

10/06/2008

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 93.050-6 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
PACIENTE(S) : LUIZ FELIPE DA CONCEIÇÃO RODRIGUES
IMPETRANTE(S) : GUSTAVO EID BIANCHI PRATES
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, assim resumiu e apreciou a presente impetração (fls. 148/153):

"Eis o despacho que deferiu a liminar (fls. 123-127):

DECISÃO: A presente impetração insurge-se contra decisão, que, emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, encontra-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 115):

'CRIMINAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO 'HABEAS CORPUS'. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. QUADRILHA. ACÓRDÃO BASEADO EM FATOS DIVERSOS DA PRESENTE AÇÃO PENAL. CONTRADIÇÃO VERIFICADA. DENÚNCIA BASEADA EM PROVAS ILÍCITAS. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. 'WRIT' NÃO INSTRUÍDO COM PROVAS APTAS. FISCALIZAÇÃO REALIZADA EM OUTRA EMPRESA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FATO QUE NÃO CONTAMINA O PRESENTE FEITO. AÇÃO PENAL BASEADA EM PROVAS LEGÍTIMAS. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS. EFEITOS INFRINGENTES. ORDEM DENEGADA.

1 - Evidenciado que o acórdão embargado se baseou em fatos diversos daqueles referentes à presente ação penal, torna-se necessário o reexame das alegações apresentadas pela defesa.

2 - Hipótese na qual não se extrai dos autos que a diligência fiscalizatória realizada na empresa investigada na presente ação penal tenha sido realizada sem a prévia autorização judicial.

3 - Sendo o 'habeas corpus' remédio constitucional destinado a sanar a simples ameaça ou a própria violação ao direito de ir e vir do suposto coacto, exige-se, em razão do seu rito célere, seja previamente instruído com as provas aptas e indispensáveis à imediata demonstração do constrangimento ilegal apontado, não competindo a esta Corte diligenciar no sentido de instruir o 'writ', ônus que compete exclusivamente ao impetrante.

4 - O simples fato de uma investigação ter sido desencadeada em virtude de apreensão de documento indiciário de prática delitativa, em diligência que resultou na instauração de outra ação penal, a qual, em tese foi realizada sem autorização judicial, não é suficiente, por si só, para tornar nulo o processo instaurado.

5 - Se a ação penal foi lastreada em conjunto probatório obtido de forma legítima, com a devida autorização judicial, não há que se falar em anulação do feito.

6 - Embargos declaratórios acolhidos, para, conferindo-lhes efeitos infringentes, denegar a ordem, mantendo em curso a ação penal n.º 96.0026361-2 instaurada em desfavor do paciente.'

(HC 70.960-EDcl/RJ, Rel. Des. Convocada JANE SILVA - grifei)

A parte ora impetrante, para justificar sua pretensão, **sustenta,** em síntese, que '(...) **toda a documentação** que embasa a ação penal n.º 96.0026321-2, **tal como ocorrera** com a documentação mercantil e fiscal de todos os clientes, à época, da S/A ORGANIZAÇÃO EXCELSIOR CONTABILIDADE E ADMINISTRAÇÃO, **fora obtida (ou derivada)** naquela '**irregular diligência** de busca e apreensão', **perpetrada** em 23/08/93, por AFTN's e APF's, que, **fortemente armados** e 'manu militari', **por mais que ausente** o proprietário

e sob irresistível coação dos funcionários, arrecadaram, **além** dos computadores, livros e documentos de todos os mais de 1.200 clientes dos escritórios contábeis da S/A Organização Excelsior' (fls. 29 - **grifei**).

Os fundamentos que dão suporte à **presente** ação de 'habeas corpus' **assumem** relevância jurídica, **especialmente** se examinada a controvérsia **sob a égide** da alegada **ilicitude** da prova penal **decorrente** de suposta transgressão à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, **observados**, quanto a este **último** tópico, **os parâmetros** delineados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (**RE 251.445/GO**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 'in' **Informativo/STF** nº 197, DJ 03/08/2000).

Tenho para mim, no exame **sumário** deste pedido de medida cautelar, que o v. acórdão ora questionado **contém** fragmento cujo teor, **a seguir** reproduzido (fls. 120), **parece demonstrar** que tal decisão **teria** considerado válida prova **qualificada** pela ilicitude por derivação:

'Na hipótese dos autos, todavia, a documentação que embasou o início da ação penal, consoante se verifica da peça acusatória, adveio de diligência fiscalizatória efetivada em outra empresa, qual seja, a COMPANHIA COMERCIAL E EXPORTADORA DE COUROS LTDA.

De fato, mesmo que esta diligência tenha sido desencadeada em virtude de outros documentos apreendidos na primeira operação da Receita Federal com a Polícia Federal nos escritórios da empresa S. A. ORGANIZAÇÃO EXCELSIOR E ADMINISTRAÇÃO, não é possível se extrair dos autos que a fiscalização realizada na COMPANHIA COMERCIAL E EXPORTADORA DE COUROS LTDA. tenha sido efetivada sem a prévia autorização judicial.'

Vislumbro, nessa expressiva passagem da decisão ora em exame, uma afirmação manifestamente conflitante com os critérios jurisprudenciais que o Supremo Tribunal Federal firmou em tema de prova ilícita (HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 87.907/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação:

'BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE 'CASA' - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL.

- Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes.

- Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ('invito domino'), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF).

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME

CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

- A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do 'due process of law', que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo.

- A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do 'male captum, bene retentum'. Doutrina. Precedentes.

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ('FRUITS OF THE POISONOUS TREE'): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

- Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

- A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do 'due process of law' e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

- A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos 'frutos da árvore envenenada') repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

- Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

- Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem

decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

- A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ('AN INDEPENDENT SOURCE') E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS 'SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)', v.g..' (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Sendo assim, em juízo de estrita delibação, e sem prejuízo de ulterior reexame da questão suscitada nesta sede processual, defiro o pedido de medida liminar, em ordem a suspender, cautelarmente, até final julgamento da presente ação de 'habeas corpus', o andamento do Processo-crime nº 96.00.26361-2, ora em tramitação perante a 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ.

Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (HC 70.960-EDcl/RJ), ao E. Tribunal Regional Federal/2ª Região (HC 006.02.01.006551-7, Apenso 1, fls. 122) e ao Juízo da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ (Processo-crime nº 96.00.26361-2, Apenso 1, fls. 135). (grifos no original).

Alega o impetrante, em suma, que 'toda toda a documentação que embasa a ação penal n.º 96.0026321-2, tal como ocorrera com a documentação mercantil e fiscal de todos os clientes, à época, da S/A ORGANIZAÇÃO EXCELSIOR CONTABILIDADE E ADMINISTRAÇÃO, fora obtida (ou derivada) naquela 'irregular diligência de busca e apreensão', perpetrada em 23/08/93, por AFTN's e APF's, que, fortemente armados e 'manu militari', por mais que ausente o proprietário e sob irresistível coação dos

funcionários, arrecadaram, além dos computadores, livros e documentos de todos os mais de 1.200 clientes dos escritórios contábeis da S/A Organização Excelsior.' (fl 29).

Entendo que a ordem deve ser denegada.

Primeiramente, destaco que a pretensão ora deduzida impõe amplo revolvimento probatório, incompatível com a via eleita, conforme uníssona jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal.

No tocante à questão de fundo ora questionada, conforme já consignei em outros pareceres relacionados ao ora paciente, os documentos apreendidos - livros contábeis e talões de notas fiscais - são de manutenção obrigatória pelos contribuintes e devem, sempre que exigidos, ser exibidos às autoridades fazendárias que, para o desempenho de sua atividade fiscalizadora, prescindem de autorização judicial (CF art. 145, 1º e Súmula 439). Donde a admissibilidade da apreensão da documentação cuja ilicitude é constatada no curso da fiscalização. Descabe falar em ofensa à intimidade ou à inviolabilidade do domicílio (CF art. 5º X e XI) que, como tem proclamado o Supremo Tribunal Federal, não são direitos absolutos, 'devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse social' (voto do Min. Carlos Velloso na Petição 577-DF, RTJ 148(2):367, maio 1994). Aqui se cuida de exercício de atividade econômica que, embora de livre exercício, submete-se à fiscalização do Estado, 'agente normativo e regulador da atividade econômica' (CF, arts. 170, parágrafo único, e 174). Conforme tem decidido o eg. Superior Tribunal de Justiça 'os agentes da fiscalização fazendária, no exercício de suas atribuições fiscais, podem apreender livros de registro fiscal de empresas para exame acurado da eventual ocorrência de fraude, não se exigindo para tal exibição de mandado judicial' (RHC 8.679-SC, DJU 04/10/99). Qualquer interpretação contrária, ultrapassando os limites da razoabilidade, 'significaria acabar com a competência fiscalizadora do Estado' (Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito USP, São Paulo, 88:452, 1993).

Isso posto, opino pela denegação da ordem."

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): A presente impetração **insurge-se** contra decisão, que, **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, **encontra-se consubstanciada** em acórdão **assim** ementado (fls. 115):

"CRIMINAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO 'HABEAS CORPUS'. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. QUADRILHA. ACÓRDÃO BASEADO EM FATOS DIVERSOS DA PRESENTE AÇÃO PENAL. CONTRADIÇÃO VERIFICADA. DENÚNCIA BASEADA EM PROVAS ILÍCITAS. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. 'WRIT' NÃO INSTRUÍDO COM PROVAS APTAS. FISCALIZAÇÃO REALIZADA EM OUTRA EMPRESA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FATO QUE NÃO CONTAMINA O PRESENTE FEITO. AÇÃO PENAL BASEADA EM PROVAS LEGÍTIMAS. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS. EFEITOS INFRINGENTES. ORDEM DENEGADA.

1 - **Evidenciado** que o acórdão embargado se baseou em fatos diversos daqueles referentes à presente ação penal, torna-se necessário o reexame das alegações apresentadas pela defesa.

2 - **Hipótese** na qual não se extrai dos autos que a diligência fiscalizatória realizada na empresa investigada na presente ação penal tenha sido realizada sem a prévia autorização judicial.

3 - **Sendo** o 'habeas corpus' remédio constitucional destinado a sanar a simples ameaça ou a própria violação ao direito de ir e vir do suposto coacto, exige-se, em razão do seu rito célere, seja previamente instruído com as provas aptas e indispensáveis à imediata demonstração do constrangimento ilegal apontado, não competindo a esta Corte diligenciar no sentido de instruir o 'writ', ônus que compete exclusivamente ao impetrante.

4 - **O simples fato** de uma investigação ter sido desencadeada em virtude de apreensão de documento indiciário de prática delitativa, em diligência que resultou na instauração de outra ação penal, a qual, em tese foi realizada sem autorização judicial, não é

suficiente, por si só, para tornar nulo o processo instaurado.

5 - Se a ação penal foi lastreada em conjunto probatório obtido de forma legítima, com a devida autorização judicial, não há que se falar em anulação do feito.

6 - Embargos declaratórios acolhidos, para, conferindo-lhes efeitos infringentes, denegar a ordem, mantendo em curso a ação penal n.º 96.0026361-2 instaurada em desfavor do paciente."

(**HC 70.960-EDcl/RJ**, Rel. Des. Convocada JANE SILVA - grifei)

A parte ora impetrante, para justificar sua pretensão, sustenta, em síntese, que "(...) toda a documentação que embasa a ação penal n.º 96.0026321-2, **tal como ocorrera** com a documentação mercantil e fiscal de todos os clientes, à época, da S/A ORGANIZAÇÃO EXCELSIOR CONTABILIDADE E ADMINISTRAÇÃO, **fora obtida (ou derivada)** naquela **'irregular diligência** de busca e apreensão', **perpetrada** em 23/08/93, por AFTN's e APF's, que, **fortemente armados** e 'manu militari', **por mais que ausente** o proprietário e **sob irresistível coação** dos funcionários, arrecadaram, **além** dos computadores, livros e documentos de todos os mais de 1.200 clientes dos escritórios contábeis da S/A Organização Excelsior" (fls. 29 - grifei).

Os fundamentos que dão suporte à **presente** ação de "habeas corpus" **assumem** relevância jurídica, **especialmente** se examinada a controvérsia **sob a égide** da alegada **ilicitude** da prova penal **decorrente** de suposta transgressão à garantia constitucional

da inviolabilidade domiciliar, observados, quanto a este último tópico, os parâmetros delineados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 251.445/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF n° 197, DJ 03/08/2000).

Cabe destacar, por relevante, que esta colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, impetrado em favor do ora paciente, proferiu decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

"FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) - SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE 'CASA' - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA EM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - 'HABEAS CORPUS' DEFERIDO.

ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS.

- Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos

contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional.

- A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, 'respeitados os direitos individuais e nos termos da lei' (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado.

A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - CONCEITO DE 'CASA' PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI).

- Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, 'embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita' (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes.

- Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ('invito domino'), ingressar, durante o dia, sem

mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, **sob pena** de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada **reputar-se inadmissível**, porque **impregnada** de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF).

- O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do 'privilège du préalable', **não prevalece** sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, **ainda que se cuide** de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes.

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

- A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, **para revestir-se** de legitimidade, **não pode apoiar-se** em elementos probatórios ilicitamente obtidos, **sob pena** de ofensa à garantia constitucional do 'due process of law', **que tem**, no dogma da **inadmissibilidade** das provas ilícitas, **uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras** no plano do nosso sistema de direito positivo. A 'Exclusionary Rule' **consagrada** pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América **como limitação** ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal.

- A Constituição da República, em norma **revestida** de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados **que regem** uma sociedade **fundada** em bases democráticas (CF, art. 1º), **qualquer prova** cuja obtenção, pelo Poder Público, **derive de transgressão** a cláusulas de ordem constitucional, **repelindo**, por isso mesmo, **quaisquer** elementos probatórios **que resultem** de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), **não prevalecendo**, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, **em matéria** de atividade probatória, **a fórmula autoritária** do 'male captum, bene retentum'. Doutrina. Precedentes.

- **A circunstância** de a administração estatal **achar-se investida** de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária **não a exonera** do dever de observar, **para efeito do legítimo desempenho** de tais prerrogativas, **os limites** impostos pela Constituição e pelas leis da República, **sob pena** de os órgãos governamentais **incidirem em frontal desrespeito** às garantias **constitucionalmente** asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular.

- **Os procedimentos dos agentes** da administração tributária **que contrariam** os postulados consagrados pela Constituição da República **revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados** pelo Supremo Tribunal Federal, **sob pena de inadmissível subversão** dos postulados constitucionais **que definem**, de modo estrito, **os limites - inultrapassáveis -** que restringem os poderes do Estado **em suas relações** com os contribuintes e com terceiros."

Tenho para mim, no exame deste pedido, que o v. acórdão ora questionado **contém** fragmento cujo teor, **a seguir** reproduzido (fls. 120), **demonstra** que tal decisão **considerou válida** prova **tisnada** pela ilicitude **por derivação**:

"Na hipótese dos autos, todavia, a documentação que embasou o início da ação penal, **consoante se verifica da peça acusatória, adveio de diligência fiscalizatória** efetivada em outra empresa, **qual seja**, a COMPANHIA COMERCIAL E EXPORTADORA DE COUROS LTDA.

De fato, mesmo que esta diligência tenha sido desencadeada em virtude de outros documentos apreendidos na primeira operação da Receita Federal com a Polícia Federal nos escritórios da empresa S. A. ORGANIZAÇÃO EXCELSIOR E ADMINISTRAÇÃO, **não é possível se extrair** dos autos que a fiscalização realizada na COMPANHIA COMERCIAL E EXPORTADORA DE COUROS LTDA. tenha sido efetivada sem a prévia autorização judicial."
(grifei)

Como destaquei na ocasião do julgamento em referência (HC 82.788/RJ), a transgressão, pelo Poder Público, ainda que em sede de fiscalização tributária, das restrições e das garantias constitucionalmente estabelecidas em favor dos contribuintes (e de terceiros) culmina por gerar a ilicitude da prova eventualmente obtida no curso das diligências estatais, o que provoca, como direta conseqüência desse gesto de infidelidade às limitações impostas pela Lei Fundamental, a própria inadmissibilidade processual dos elementos probatórios assim coligidos.

Impõe-se relembrar, bem por isso, Senhores Ministros, até mesmo como fator de expressiva conquista (e preservação) dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

A norma inscrita no art. 5º, LVI, da vigente Lei Fundamental consagrou, entre nós, o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada - e repudiada sempre (MAURO CAPPELLETTI, "Efficacia di prove illegittimamente ammesse e

HC 93.050 / RJ

comportamento della parte", "in" *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; VICENZO VIGORITI, "**Prove illecite e Costituzione**", "in" *Rivista di Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968) - **pelos juízes e Tribunais**, "*por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (...)*" (ADA PELLEGRINI GRINOVER, "**Novas Tendências do Direito Processual**" p. 62, 1990, Forense Universitária).

A cláusula constitucional do "*due process of law*" - **que se destina** a garantir a pessoa do acusado **contra** ações eventualmente abusivas do Poder Público - **tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas**, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, **na medida** em que o réu tem o **impostergável** direito **de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado** com apoio em elementos instrutórios obtidos **ou produzidos de forma incompatível** com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório **e** ao poder investigatório do Estado.

A absoluta invalidade da prova ilícita **infirmar-lhe**, de modo radical, **a eficácia demonstrativa** dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. **Trata-se** de consequência que deriva, **necessariamente**, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo (**notadamente** em juízo penal)

HC 93.050 / RJ

e que **exclui**, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova - **de qualquer prova** - cuja **ilicitude** venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário.

A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, **prova ilícita é prova imprestável.** Não se reveste, por essa explícita razão, de **qualquer** aptidão jurídico-material. **A prova ilícita**, qualificando-se como providência instrutória **repelida** pelo ordenamento constitucional, **apresenta-se destituída** de qualquer grau, **por mínimo que seja**, de eficácia jurídica.

Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, **que a "exclusionary rule"** - considerada essencial, pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, **na definição dos limites da atividade probatória** desenvolvida pelo Estado - **destina-se a proteger os réus**, em sede processual penal, **contra a ilegítima** produção **ou a ilegal** colheita de prova incriminadora (**Weeks v. United States**, 232 U.S. 383, 1914 - **Garrity v. New Jersey**, 385 U.S. 493, 1967 - **Mapp v. Ohio**, 367 U.S. 643, 1961 - **Wong Sun v. United States**, 371 U.S. 471, 1962, v.g.), **impondo**, em atenção ao princípio do "*due process of law*", **o banimento processual de quaisquer evidências** que tenham sido **ilicitamente** coligidas pelo Poder Público.

No contexto do sistema constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o sentido e o alcance do art. 5º, LVI, da Carta Política, tem repudiado quaisquer elementos de informação, desautorizando-lhes o valor probante, sempre que a obtenção dos dados probatórios resultar de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), ainda que se cuide, como sucede na espécie, de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508).

Foi por tal razão que esta Corte Suprema, quando do julgamento plenário da AP 307/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, desqualificou, por ilícita, prova cuja obtenção decorrera do desrespeito, por parte de autoridades públicas, da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar (RTJ 162/4, item n. 1.1).

Cabe referir, neste ponto, o magistério de ADA PELLEGRINI GRINOVER ("Liberdades Públicas e Processo Penal", p. 151, itens ns. 7 e 8, 2ª ed., 1982, RT), para quem - tratando-se de prova ilícita, especialmente daquela cuja produção derivar de ofensa a cláusulas de ordem constitucional - não se revelará aceitável, para

efeito de sua admissibilidade, a invocação do critério de razoabilidade do direito norte-americano, que corresponde ao princípio da proporcionalidade do direito germânico, mostrando-se indiferente a indagação sobre quem praticou o ato ilícito de que se originou o dado probatório questionado:

"A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros.

Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil.

.....
Nesta colocação, não parece aceitável (embora sugestivo) o critério de 'razoabilidade' do direito norte-americano, correspondente ao princípio de 'proporcionalidade' do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana.

A mitigação do rigor da admissibilidade das provas ilícitas deve ser feita através da análise da própria norma material violada: (...) sempre que a violação se der com relação aos direitos fundamentais e a suas garantias, não haverá como invocar-se o princípio da proporcionalidade." (grifei)

Essa mesma orientação é registrada por VÂNIA SICILIANO AIETA ("A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental", p. 191, item n. 4.4.6.4, 1999, Lumen Juris), cujo lúcido magistério também reconhece que, "Atualmente, a teoria majoritariamente aceita é a da inadmissibilidade processual das provas ilícitas (colhidas com lesões a princípios constitucionais), sendo irrelevante a averiguação, se o ilícito foi cometido por agente público, ou por agente particular, porque, em ambos os casos, lesa princípios constitucionais" (grifei).

Por isso mesmo, Senhores Ministros, assume inegável relevo, na repulsa à "crescente predisposição para flexibilização dos comandos constitucionais aplicáveis na matéria", a advertência de LUIS ROBERTO BARROSO, que, em texto escrito com a colaboração de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas" "in" RDA 213/149-163), rejeita, com absoluta correção, qualquer tipo de prova obtida por meio ilícito, demonstrando, ainda, o gravíssimo risco de se admitir essa espécie de evidência com apoio no princípio da proporcionalidade:

"O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País.

.....

Embora a idéia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de lege ferenda, enveredar por flexibilizações arriscadas." (grifei)

Também corretamente sustentando a tese de que o Estado não pode, especialmente em sede processual penal, valer-se de provas ilícitas contra o acusado, mesmo que sob invocação do princípio da proporcionalidade, impõe-se relembrar o entendimento de EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO ("O Direito à Defesa na Constituição", p. 54/56, item n. 5.9, 1994, Saraiva) e de GUILHERME SILVA BARBOSA FREGAPANI ("Prova Ilícita no Direito Pátrio e no Direito Comparado", "in" Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios nº 6/231-235).

Cabe ter presente, também, por necessário, que o princípio da proporcionalidade, em sendo alegado pelo Poder Público, não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos.

Esse postulado, portanto, não deve ser invocado **nem** aplicado **indiscriminadamente** pelos órgãos do Estado, **ainda mais** quando se acharem expostos, a clara situação de risco, **como sucede** na espécie, **direitos fundamentais** assegurados pela Constituição.

Sob tal perspectiva, portanto, Senhores Ministros, tenho como incensurável a advertência feita por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO ("**Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988**", p. 249/266, "in" "**Os 10 Anos da Constituição Federal**", **coordenação** de ALEXANDRE DE MORAES, 1999, Atlas):

"Após dez anos de vigência do texto constitucional, persistem as resistências doutrinárias e dos tribunais à proibição categórica e absoluta do ingresso, no processo, das provas obtidas com violação do direito material.

Isso decorre, a nosso ver, em primeiro lugar, de uma equivocada compreensão do princípio do livre convencimento do juiz, que não pode significar liberdade absoluta na condução do procedimento probatório nem julgamento desvinculado de regras legais. Tal princípio tem seu âmbito de operatividade restrito ao momento da valoração das provas, que deve incidir sobre material constituído por elementos admissíveis e regularmente incorporados ao processo.

De outro lado, a preocupação em fornecer respostas prontas e eficazes às formas mais graves de criminalidade tem igualmente levado à admissão de provas maculadas pela ilicitude, sob a justificativa da proporcionalidade ou razoabilidade. Conquanto não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional. Ademais, certamente

não será com o incentivo às práticas ilegais que se poderá alcançar resultado positivo na repressão da criminalidade.” (grifei)

Nem se diga, como o fez o E. Superior Tribunal de Justiça (fls. 120), que a prova penal ulteriormente colhida, ainda que resultante de ilicitude originária, apresentar-se-ia válida.

Na realidade, o defeito inquinador da validade jurídica da prova penal em questão, surgido com desrespeito à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, projetou-se, com evidente repercussão causal, sobre os demais elementos probatórios, que, não obstante produzidos, em momento superveniente, de modo (aparentemente) legítimo, achavam-se contaminados pelo vício da ilicitude de origem, não havendo que se cogitar, desse modo, na espécie, da existência de fontes autônomas de revelação da prova e que, sem qualquer relação causal com a prova originariamente ilícita, pudessem dar suporte independente e legitimador à formulação de um juízo condenatório.

É indisputável, portanto, examinada a questão sob tal perspectiva, que a prova ilícita, no caso, por constituir prova juridicamente inidônea, contaminou todos os demais elementos de informação que dela resultaram, e que foram coligidos em momento

HC 93.050 / RJ

ulterior, de maneira aparentemente válida, pelos órgãos da persecução penal.

A ilicitude originária da prova, nesse particular contexto, transmitiu-se, por repercussão, a outros dados probatórios que **nela** se apoiaram, ou que **dela** derivaram, ou que **nela** encontraram o seu fundamento causal.

ADA PELLEGRINI GRINOVER (**"A Eficácia dos Atos Processuais à luz da Constituição Federal"**, vol. 37/46-47, 1992, "in" RPGESP), ao versar o tema das limitações que, fundadas em regra de exclusão, incidem sobre o direito à prova, analisa a questão da ilicitude - mesmo da ilicitude por derivação - dos elementos instrutórios produzidos em sede processual, em lição da qual destaco:

"A Constituição brasileira toma posição firme, aparentemente absoluta, no sentido da proibição de admissibilidade das provas ilícitas. Mas, nesse ponto, é necessário levantar alguns aspectos: quase todos os ordenamentos afastam a admissibilidade processual das provas ilícitas. Mas ainda existem dois pontos de grande divergência: o primeiro deles é o de se saber se inadmissível no processo é somente a prova, obtida por meios ilícitos, ou se é também inadmissível a prova, lícitamente colhida, mas a cujo conhecimento se chegou por intermédio da prova ilícita.

Imagine-se uma confissão extorquida sob tortura, na qual o acusado ou indiciado indica o nome do comparsa

ou da testemunha que, ouvidos sem nenhuma coação, venham a corroborar aquele depoimento.

Imaginem uma interceptação telefônica clandestina, portanto ilícita, **pela qual** se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. **Essas provas são 'ilícitas por derivação', porque, em si mesmas lícitas, são oriundas e obtidas por intermédio da ilícita. A jurisprudência norte-americana utilizou a imagem dos frutos da árvore envenenada, que comunica o seu veneno a todos os frutos. (...)." (grifei)**

Incensurável a análise que, **deste tema**, fez o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, **em voto proferido**, como Relator, **no julgamento do HC 69.912/RS (RTJ 155/508, 515):**

"Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do 'fruit of the poisonous tree' é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.

De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria 'degravação' das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.

.....
Na espécie, é inegável que só as informações extraídas da escuta telefônica indevidamente autorizada é que viabilizaram o flagrante e a apreensão da droga, elementos também decisivos, de sua vez, na construção lógica da imputação formulada na denúncia, assim como na fundamentação nas decisões condenatórias.

Dada essa patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subsequentemente colhidas, **não é possível apegar-se a essas últimas - frutos da operação ilícita inicial -**

sem, de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada.” (grifei)

Nem cabe considerar, ainda, na espécie, mesmo como simples favor dialético, a questão da autonomia das fontes probatórias, pois os novos elementos de informação produzidos nos autos resultaram, diretamente, da prova penal afetada pelo vício originário da ilicitude, expondo-se, em conseqüência, à censura da jurisprudência constitucional desta Suprema Corte.

Irrecusável, por isso mesmo, que a absoluta ineficácia probatória dos elementos de convicção - cuja apuração decorreu, em sua própria origem, de comportamento ilícito dos agentes estatais - torna imprestável a prova penal em questão, inibindo-lhe, assim, a possibilidade de atuar como suporte legitimador de qualquer decreto judicial de condenação penal, que, também, por sua vez, não poderá apoiar-se em outros elementos de convicção dela decorrentes.

Esse entendimento, Senhores Ministros, que constitui a expressão mesma da teoria dos “frutos da árvore envenenada” (“*fruits of the poisonous tree*”) - firmada e desenvolvida na prática jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (“*Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939); Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963); Weeks v. United States, 232 U.S. 383*

HC 93.050 / RJ

(1914); *Payton v. New York*, 445 **U.S.** 573 (1980)”), **atenuada**, porém, **quando** o Poder Público, **não obstante** a ilicitude originária de determinada prova, **consegue demonstrar** que obteve, **legitimamente**, os **novos** elementos de informação **a partir** de uma “*independent source*” ou fonte autônoma de prova (“*Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 **U.S.** 385 (1920); *Segura v. United States*, 468 **U.S.** 796 (1984); *Nix v. Williams*, 467 **U.S.** 431 (1984); *Murray v. United States*, 487 **U.S.** 533 (1988)”, v.g.) - **encontra pleno suporte** na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 155/508**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - **RTJ 164/950**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - **RTJ 168/543-544**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - **RTJ 176/735-736**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - **HC 74.116/SP**, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA - **HC 82.788/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“(…) **3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são ‘exclusivamente’ delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente.**

4. Inexistência, nos autos do processo-crime, **de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita**, que permita o prosseguimento do processo.

5. ‘Habeas-corpus’ conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5.”

(**HC 72.588/PB**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - grifei)

"A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ('FRUITS OF THE POISONOUS E. Tribunal Regional Eleitoral de') : A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

- Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

- A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do 'due process of law' e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

- A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos 'frutos da árvore envenenada') repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

- Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

- Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

- A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ('AN INDEPENDENT SOURCE') E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS 'SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)', v.g."
(RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Tal orientação, Senhores Ministros, é também acolhida pelo magistério da doutrina (ALEXANDRE DE MORAES, "Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", p. 386, item n. 5.102, 6ª ed., 2006, Atlas; FERNANDO CAPEZ, "Curso de Processo Penal", p. 304, item n. 17.2.4.5, 13ª ed., 2006, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, "Código de Processo Penal Interpretado", p. 401, item n. 155.4, 7ª ed., 2000, Atlas; RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA, "Provas Ilícitas: Limites à Licidade Probatória", p. 78, item n. 3.1, 2ª ed., 2004, Lumen Juris; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "Código de Processo Penal Comentado", p. 340/341, item n. 5, 4ª ed., 2005, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, "Ordem Judicial de Busca Apreensão e Ilicitude da Prova dela Extrapolante", "in" RT 848/457-470, 468-469; LENIO LUIZ STRECK, "As Interceptações

Telefônicas e os Direitos Fundamentais", p. 92, item n. 13.2, 1997, Livraria do Advogado), valendo referir, ante o relevo de suas observações, a lição de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO ("**Código de Processo Penal Comentado**", vol. 1/474-476, 9ª ed., 2005, Saraiva):

"Não só as provas obtidas ilicitamente são proibidas (busca domiciliar sem mandado judicial, escuta telefônica sem autorização da autoridade judiciária competente, obtenção de confissões mediante toda sorte de violência etc.), como também as denominadas 'provas ilícitas por derivação'.

Na verdade, ao lado das provas ilícitas, há a doutrina do 'fruit of the poisonous tree', ou simplesmente 'fruit doctrine' - 'fruto da árvore envenenada' -, adotada nos Estados Unidos desde 1914 para os Tribunais Federais, e, nos Estados, por imperativo constitucional, desde 1961, e que teve sua maior repercussão no caso 'Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 US 385 (1920)', quando a Corte decidiu que o Estado não podia intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal. Mediante tortura (conduta ilícita), obtém-se informação da localização da 'res furtiva', que é apreendida regularmente. Mediante escuta telefônica (prova ilícita), obtém-se informação do lugar em que se encontra o entorpecente, que, a seguir, é apreendido com todas as formalidades legais... Assim, a obtenção ilícita daquela informação se projeta sobre a diligência de busca e apreensão, aparentemente legal, mareando-a, nela transfundindo o estigma da ilicitude penal. Nisso consiste a doutrina do 'fruto da árvore envenenada'. Os Tribunais norte-americanos têm se valido dessa doutrina 'com a finalidade de reafirmar os fundamentos éticos e dissuasivos da ilegalidade estatal em que se baseia aquela regra'. Aliás, a Suprema Corte tem sufragado a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou da doutrina denominada 'fruits of the poisonous tree'. No HC 69.912-RS, o Ministro Sepúlveda Pertence, como Relator, observou:

'Vedar que se possa trazer ao processo a própria 'degravação' das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular, e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas... E finalizando: ou se leva às últimas conseqüências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida' ('Informativo STF' n. 36, de 21-6-1996). No HC 73.351/SP, o STF, **concedendo** o 'writ', **observou** que 'a prova ilícita contaminou as provas obtidas a partir dela. A apreensão dos 80 quilos de cocaína só foi possível em virtude de interceptação telefônica...' ('Informativo STF' n. 30, de 15-5-1996).

E a sanção processual para as provas inadmissíveis é a sua imprestabilidade ou, na linguagem do novo 'Codice de Procedura Penale', art. 191, sua 'non utilizzabilità' (art. 191, 1: 'Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento').

Ninguém pode ser acusado ou julgado com base em provas ilícitas. Ressalte-se que a exigência do 'due process of law' **destina-se** a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado e a colocá-la sob a imediata proteção das leis.

Aliás o Pretório Excelso já decidiu que, '...os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal...' (RTJ, 122/47)

E se, por acaso, em decorrência de prova obtida ilicitamente, por exemplo, um depoimento conseguido mediante tortura, a Polícia se dirige ao verdadeiro culpado, e este, sem a menor resistência, confessa o crime? **E se** durante busca domiciliar realizada sem mandado judicial, uma empregada da casa, sem qualquer atitude agressiva da Polícia, delata o criminoso ou indica o lugar onde se encontra o entorpecente procurado? E, uma vez procurado o criminoso, este, sem qualquer coação, reconhece a sua culpa ou, no outro exemplo, indo a Polícia ao local onde o objeto procurado deveria estar, é encontrado e apreendido? **'Quid inde'**? Será que a ilegalidade inicial (tortura da

testemunha, busca domiciliar ao arrepio da lei), se projeta sobre outras provas obtidas a partir daquela ilegalidade ou em decorrência dela? **Dir-se-á** que a confissão do criminoso e o depoimento da testemunha foram prestados com inteira liberdade, e, **por isso mesmo, constituíram fontes independentes. Mas, se houver outras provas consideradas autônomas, isto é, colhidas sem necessidade dos elementos informativos, revelados pela prova ilícita, não haverá invalidade do processo. Disse-o o STF no HC 76.231-RJ ('Informativo', STF n. 115)." (grifei)**

Não se desconhece, como previamente salientado, que, **tratando-se** de elementos probatórios **absolutamente desvinculados** da prova **originariamente** ilícita, **com esta não mantendo** qualquer relação de dependência, **revelando-se**, ao contrário, **impregnados** de plena autonomia, **não se aplica**, quanto a eles, **a doutrina** da ilicitude por derivação, **por se cuidar**, na espécie, **de evidência fundada em uma fonte autônoma de conhecimento** ("an independent source"), **como o demonstram julgados de outras** Cortes judiciais (**HC 40.089-AgR/MG**, Rel. Min. FELIX FISCHER - **HC 43.944/SP**, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA - **HC 60.584/RN**, Rel. Min. GILSON DIPP, v.g.), **inclusive decisões emanadas desta Suprema Corte** (**HC 74.116/SP**, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA - **HC 75.497/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - **RHC 85.254/RJ**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - **RHC 85.286/SP**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA):

**" 'HABEAS-CORPUS' SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.
RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL.**

INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQÜENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA.

1. **Eventuais vícios** do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. **Inaplicabilidade** da teoria da árvore dos frutos envenenados ('fruits of the poisonous tree'). **Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo.**

2. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do 'writ'.

Ordem denegada."

(**RTJ 191/598**, Rel. Min. EROS GRAU - grifei)

Ocorre, no entanto, como **anteriormente** referido (**e enfatizado**), que os **novos** elementos de prova produzidos na causa penal **não possuem autonomia em face** da prova **originariamente comprometida pelo vício** da inconstitucionalidade. **É que** tais novos meios de prova **guardam direta, estreita e imediata** vinculação causal **com** os elementos de informação que **somente** foram obtidos **em virtude do desrespeito** ao princípio **que protege** a inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI).

Inteiramente aplicável, desse modo, **ao caso** ora em exame, **a doutrina da ilicitude por derivação, que repudia**, por constitucionalmente inadmissíveis, **os meios probatórios**, que, **não obstante** produzidos, **validamente**, em momento ulterior, **acham-se**

afetados, no entanto, por efeito de repercussão causal, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os de modo irremissível.

Em suma: a Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "*male captum, bene retentum*".

Entendo, pois, revestida de plena viabilidade jurídica a presente impetração, razão pela qual adoto, como razão de decidir, os mesmos fundamentos que expus no julgamento do HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, defiro o pedido de "*habeas corpus*", em ordem a invalidar, desde a denúncia, inclusive, o processo penal instaurado contra o

HC 93.050 / RJ

ora paciente e que, atuado sob nº 96.00.26361-2 (Apenso 01, fls. 135), acha-se em tramitação perante a 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, sem prejuízo da renovação da "*persecutio criminis*", desde que não transgredida a cláusula constitucional que veda a utilização, em juízo, de provas ilícitas.

É o meu voto.