				
HC nº 74.152/SP	Não menciona	Não distingue	Não menciona	Lícitas e autônomas	Sim

Ministro Sydney Sanches

Nº do acórdão	A	B	C	D	E
HC nº 69.912/RS	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Ilícitas e contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 73.351/SP	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Ilícitas e contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 72.588/PB	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Ilícitas e contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim
HC nº 75.261/MG	Não menciona	Sim	Ilícitas e contaminadas	Lícitas (produzida em benefício de vítima de seqüestro)	Sim
HC nº 80.949/RJ	Ausência de lei (inc. XII, art. 5º)/Não	Sim	Ilícitas e contaminadas	Ilícitas e decorrentes	Sim