

TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA: ORIGENS E APLICAÇÃO NA REALIDADE BRASILEIRA¹

Tawiny Gonçalves Schaucoski²

Resumo: Este artigo objetiva analisar o art. 157 do Código de Processo Penal, que, após as reformas de 2008, passou a prever infraconstitucionalmente o Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita, bem como positivou entendimento jurisprudencial no sentido de aplicar no Brasil a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, originária da Suprema Corte Americana. A redação do referido artigo, tanto do *caput*, quanto de seus parágrafos, sofreu duras críticas por parte da doutrina, tanto no que se refere à regulamentação do Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita, quanto às exceções à aplicabilidade da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada no processo, suscitando-se, inclusive, inconstitucionalidades. O assunto está longe de encontrar pacificidade, mas o instituto vem sendo aplicado nos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Prova. Ilícita. Derivação. Inadmissibilidade. Exceções.

Abstract: This paper aims to analyze the Article 157 of the Code of Criminal Procedure, which, after the 2008 reforms, embodied in infra-constitutional rules the Principle of Inadmissibility of Illegal Evidence. Moreover, these same reforms were positivized in the jurisprudential understanding in order to apply the Fruits of the Poisonous Tree Doctrine (from the US Supreme Court) in the Brazilian legal environment. The article's composition, including its *caput*, was object of criticism in the academic environment. The ordinance of the Principle of Inadmissibility of Illegal Evidence and the applicability of the exceptions of the Fruits of the Poisonous Tree Doctrine has been the focus of the critics - possibles unconstitutionality are mentioned by them. Although the institute has been applied in the Superior Courts, the peacefulness around the theme is far from to be found.

Keywords: Evidence. Illicit. Derivation. Inadmissibility. Exceptions.

Introdução

Este artigo objetiva analisar a nova redação dada ao art. 157 do Código de Processo Penal pela Lei n.º 11.690/08, em especial seu §1º, que estendeu o Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita àquelas provas que, em que pese licitamente obtidas, tornam-se igualmente inaceitáveis em virtude de contaminação por prova ilícita originária. Pretende explicar as exceções previstas neste mesmo parágrafo, expor as críticas doutrinárias

¹Artigo científico elaborado como trabalho de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal – ESMAFESC 2016.

²Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus; Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo-Sul Catarinense (UNESC); Ex-servidora do Ministério Público do Estado de Santa Catarina; Analista do MPU/Apoio Jurídico/Direito, no Ministério Público do Trabalho (PRT 12ª Região).

acerca do tema e demonstrar de que forma vem sendo aplicada a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada na jurisprudência pátria.

Inicialmente, serão apresentadas noções introdutórias acerca do instituto da prova no Processo Penal. Em seguida, tratar-se-á da prova ilícita e suas implicações, tangendo-se breves considerações sobre o Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita. Por fim, adentra-se à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

Discorrer-se-á as origens, os fundamentos e algumas das limitações construídas pela Suprema Corte Americana, bem como sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, a qual se deu, inicialmente, através da jurisprudência dos Tribunais Superiores, até a edição da Lei n. 11.690/08, que positivou, no art. 157 do Código de Processo Penal, a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação.

As exceções à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação na realidade brasileira, previstas também no art. 157 do CPP, em seu §1º, serão apreciadas e, em contraponto, apresentar-se-á as críticas doutrinárias que o legislador recebeu neste aspecto, seja em razão de obviedade, erro técnico ou até mesmo inconstitucionalidade dos dispositivos legais.

O presente estudo mostra-se essencial diante da influência que a admissão ou não de uma prova pode ter no convencimento do magistrado e, principalmente, os reflexos que a decisão terá na vida do réu, pois a prova valorada (ou não) pode tanto privá-lo de sua liberdade por longos anos, quanto declarar sua inocência, absolvendo-o.

De igual forma influi a admissão desses tipos de prova na sociedade em geral, que incumbiu ao Estado a função de punir delitos e trazer a paz social. A prova, sendo ela valorada ou não, a depender da situação, pode culminar na impunidade, sensação de insegurança e falta de confiança no aparato estatal ou, ao contrário, pode condenar o réu mediante uma ação ilegítima.

1 A prova: noções introdutórias

A prova, segundo Rangel³, é “[...] o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa”.

Oliveira⁴ apresenta um conceito estritamente relacionado ao objetivo principal da prova, qual seja: alcançar a verdade real.

³RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 442.

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*.

Nucci⁵ diz que “[...] é preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o que é verdadeiro para uns, pode ser falso para outros”. Cabe à parte provar, da melhor maneira possível, a *sua* verdade no processo, buscando convencer o juiz a proferir decisão a seu favor, ainda que esta não corresponda ao que efetivamente ocorreu.

No que tange à finalidade da prova no processo penal, é possível depreender que esta se relaciona intimamente com os mais relevantes princípios regentes de Direito Processual Penal, dos quais se destaca o Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita.

Este princípio está previsto na CF/88, em seu artigo 5º, inciso LVI, no rol de direitos e garantias fundamentais, a saber: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”⁶.

Segundo Moraes⁷,

(...) as provas *ilícitas* são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas *ilegítimas* são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas *ilegais* seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

Este princípio restringe significativamente o livre convencimento do magistrado, pois este, absolutamente, não poderia valorar este tipo de prova para formação de seu convencimento, sob pena de nulidade da sentença.

As reformas no Código de Processo Penal, promovidas pela Lei n. 11.690/08, trouxeram em lei infraconstitucional o Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita, em seu art. 157, *caput*. Além disso, no §1º do citado artigo, passou a ser expressa a proibição da Prova Ilícita por Derivação (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), instituto que, até então, era abordado apenas em sede jurisprudencial, com origem na Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

É o que se estudará a seguir.

⁴OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 327.

⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 336.

⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁷MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 114-115.

2. Prova Ilícita por Derivação

O art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal⁸, assim dispõe:

Art. 157 [...]

§ 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.

As reformas no Código de Processo Penal consolidaram posição jurisprudencial que já vinha sendo adotada no país, em especial pelo Pretório Excelso, de impossibilitar a utilização de provas derivadas das ilícitas no processo.

Mas, afinal, o que seriam provas ilícitas por derivação?

Lima⁹ conceitua como “[...] meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal”.

Segundo a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, “[...] o vício da planta se transmite a todos os seus frutos”, ou seja, a ilicitude da origem contamina todas as suas derivações¹⁰.

Estudar o instituto da prova ilícita por derivação sob o viés da Suprema Corte Americana possibilitará entender, *a posteriori*, as críticas feitas pelos doutrinadores pátrios, que afirmam ter havido uma “deturpação” no sentido original da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*) e de suas exceções às regras de exclusão (*exclusionary rules*). Os próximos tópicos trarão à baila este assunto.

2.1. A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada: origens

O conceito original de provas derivadas das ilícitas adveio de um precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o caso *Silverthorne Lumber Co. v. US*, de 1920.

Feitoza¹¹ explica em sua obra referido *case*:

⁸BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁹LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 589.

¹⁰GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 128.

¹¹FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 726.

No caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* (1920), a Suprema Corte considerou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. O “princípio da exclusão” seria aplicável a todas as provas contaminadas pela busca inconstitucional.

Lima¹² explana que neste precedente foi construído um conceito de prova ilícita por derivação, mas que, posteriormente, no julgamento do caso *Nardone v. US*, de 1939, restou criada a teoria dos frutos da árvore envenenada (em inglês, *fruits of the poisonous tree* ou *taint doctrine*), onde “[...] o vício da planta se transmite a todos os seus frutos”.

Em que pese os casos *Silverthorne Lumber Co. v. US* e *Nardone v. US* tenham desenhado as primeiras linhas de um conceito de prova ilícita por derivação e até mesmo da própria teoria dos frutos da árvore envenenada, foi no julgamento do caso *Miranda v. Arizona*, de 1966, que a *taint doctrine* atingiu seu ápice.

Lima¹³ diz que, neste *case* (cuja importância se estende aos dias atuais),

[...] a Suprema Corte americana firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes ela tenha sido claramente informada de: 1) que tem o direito de não responder; 2) que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele; 3) que tem o direito à assistência do defensor escolhido ou nomeado.

Na ausência de prestação destas informações ao acusado, ocorrerá ilegalidade capaz de gerar a nulidade de todos os atos posteriores; qualquer declaração prestada pelo acusado estará contaminada (uma possível confissão, por exemplo), bem como outras provas obtidas posteriormente a partir da primeira. Presente, pois, a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Contudo, a própria Suprema Corte passou a questionar a rigidez da Teoria, criando exceções às *exclusionary rules*, as chamadas “limitações” à prova ilícita por derivação.

2.1.1. As limitações à prova ilícita por derivação na doutrina americana

Nos Estados Unidos da América são mais conhecidas, pelo menos, três exceções quanto à inadmissibilidade da prova derivada: a limitação da fonte independente (*independent source limitation*), a limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*) e a limitação da contaminação expurgada (*purged taint limitation*).

¹²LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 589.

¹³LIMA, *Op. cit.*, p. 589.

2.1.1.1 A limitação da fonte independente (“*independent source*” limitation)

A limitação da fonte independente “[...] supõe que o dado probatório possua efetivamente duas origens, uma lícita e outra ilícita, subsistindo como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal”¹⁴.

Segundo Rangel¹⁵, uma prova oriunda de uma fonte independente é “[...] um meio de prova que tem vida própria, autônoma, lícita e que não é contaminada e nem contamina qualquer outra fonte de prova, exatamente pela sua licitude”.

A primeira vez em que foi aplicada esta teoria no direito norte-americano ocorreu no caso *Bynum v. U.S.*, de 1960. Em um outro caso julgado mais de 20 anos depois, o *case Murray v. United States* (1988), a Suprema Corte Americana validou uma prova com base na limitação da fonte independente¹⁶.

Questionava-se a validade de uma prova obtida em violação ao domicílio do suspeito, visto que a polícia não portava mandado judicial, ingressando na residência com base apenas em indícios da ocorrência de tráfico ilícito de entorpecentes.

Nesse primeiro ingresso ilegal à residência, a polícia confirmou as suspeitas de tráfico e obteve um mandado judicial, sem mencionar ao Juízo a violação anterior, adentrando novamente na residência em observância à lei, portanto, e apreendendo as drogas.

A Suprema Corte Americana admitiu a prova sob o argumento de que “ainda que os policiais não houvessem realizado a primeira violação, de qualquer forma seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais”¹⁷.

A limitação da fonte independente, em suma, significa que,

[...] se 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 vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária¹⁸.

Esta limitação é prevista expressamente no Código de Processo Penal, mas sua redação sofreu inúmeras críticas, que serão expostas oportunamente.

¹⁴GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 133.

¹⁵RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 465.

¹⁶LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 592.

¹⁷LIMA, *Op. cit.*, p. 592.

¹⁸LIMA, *Op. cit.*, p. 591.

2.1.1.2 A limitação da descoberta inevitável (“*inevitable discovery*” limitation)

A limitação da descoberta inevitável consiste na possibilidade de, pelo curso da investigação e trâmites de praxe, obter-se de forma lícita a mesma prova que teria sido adquirida por meios ilícitos¹⁹.

Esta limitação também foi cunhada na Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Sua aplicação, pela primeira vez, ocorreu no caso *Nix v. Williams – Williams II* (1984), conforme explana Feitoza²⁰:

[...] uma declaração obtida ilegalmente do “acusado” revelou o paradeiro do corpo da vítima de homicídio numa vala de beira de estrada, mas um grupo de duzentos voluntários já estava procurando pelo cadáver conforme um plano desenvolvido cuidadosamente, que eventualmente teria abrangido o lugar onde o corpo foi encontrado. A Suprema Corte entendeu que a “doutrina dos frutos” não impediria a admissão de prova derivada de uma violação constitucional, se tal prova teria sido descoberta “inevitavelmente” por meio de atividades investigatórias lícitas sem qualquer relação com a violação, bem como que a “descoberta inevitável” **não envolve elementos especulativos, mas concentra-se em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação.**(GRIFEI)

Em síntese, a descoberta inevitável seria a “possibilidade” de, futuramente, em razão do curso natural das investigações em geral, obter-se a prova derivada sem qualquer contaminação. Contudo, esta “possibilidade” precisaria basear-se em reais probabilidades e não em meras deduções. “[...] Em outras palavras, não basta um juízo do possível. É necessário um juízo do provável [...]”²¹.

Alguns doutrinadores afirmam que, no Brasil, há aplicabilidade desta teoria em razão da confusão de conceitos promovida pelo legislador quando das reformas do Código Penal, assunto que será discutido oportunamente.

2.1.1.3 A limitação da contaminação expurgada, da conexão atenuada ou da tinta diluída (“*purged taint*” limitation ou “*attenuated connection*” limitation)

A limitação da contaminação expurgada, segundo Feitoza²² e Lima²³, foi desenvolvida no caso *Wong Sun v. US*, de 1963, onde a polícia teria ingressado ilegalmente em residência, sem indícios da ocorrência de um delito, efetuando a prisão do indivíduo “A”.

¹⁹LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 593.

²⁰FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 728.

²¹LIMA, *Op. cit.*, p. 593.

²²FEITOZA, *Op cit.*, 2010.

Em decorrência da prisão ilegal foram apreendidos entorpecentes na posse do indivíduo “B”, o qual alegou que a droga, em verdade, procedeu do indivíduo “C”, que também restou preso ilegalmente. Alguns dias depois, com a soltura do indivíduo “C”, este, de maneira voluntária, decidiu confessar a ocorrência do crime, em interrogatório.

A Suprema Corte, ao julgar o caso, entendeu ser prova ilícita por derivação a apreensão dos entorpecentes com o indivíduo “B”, bem como suas declarações posteriores, pois tudo isso apenas ocorreu mediante o ingresso ilegal dos policiais na residência do indivíduo “A”.

Contudo, em relação a “C”, a Suprema Corte entendeu que o ato voluntário de confessar o delito após sua soltura amenizou a ligação entre suas declarações e a prisão ilegal, dissipando o “veneno” da ilicitude originária.

Desse *case*, depreende-se que

[...] uma “nódoa” de ilegalidade inicial pode ser “expurgada” por um “ato independente interveniente”, praticado pelo acusado ou por uma terceira parte, que interrompa a corrente causal entre a ilegalidade e a prova, de uma tal maneira que aprova não seja vista como tendo sido obtida pela “exploração” (aproveitamento) dessa ilegalidade²⁴.

Não há aplicação, pelo STJ e STF, da referida limitação. Contudo, Lima²⁵ entende que, embora não exista sua menção expressa no art. 157, §1º, do CPP, "(...) ao se referir o dispositivo à ausência de nexo de causalidade entre a prova ilícita originária e a prova subsequente, pode-se daí extrair a adoção da referida teoria".

Isto porque, de acordo com a teoria da limitação da contaminação expurgada,

[...] o vício da ilicitude originária, quando atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes, da magnitude da ilegalidade funcional ou da colaboração voluntária de um dos envolvidos, faz desaparecer o nexo causal entre a prova ilícita originária e a prova subsequente, não sendo viável falar-se em prova ilícita por derivação²⁶.

Vistas as três limitações mais conhecidas à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, passa-se a abordar a forma como ocorreu a incorporação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada no Brasil.

²³LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 595.

²⁴FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 729.

²⁵LIMA. *Op. cit.*, p. 595.

²⁶LIMA, *Op cit.*, p. 595.

2.2 A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada no Brasil: da incorporação pela via jurisprudencial à positivação no Código de Processo Penal

Conforme visto nos itens anteriores, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*) foi construída na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, assim como as limitações à sua aplicação aos casos concretos.

No Brasil, a incorporação desta teoria decorreu de evolução jurisprudencial e legislativa.

Após a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, não aderiu à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. No julgamento da Ação Penal nº 307/DF, onde figurou, como réu, dentre outros, o ex-presidente Fernando Collor de Mello, prevaleceu a tese proposta pelo Min. Moreira Alves, que defendeu a não aplicação da teoria no ordenamento pátrio. Isto porque

(...) a dicção normativa empregada pelo constituinte no art. 5º, inc. LVI, claramente sufragou a tese de que somente devem ser consideradas inadmissíveis no processo as provas ilícitas em si mesmas, e não aquelas a que se chegou por meio daquelas, consideradas não como provas, mas apenas como pistas, e que foram produzidas licitamente. Restaram vencidos no referido julgamento o Min. Celso de Mello e, em menor extensão, os Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira²⁷.

Em que pese este julgado tenha rechaçado a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada no ordenamento jurídico brasileiro, também foram encontradas decisões anteriores em que restou aplicada a teoria, ainda que de modo tímido.

É o caso do HC nº 69.912/RS que, um ano antes do julgamento da Ação Penal nº 307/DF, onde houve o deferimento do remédio constitucional com base na aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada:

Prova ilícita: escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, “na hipótese e na forma” por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do *habeas corpus* pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do *habeas corpus*, verificar a existência de provas livres de contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the*

²⁷LIMA. Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014., p. 589-590.

poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente. Votação por maioria²⁸.

Neste julgado, não houve remissão a nexos de causalidade ou a alguma limitação que pudesse tornar lícita a prova. Houve, a grosso modo, uma análise legalista: na ausência de lei que regule a interceptação telefônica, a produção de prova baseada neste método contamina as demais provas dela decorrentes.

A partir de 1996, o Supremo Tribunal Federal passou a analisar, com maior frequência, casos envolvendo a teoria dos frutos da árvore envenenada, desta vez posicionando-se favoravelmente à sua adoção no ordenamento pátrio, abrindo caminho para pacificação da questão²⁹.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que “[...] provas obtidas por meios ilícitos contaminam única e exclusivamente aquelas que são unicamente dela decorrentes”³⁰. É o esboço para uma das limitações à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação no Brasil: a ausência de nexos de causalidade, que posteriormente foi inserida expressamente no art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

O HC n. 76.203/SP traz à baila este entendimento:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESCUTA TELEFÔNICA. OUTROS MEIOS DE PROVA. LICITUDE. Escuta telefônica que não deflagra ação penal, não é causa de contaminação do processo. Não há violação ao direito à privacidade quando ocorre apreensão de droga e prisão em flagrante de traficante. Interpretação restritiva do princípio da árvore dos frutos proibidos. Habeas corpus indeferido³¹.

Neste julgado, denota-se a ausência de nexos de causalidade entre a prova ilícita originária e a prova contestada como derivada. Tratando-se de interceptação telefônica ilegal que não subsidia a denúncia, subentende-se que outras provas, não relacionadas à gravação clandestina e, portanto, não contaminadas trouxeram indícios suficientes a justificar a deflagração da ação penal.

Já a primeira decisão que contemplou a teoria da prova absolutamente independente foi o HC n° 74.599/SP, julgado pelo Pretório Excelso no ano de 1996, cuja ementa é transcrita abaixo:

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 69.912/RS. Min. Relator Sepúlveda Pertence, DJ 25.03.1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso: 13 jul. 2016.

²⁹LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 590.

³⁰LIMA. *Op. cit.*, p. 590.

³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 76.203/SP. Min. Relator Nelson Jobim. DJ17.11.2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso: 13 jul. 2016.

Habeas corpus. Prova ilícita. Escuta telefônica. *Fruits of the poisonous tree*. Não-acolhimento. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica – prova tida por ilícita até a edição da Lei n.º 9.296, de 24.7.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam – não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. *Habeas corpus* indeferido³².

Segundo Grinover, a doutrina majoritária segue “[...] no sentido da contaminação e inadmissibilidade da prova derivada da ilícita. Mas também no campo teórico ainda falta um posicionamento mais preciso sobre a matéria”³³.

Já a jurisprudência, em especial, do Supremo Tribunal Federal, caminha no sentido de que “[...] a prova colhida em decorrência de uma prova obtida por meio ilícito é inadmissível no processo, pois ilícita por derivação, acarretando a nulidade do processo”³⁴.

A Lei n. 11.690/2008 buscou pacificar a questão da prova ilícita por derivação, trazendo expressamente, no bojo do art. 157 e parágrafos, o acolhimento da teoria dos frutos da árvore envenenada no ordenamento pátrio.

Contudo, para Grinover, “[...] não trouxe ainda soluções adequadas, além de ter incorrido em alguns equívocos que restringem o próprio alcance da previsão constitucional”³⁵.

Após a promulgação da Lei n. 11.690/08, o Supremo Tribunal Federal já aplicou em alguns julgados a teoria dos frutos da árvore envenenada, como na AP nº 341/MG:

ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA – BANDO OU QUADRILHA – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL – CONSUMAÇÃO. O prazo prescricional do delito, à luz da pena máxima cominada em abstrato, é de oito anos. Recebida a denúncia há mais de treze, à míngua de qualquer causa ulterior interruptiva ou suspensiva, opera-se a prescrição da pretensão punitiva estatal. ACÇÃO PENAL ORIGINÁRIA – ARTIGO 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967 – TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA – ADEQUAÇÃO. Mostrando-se ilícita a prova originária, porque obtida por Comissão Parlamentar de Inquérito, anulada por pronunciamento jurisdicional transitado em julgado, absolve-se o réu em razão de o acervo probatório restante ser dela derivado. Precedente: Habeas Corpus nº 69.912, Pleno, relator ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 16 de dezembro de 1993, Diário de Justiça de 25 de março de 1994³⁶.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 74.599/SP. Min. Relator: Ilmar Galvão. DJ 07.02.1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

³³GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 135.

³⁴RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 458.

³⁵GRINOVER, *Op. cit.*, p. 135.

³⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP n. 341/MG. Min. Relator Marco Aurélio. DJ25.08.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

Outra importante decisão que aplica o art. 157, §1º, do CPP adveio do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o HC 149.250/SP, relacionado à Operação Satiagraha, que foi deflagrada visando a apurar a responsabilidade criminal do banqueiro Daniel Dantas, dentre outros investigados, pela prática de crimes financeiros e desvio de verbas públicas.

Segue ementa do acórdão prolatado:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO SATIAGRAHA. PARTICIPAÇÃO IRREGULAR, INDIVIDUOSAMENTE COMPROVADA, DE DEZENAS DE FUNCIONÁRIOS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) E DE EX-SERVIDOR DO SNI, EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA FEDERAL. MANIFESTO ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR-SE A ATUAÇÃO EFETIVADA COMO HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA, CAPAZ DE PERMITIR COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZANDO-A. PATENTE A OCORRÊNCIA DE INTROMISSÃO ESTATAL, ABUSIVA E ILEGAL NA ESFERA DA VIDA PRIVADA, NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÕES DA HONRA, DA IMAGEM E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDEVIDA OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA, PORQUANTO COLHIDA EM DESCONFORMIDADE COM PRECEITO LEGAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. AS NULIDADES VERIFICADA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, E DEMONSTRADAS À EXAUSTÃO, CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL. INFRINGÊNCIA A DIVERSOS DISPOSITIVOS DE LEI. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPARCIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INQUESTIONAVELMENTE CARACTERIZADA. A AUTORIDADE DO JUIZ ESTÁ DIRETAMENTE LIGADA À SUA INDEPENDÊNCIA AO JULGAR E À IMPARCIALIDADE. UMA DECISÃO JUDICIAL NÃO PODE SER DITADA POR CRITÉRIOS SUBJETIVOS, NORTEADA PELO ABUSO DE PODER OU DISTANCIADA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ESSAS EXIGÊNCIAS DECORREM DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO. NULIDADE DOS PROCEDIMENTOS QUE SE IMPÕE, ANULANDO-SE, DESDE O INÍCIO, A AÇÃO PENAL.

1. Uma análise detida dos 11 (onze) volumes que compõem o HC demonstra que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente, a participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado responsável pela chefia da Operação Satiagraha.

2. Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99.

3. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual, como nos ensina a Profª. Ada Pellegrini Grinover, in "Nulidades no Processo Penal", "o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da Constituição."

4. No caso em exame, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalidam, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arrepiro da lei.

5. Insta assinalar, por oportuno, que o juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes,

desemboca na odiosa perda da imparcialidade. Ele não deve, jamais, perder de vista a importância da democracia e do Estado Democrático de Direito.

6. Portanto, inexistem dúvidas de que tais provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante entendimento já cristalizado pela doutrina pacífica e lastreado na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais.

7. Pelo exposto, concedo a ordem para anular, todas as provas produzidas, em especial a dos procedimentos nº 2007.61.81.010208-7 (monitoramento telefônico), nº 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telefônico), e nº 2008.61.81.008291-3 (ação controlada), e dos demais correlatos, anulando também, desde o início, a ação penal, na mesma esteira do bem elaborado parecer exarado pela douta Procuradoria da República³⁷.

Neste julgado, todas as provas que embasaram a ação penal foram anuladas, resultando em um completo esvaziamento da Operação Satiagraha, o que causou grande repercussão midiática.

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, decisão recente na ACR 5004058-61.2014.404.7003/PR aplicou a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada ao caso concreto, senão vejamos:

OPERAÇÃO DILÚVIO. CONTRABANDO. MATERIALIDADE. AUTORIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. NULIDADES. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. ILICITUDE. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO.

1. A interceptação das comunicações telefônicas possibilitou a realização de outras diligências, e estas devem também ser consideradas ilícitas, pois foram produzidas em evidente estado de dependência à interceptação ilícita.

2. Ainda que o apelante aduza que há outras provas produzidas nestes autos, diferentes das interceptações reputadas ilícitas, estas outras provas (apreensão de mercadorias e documentos) só puderam ser obtidas graças à interceptação das comunicações telefônicas consideradas ilícitas pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Ante a impossibilidade de separação entre as provas produzidas nestes autos e as provas produzidas no âmbito da Operação Dilúvio, cabe à acusação demonstrar a independência entre as provas. Contudo, tal não ocorre³⁸.

Com efeito, vistos alguns exemplos atuais da aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada na jurisprudência brasileira após a sua positivação, adentra-se às exceções previstas no art. 157, §1º do CPP, bem como as críticas doutrinárias a cada uma delas.

³⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 149.250/SP. Min. Felix Fischer. DJ: 08.03.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

³⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. ACR 5004058-61.2014.404.7003/PR. Relatora Cláudia Cristina Cristofani. DJ: 20.04.2016. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

3. Das exceções à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação: questões controversas

O art. 157 do Código de Processo Penal³⁹, após as reformas, passou a dispor:

Art. 157. (...)

§ 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.

(...)

A partir de então, como já dito alhures, regulamentou-se infraconstitucionalmente a proibição da prova ilícita, bem como inseriu-se, expressamente, no ordenamento jurídico pátrio, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, com exceções à aplicação da regra.

Os doutrinadores criticaram duramente as inovações intentadas pelo legislador ordinário, principalmente as exceções à regra da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação.

Preliminarmente, é importante tecer alguns comentários acerca da própria regularização infraconstitucional do Princípio da Inadmissibilidade da Prova Ilícita no Código de Processo Penal.

Rangel⁴⁰ rechaça completamente a iniciativa do legislador quanto à regulação do tema em seara infraconstitucional. Além disso, declara que esta atitude seria inconstitucional. “É como se dependêssemos do Código para nos dizer que a Constituição, a partir de agora, passa a valer. É o Código dando vida à Constituição. A consagração do absurdo”.

Este autor afirma que não haveria necessidade alguma que o Código de Processo Penal regulasse o tema, ainda mais do jeito que o fez, de forma imprecisa e vaga, obrigando o magistrado a interpretar conceitos indeterminados. Por fim, leciona que:

[...] o Código *amesquinhou* a Constituição e nesse particular aspecto é inconstitucional porque diminuiu o seu alcance. O princípio existe, está no art. 5º, LVI: *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. Não precisamos de mais nada⁴¹.

Coutinho⁴² firmou o mesmo entendimento, pela inconstitucionalidade do art. 157 e parágrafos, criticando duramente o legislador, “[...] como se para ganhar vida a Constituição

³⁹BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13.07.2016.

⁴⁰RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 464.

⁴¹RANGEL. *Op. cit.*, p. 464.

⁴²COUTINHO 2008, *apud* RANGEL, 2012, p. 465.

fosse preciso uma reforma no CPP, algo muito próprio de um Brasil Profundo em matéria de respeito e aplicação das leis”.

O mesmo autor diz que os parágrafos 1º e 2º de referido artigo, ao apresentarem conceitos indeterminados, “[...] quase acabam com o direito do cidadão, mais uma vez criando-se restrições onde a CR não criou e, pior, deixando a completude delas ao 'critério' do juiz”.

Outros doutrinadores pátrios não entendem como inconstitucional por completo o art. 157 e parágrafos, porém criticam a ausência de determinação conceitual (e até mesmo a desnecessidade) das exceções à inadmissibilidade da prova ilícita.

3.1 Ausência de nexo de causalidade

A primeira exceção ou limitação inserida pelo legislador ordinário é a “ausência de nexo de causalidade”, que já vinha sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, pelo menos, desde o ano 2000, conforme já visto anteriormente em seção própria.

Deduziu-se que a ausência de nexo de causalidade se tratava de exceção pela própria redação do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal.

O nexo de causalidade, segundo Rangel⁴³, “É a linha que liga a colheita de uma prova à obtenção de outra” e, quando ausente, pressupõe a inexistência de contaminação.

Oliveira salienta que, na prática, surgem dificuldades de verificar a presença do nexo de causalidade nas provas obtidas,

[...] sobretudo em razão de não se apresentar tão simples assim a definição de *derivação*. A dificuldade a que ora nos referimos em relação à definição da palavra *derivação* não é, evidentemente, de origem semântica. Ela se fará presente na identificação concreta de se tratar de prova *derivada da ilícita*. Busca-se, então, o significado do apontado “nexo de causalidade da prova”⁴⁴.

Em que pese esta dificuldade de identificar se a prova obtida teria ligação, ou não, com uma prova ilícita originária, “[...] essa parte do texto legal não parece trazer inconvenientes na sua aplicação”⁴⁵. Trata-se, em verdade, de complexidade prática (no caso concreto), e não teórica (de aplicação do instituto).

O que os doutrinadores afirmam é que a ausência de nexo de causalidade não precisaria constar do texto legal, em razão de seu desdobramento lógico, já que, “[...] o

⁴³RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 466.

⁴⁴OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 363.

⁴⁵GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 135.

conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda”⁴⁶.

Fernandes acredita que a ausência de nexos de causalidade entre uma prova e outra não seria realmente uma limitação à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, mas sim “[...] uma explicitação de que sem aquele nexo não há contaminação de uma prova por outra”⁴⁷.

Em verdade, a polêmica maior ocorre quando se fala da limitação da fonte independente, cujo conceito é definido no §2º do art. 157 do CPP. É o que tratará a derradeira seção, que abaixo segue.

3.2 Fonte independente

Uma prova colhida através de fonte independente “[...] é aquela que foi obtida sem qualquer relação, direta ou indireta, com a prova ilícita”⁴⁸.

O §2º do mesmo dispositivo legal trouxe expressamente o significado da limitação da fonte independente, visando a auxiliar o magistrado que se depara com situações nebulosas atinentes à prova ilícita, com a seguinte redação:

Art. 157 (...)

§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 prova⁴⁹.

Para Fernandes⁵⁰, a aplicação desta limitação “[...] pressupõe a existência de duas vias de busca da prova, uma lícita, outra ilícita, e ambas chegam à prova derivada”.

A partir deste raciocínio é que a doutrina passou a criticar ferozmente a redação do § 2º do art. 157 do Código de Processo Penal, visto que “[...] o legislador utilizou no § 2º fórmula excessivamente aberta e que mais se aproximaria da limitação da descoberta inevitável do direito norte-americano”⁵¹.

⁴⁶GRINOVER. Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 135.

⁴⁷FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

⁴⁸RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 465.

⁴⁹BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁵⁰FERNANDES, *Op. cit.*, p. 87.

⁵¹FERNANDES, *Op. cit.*, p. 88.

Oliveira⁵² concorda que a redação de referido dispositivo traz um equívoco técnico. Da leitura do dispositivo legal denota-se que a definição ali inserta refere-se “[...] a outra hipótese de aproveitamento da prova, qual seja, a *teoria da descoberta inevitável*, muito utilizada no direito estadunidense”.

Em sua obra, este mesmo autor preocupa-se em tecer as diferenças básicas entre a teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável:

Na *descoberta inevitável* admite-se a prova ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita.

[...]

Já a *teoria da fonte independente* baseia-se mais precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada. Nada mais⁵³.

Lima⁵⁴ compartilha da mesma opinião de Oliveira, no sentido de que "(...) parece ter havido uma confusão por parte do legislador ao se referir à *fonte independente*, pois o conceito por ele trazido é o da limitação da descoberta inevitável".

Já doutrinadores como Fernandes e Grinover vão além ao criticar a redação do §2º do art. 157 do CPP.

Fernandes⁵⁵ afirma que o dispositivo atribui ao magistrado a opção de afastar a derivação de uma prova, “segundo um juízo de probabilidade”, caso os meios investigatórios e instrutórios normalmente utilizados e obedecidos os ditames da lei pudessem ser capazes de chegar à prova referida.

Para este mesmo autor, “[...] isso é perigoso, pois possibilita que, em qualquer hipótese, se avenge a viabilidade de a prova derivada ser atingida por uma forma lícita de investigação, embora ela tenha sido alcançada a partir de uma prova ilícita”⁵⁶.

Grinover⁵⁷ tem o mesmo entendimento, no sentido de que “[...] a disposição abre as portas para que, sob esse fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita venha a ser convalidada”.

⁵²OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 364.

⁵³OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 364.

⁵⁴LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 593.

⁵⁵FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 88.

⁵⁶FERNANDES, *Op cit.*, p. 88.

⁵⁷GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 135.

Esta autora afirma, também, que

[...] o legislador estabeleceu um conceito normativo de *fonte independente* que subverte não só aquela ideia original, mas também coloca em risco a própria *finalidade* da vedação constitucional, que não é outra senão a de coibir atentados aos direitos individuais estabelecidos na Lei Maior⁵⁸.

A doutrinadora entende, ainda, que o legislador pátrio deturpou a teoria da fonte independente originária da Suprema Corte Americana, “[...] que supõe que o dado probatório possua efetivamente duas origens [...]”, pela “[...] simples *possibilidade* de que a prova viesse a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação”⁵⁹.

Enfim, para Grinover⁶⁰, a redação do § 2º do art. 157 do CPP seria inconstitucional, por esvaziar por completo a garantia da vedação de provas ilícitas.

Contudo, apesar das controvérsias doutrinárias existentes, o Superior Tribunal de Justiça vem adotando tanto a teoria da fonte independente quanto a teoria da descoberta inevitável em seus julgados, a exemplo do HC nº 106571/PR, cuja ementa segue abaixo:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ARTIGO 16 DA LEI 10.826/2003 E ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. BUSCA E APREENSÃO. DECISÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. SUBSISTÊNCIA DO FLAGRANTE E DAS PROVAS OBTIDAS. CRIMES PERMANENTES. **TEORIAS DA FONTE INDEPENDENTE E DA DESCOBERTA INEVITÁVEL**. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. É nula a decisão que autoriza medida de busca e apreensão sem qualquer fundamentação.
2. São admitidas as provas colhidas quando da prisão em flagrante do paciente, na hipótese de ilicitude da busca e apreensão autorizada judicialmente, desde que tal medida não tenha sido determinante para a sua obtenção (**teorias da fonte independente e da descoberta inevitável**).
3. A teor do disposto no artigo 5º, incisos XI e LXI, da Constituição Federal, nos quais encontram-se hipóteses excepcionais de possibilidade de violação do domicílio e de restrição da liberdade do indivíduo em razão de flagrante delito, é desnecessária autorização judicial para busca e apreensão quando se tratar de flagrante de crime permanente. Precedentes.
4. Ordem denegada⁶¹.

Vários julgados do STJ aplicam ambas as teorias no mesmo acórdão, como no recentíssimo HC 284.574/SC (DJ 10.05.2016), HC 52.995/AL (DJ 04.10.2010) e HC 146.959/BA (DJ 16.11.2010)⁶². No STF⁶³, cita-se o HC 91.867/PA (DJ 20.09.2012).

⁵⁸GRINOVER. Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011., p. 135.

⁵⁹GRINOVER. *Op. cit.*, p. 135.

⁶⁰GRINOVER. *Op. cit.*, p. 136.

⁶¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 106.571/PR. Min. Relator Jorge Mussi. DJ: 16.11.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁶²Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

⁶³Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

Já no TRF4, encontram-se julgados que, ora citam a teoria da descoberta inevitável, ora citam a teoria da fonte independente, conforme ementas abaixo:

DIREITO PROCESSUAL PENAL E PENAL. **ILICITUDE DA PROVA NÃO CONFIGURADA. TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL.** CONFISSÃO SOB TORTURA. NÃO ENFRENTAMENTO DE TESES PELA SENTENÇA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. TESE DE CRIME IMPOSSÍVEL RECHAÇADA. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CP) E FALSIDADE DE DOCUMENTO PÚBLICO (ART. 297 DO CP). PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.

1. Admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou dependência com prova ilícita, quando o conhecimento daquela se daria sem o auxílio da informação obtida de forma ilícita.

2. A mera alegação, desacompanhada de qualquer prova, de que a confissão do agente na esfera policial se deu sob tortura não é capaz de viciar o inquérito ou a ação penal, especialmente quando verificado que o interrogatório policial se deu na presença de advogado constituído pelo réu e inscrito nos quadros da OAB que jamais denunciou o suposto fato.

3. O órgão julgador não está obrigado a rebater todas as teses defensivas, bastando que exponha, de forma fundamentada, as razões de seu convencimento. Nulidade por violação à ampla defesa não configurada.

(...)⁶⁴

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º DA LEI 8.137/90. REDUÇÃO DE TRIBUTOS FEDERAIS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. **PROVAS ILÍCITAS (TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA).** PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. VALOR VULTOSO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL.

(...)

3. Em que pese haver vedação constitucional no artigo 5º, LVI e também no art. 157 do CPP, serão admitidas as provas, ainda que derivadas de provas ilícitas quando não evidenciado o nexos de causalidade entre a prova ilícita e sua derivação e/ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Nesse caso, a fonte independente fatalmente chegaria à mesma prova que se originou da ilícita, caso dos autos.

(...)⁶⁵

Em que pese a doutrina não seja uníssona quanto à constitucionalidade do dispositivo, e existam as mais variáveis críticas à sua redação, a jurisprudência tem aplicado o art. 157, §2º do CPP aos casos concretos, ora como fonte independente, ora como descoberta inevitável ou até mesmo abordando ambas as teorias no mesma decisão.

⁶⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. ACR 0003083-90.2001.404.7000. Relator Leandro Paulsen. DJ: 25.09.2014. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

⁶⁵BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. ACR 0008192-91.2006.404.7200. Relator Artur César de Souza. DJ: 22.04.2013. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

4 Considerações finais

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada é originária da Suprema Corte Americana, e dispõe, como regra, que “o vício da planta se transmite a todos os seus frutos”. Paulatinamente, a jurisprudência americana construiu exceções à Teoria, como, por exemplo, a fonte independente, a descoberta inevitável e a conexão expurgada.

A jurisprudência brasileira, após a Constituição de 1988, além de incorporar a referida Teoria, adaptou algumas das exceções americanas à realidade pátria, relativizando a regra, até então absoluta, de inadmissibilidade de toda e qualquer prova ligada a alguma ilicitude originária.

O legislador infraconstitucional, por intermédio da Lei n. 11.690/08, modificou o art. 157 do CPP, positivando o posicionamento dos Tribunais Superiores no sentido de não admitir a utilização das provas derivadas das ilícitas no processo, mas contemplando duas exceções a esta regra, quais sejam, a ausência de nexo de causalidade e a fonte independente.

Exsurgiram as mais diversas críticas doutrinárias ao dispositivo, levantando-se até mesmo a bandeira pela sua completa inconstitucionalidade, em virtude do esvaziamento da garantia constitucional de inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos.

Enquanto a doutrina permanece dividida, STF e STJ vêm aplicando o § 2º do art. 157 do CPP em seus julgados, assim com o TRF4. Desta feita, verifica-se que, apesar das calorosas discussões acerca do dispositivo legal, o dispositivo legal que prevê as duas exceções à regra da inadmissibilidade das provas ilícitas encontra aplicação na jurisprudência pátria, ainda que com interpretação extensiva, e não há sinalização alguma no sentido de declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 157 do CPP.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

BRASIL, **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 69.912/RS**. Min. Relator Sepúlveda Pertence. DJ 25.03.1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 74.599/SP**. Min. Relator: Ilmar Galvão. DJ 07.02.1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 76.203/SP**. Min. Relator Nelson Jobim. DJ 17.11.2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 341/MG**. Min. Relator Marco Aurélio. DJ 25.08.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 149.250/SP**. Min. Relator Felix Fischer. DJ: 08.03.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 106.571/PR**. Min. Relator Jorge Mussi. DJ: 16.11.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **ACR 5004058-61.2014.404.7003**. Relatora Cláudia Cristina Cristofani. DJ: 20.04.2016. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **ACR 0003083-90.2001.404.7000**. Relator Leandro Paulsen. DJ: 25.09.2014. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **ACR 0008192-91.2006.404.7200**. Relator Artur César de Souza. DJ: 22.04.2013. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.