

Economic Analysis of Law Review

Provas Ilícitas no Processo Penal e a Teoria dos Frutos da Arvore Envenenada

Unlawful Evidence Into Criminal Procedure And The Fruits Of The Poisonous Tree Doctrine

Sérgio Fernando Moro¹

Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA

Manoela Pereira Moser²

Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA

RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo analisar a admissibilidade das provas ilícitas por derivação dentro do processo penal. A discussão dar-se-á, primeiramente, pelo estudo do surgimento da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada pela Suprema Corte Americana e suas mitigações. Serão observados, ainda, os efeitos desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, o texto do art. 157, do Código de Processo Penal. E, por fim, pretende verificar como o tema está sendo abordado no Projeto do Novo Código de Processo Penal, PL 8045/2010, atualmente em tramite perante o Congresso Nacional.

Palavras-chave: Teoria dos Frutos da Arvore Envenenada, Provas Ilícitas por Derivação, (in)admissibilidade, Processo Penal.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze the admissibility of the derivative evidence within the criminal proceedings. The discussion study will first be about the study of the emergence of the Fruits of the Poisonous Tree Doctrine by the U.S. Supreme Court and its mitigations. It will also review the effects of this theory in the Brazilian legal system, mainly, with respect to the text of art. 157 of the Criminal Procedure Code. And, finally, the study intends to search how the subject has been discussed in the project for the New Code of Criminal Procedure, PL 8045/2010, currently in processing before the National Congress..

Keywords: Fruits of the Poisonous Tree Doctrine, Derivative Evidence, (in)admissibility, Criminal Procedure.

R: 14/08/17 **A:** 13/03/19 **P:** 30/04/19

¹ E-mail: sfmorojudge@gmail.com

² E-mail: manomoser@gmail.com

1. Introdução

Este trabalho tem por objetivo abordar a controversa questão acerca dos limites para a utilização de provas ilícitas no processo penal, dando maior ênfase às chamadas provas ilícitas por derivação, que, por sua vez constituem a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

A discussão sobre o tema dar-se-á por meio da análise histórica da criação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada nos Estados Unidos da América, bem como suas mitigações pela Suprema Corte Americana, a partir de julgamentos e casos concretos.

Após, serão analisados os efeitos desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro, através da exposição de todo o processo de evolução e aperfeiçoamento da mesma no âmbito doutrinário, jurisprudencial e legislativo brasileiro.

No que se refere ao âmbito legislativo, far-se-á uma exposição do texto Constitucional, referente ao art. 5º, LVI, bem como da Lei nº 11.690/2008, a qual introduziu a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada no ordenamento jurídico brasileiro com o artigo 157 do Código de Processo Penal e seus parágrafos.

Por fim, buscar-se-á verificar como o tema esta sendo tratado no Projeto do Novo Código de Processo Penal, Projeto de Lei nº 8045/2010, com origem no PLS 156/2009, o qual passou por diversas mudanças ao longo dos anos, mas que atualmente excluiu as exceções a vedação da utilização de provas ilícitas derivadas no processo penal.

2. A Inadmissibilidade Das Provas Ilícitas

O Processo Penal funciona como instrumento de reconstrução do fato tido como ilícito destinado a busca pela verdade, conjugando o poder-dever do Estado de investigar e punir aquele que viola uma norma de conduta previamente estabelecida, como forma de proteção da sociedade, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado na persecução probatória.

De modo que, "a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas" (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 155).

A Constituição Brasileira de 1988 incluiu no artigo 5º, inciso LVI, a vedação da utilização no processo de provas ilícitas em geral: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (BRASIL, 1988).

Vale ressaltar que as provas ilícitas se diferenciam das provas ilegais e ilegítimas.

A prova ilegal é o gênero da qual a prova ilícita e ilegítima são espécies. Esta é caracterizada pela violação a uma norma processual, sua ilegalidade ocorre na fase de produção em juízo, portanto são nulas e devem ser desentranhadas do processo, porém, passíveis de repetição e convalidação. Aquela viola regra de direito material e a Constituição, sua ilegalidade ocorre no momento da sua obtenção e é inadmissível no processo (GOMES FILHO, 2008, p. 266).

As regras do processo funcionam como garantia do acusado na medida em que controla a regularidade estatal na busca pela persecução penal, estabelecendo limites, com base na ética e na moral, inibindo e desestimulando a prática de abusos:

"a forma dos atos é uma garantia, na medida em que implica limitação ao exercício do poder estatal de perseguir e punir" (LOPES JUNIOR, 2014, p. 606).

Assim, todas aquelas provas obtidas ilicitamente, ou seja, em violação a uma regra de direito material ou a Constituição, são vedadas pelo nosso ordenamento jurídico, bem como, suas derivadas.

3. O Surgimento Da Teoria Dos Frutos Da Arvore Envenenada E Suas Mitigações Nos Estados Unidos Da América

O princípio da contaminação da prova ilícita por derivação (aquela formalmente lícita, mas derivada de uma prova materialmente ilícita) tem origem no ano de 1920 no julgamento do caso *Silverthorne Lumber & Co., Inc. versus United States* (EUA, 1920, p. 251 U.S. 385). Já o termo “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada” (*Fruits of the Poisonous Tree Doctrine*) foi pela primeira vez empregado em uma decisão judicial prolatada pelo Juiz Frankfurter em 1939, no caso *Nardone versus United States* (EUA, 1939, p. 308 U.S. 338).

A teoria foi criada com o intuito de inibir a atividade policial ilegal e em violação as proteções constitucionais, e segundo ela, "a exemplo do que ocorre com uma árvore doente, que produz frutos também doentes, a prova obtida ilicitamente contamina os seus frutos, ou seja, as demais provas que tenham sido descobertas e produzidas apenas em decorrência das informações obtidas ilicitamente" (SOUZA, 2008, p. 41-42).

A Suprema Corte abordou, ainda, critérios excepcionais, no sentido da admissibilidade das provas ilícitas por derivação. Estas exceções foram chamadas de Teoria da Fonte Independente (*Independent Source Doctrine*), Teoria do Nexo Causal Atenuado (*Attenuated Connection Doctrine*), Exceção da Descoberta Inevitável (*Inevitable Discovery Exception*) e, por fim, Limitação da Boa-fé (*The Good Faith Exception*).

3.1. A Teoria Da Fonte Independente (*Independent Source Doctrine*)

A Teoria da Fonte Independente é uma exceção à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Por meio dela, admite-se a utilização de prova derivada de outra ilicitamente obtida, desde que aquela possa ser obtida também de maneira distinta, independente e, a partir de outra prova válida e lícita.

Foi em 1984, no caso *Nix versus Williams*, que a teoria se aperfeiçoou por completo, consagrando a idéia de preponderância de interesse entre a sociedade e a busca pela verdade, conforme se observa do seguinte trecho do julgado:

A lógica para estender a regra de exclusão de provas que são frutos de conduta ilegal da polícia é que tal curso é necessário para evitar que os policiais cometam violações contra as proteções constitucionais e legais, não obstante o elevado custo social de pessoas, obviamente, culpadas saírem impunes. Sobre esse raciocínio, uma acusação não deve ser colocada em uma posição melhor do que estaria se nenhuma ilegalidade tivesse acontecido. Por outro lado, a doutrina da fonte independente - permitindo a admissão de provas que tenham sido

descobertas por meio totalmente independentes de qualquer violação constitucional - assenta na idéia de que o interesse da sociedade na dissuasão da conduta ilícita da polícia e do interesse público em que júris recebendo todos os elementos probatórios de um crime são devidamente equilibrados, colocando a polícia na mesma, e não em uma situação pior, que estariam se nenhum erro ou má conduta tivesse ocorrido (EUA, 1984b, p. 467 U.S. 441-444).

O caso será tratado adiante, pois, apesar da Corte ter conceituado a Teoria da Fonte Independente, foi aplicada a Teoria da Descoberta Inevitável.

No mesmo ano, em *Segura versus United States* (EUA, 1984c, p. 468 U.S.796), os agentes da Força Tarefa Anti Drogas dos Estados Unidos, com autorização do Procurador da República, baseados em informações e vigilância, prenderam os petitionados, tendo sido avisados de que o mandado judicial demoraria a sair, os agentes permaneceram no local a fim de garantir as evidências encontradas, e somente depois, sob a posse de um mandado, realizaram uma busca e apreensão de cocaína e registros de transações de narcóticos.

A regra de exclusão alcança não só a primeira prova obtida como resultado de uma busca ou apreensão ilegal, mas também a prova descoberta e achada depois, derivada de uma ilegalidade ou “fruto da árvore envenenada”. A regra de exclusão não se aplica, todavia, se a conexão entre a ilegalidade da conduta policial e a descoberta e apreensão da prova for tão atenuada que dissipe a mancha, como por exemplo, a polícia ter uma fonte independente para descobrir a prova.

Aqui, havia uma fonte independente para as provas denunciadas, pois a prova foi descoberta durante uma revista no apartamento do requerente por força de um mandado válido. A informação em que o mandado foi assegurado veio de fonte completamente não relacionada com a entrada inicial e foi revelada aos agentes bem antes da entrada. Assim, se a entrada inicial foi ilegal ou não, é irrelevante para a admissibilidade das provas e exclusão dos elementos de prova não se justifica como derivativos ou como “frutos da árvore envenenada” (EUA, 1984c, p. 468 U.S. 797, 804-805, 813-816).

Neste caso, houveram dois votos que restaram vencidos, no sentido de que tal interpretação traria incentivos a atividade ilegal.

Ainda, em *Murray versus United States* (EUA, 1988, p. 487 U.S. 533), os policiais percebendo uma atividade suspeita dos investigados, invadiram um armazém e encontraram vários fardos envoltos em estopa, sem mexer nos fardos, saíram do armazém e requereram um mandado judicial para busca e apreensão, sem mencionar a entrada inicial. Quando da posse do mandado, retornaram ao local e apreenderam duzentos e setenta fardos de maconha, bem como outras evidências. A Corte considerou válidas as provas, uma vez que os policiais teriam conseguido o mandado para a segunda entrada, independente da primeira violação, em razão dos vastos indícios que já tinham inicialmente:

Embora os agentes federais tenham tomado conhecimento de que a maconha estava no armazém no momento da entrada ilegal, também foi evidenciado no momento da entrada em conformidade com o mandado, e essa aquisição posterior não foi resultado da entrada anterior, [...]. A última questão é se a busca anterior ao mandado foi de fato a fonte independente genuína da informação e evidência tangível na questão. Este não teria sido o caso se a decisão dos agentes em pedir o mandado tivesse sido causada pelo que eles viram durante sua entrada inicial ou se a informação obtida durante a entrada tivesse sido apresentada pelo Magistrado e afetado sua decisão para emitir o mandado (EUA, 1988, p. 487 U.S. 541-544).

Assim, a teoria é utilizada, principalmente, nos casos em que a polícia tem provável causa para obter o mandado de busca e apreensão que os levaria para determinada prova, mas, o policial faz a busca ilegal, apreende a prova e só depois consegue o mandado (EMANUEL, 2009, p. 100).

Portanto, da análise dos casos supracitados, conclui-se que a Suprema Corte Americana considera necessário para a validação das provas derivadas das ilicitamente obtidas, segundo a Teoria da Fonte Independente, que fosse possível a obtenção desta prova por outro meio, diferente, independente e legal daquele inicialmente obtido. E, em casos de busca e apreensão sem o devido mandado judicial, que exista uma provável causa para acreditar que este teria sido obtido de qualquer forma.

Deste modo, pode-se entender que esta teoria se quer deve ser considerada como uma exceção a regra. Pois o que ocorre é a inexistência de nexo de causalidade entre a prova ilícita e sua derivada (GOMES FILHO, 2008, p. 268).

É possível verificar, ainda, que a Corte leva em consideração a idéia de preponderância dos interesses entre o indiciado e a sociedade, devendo averiguar se o direito ofendido para se obter determinada prova é maior que o fato criminoso em si e seus efeitos perante a sociedade.

3.2. A Teoria Do Nexo Causal Atenuado (*Attenuated Connection Doctrine*)

Segundo a Teoria do Nexo Causal Atenuado, também conhecida como exceção da mancha diluída ou vício diluído (*Purged Taint Exception*), não se aplica a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada quando existe uma prova ilícita por derivação, mas sob tais condições que a ilicitude, ou o vício, possam ser considerados diluídos (*dissipate taint*) (ÁVILA, 2007, p. 155).

No caso *Wong Sun versus United States* (EUA, 1963, p. 371 U.S. 471), no ano de 1963, foi realizada uma busca e apreensão na casa do acusado sem mandado judicial, tendo ele sido preso e interrogado. Em depoimento, o acusado Toy incriminou Yee. A polícia, desta vez com autorização judicial, foi a casa de Yee, prendeu-o e o interrogou, e Yee, por sua vez, incriminou Wong Sun, o qual foi interrogado sem as advertências do *Miranda Warnings*.

Todavia, mais tarde, Wong Sun voltou voluntariamente à delegacia e fez uma nova declaração que foi aceita como prova no processo sob o fundamento de que o nexo entre a prisão ilegal e o motivo pelo qual ele fez seu segundo depoimento foi tão atenuado que não teria como considerá-lo fruto da prisão ilegal.

Assim, a Corte Americana considerou ilícita a apreensão dos objetos no domicílio de Toy e no domicílio de Yee, bem como o primeiro depoimento prestado por Wong Sun. Contudo, pela distância estabelecida com a prova ilícita originária, considerou válido o segundo depoimento prestado por Wong Sun, com argumento de que este não teria sido afetado pela ilicitude originária.

Quanto mais tempo tenha transcorrido entre a ilegalidade primeira e a obtenção das provas derivadas, é mais provável que os Tribunais julguem o vício diluído. Se os outros fatos relevantes tenham ocorrido entre o vício inicial e a prova derivada, quebrando ou atenuando a cadeia lógica entre ambos, há maior probabilidade de consideração do vício diluído (ÁVILA, 2007, p. 156).

A Corte Americana, portanto, avalia caso a caso para decidir a ocorrência ou não do vício diluído levando em consideração a gravidade da violação originária, ou seja, quanto mais envenenada estiver a árvore, mais difícil que seus frutos estejam sãos (ÁVILA, 2007, p. 156).

Insta ressaltar aqui, que os chamados *Miranda warnings* surgiram em 1966, no caso *Miranda versus Arizona* (EUA, 1966, 384 U.S. 436), em que o acusado foi preso e levado à delegacia, onde foi interrogado e confessou seus crimes, sem ter sido advertido sobre seu direito ao silêncio e à constituição de um advogado. A Corte anulou a condenação de Miranda sob o fundamento de que o aviso ao acusado de seu direito de permanecer em silêncio e à constituição de advogado era requisito fundamental para a utilização da confissão pelos policiais.

A partir daí, a advertência aos acusados dos *Miranda warnings* (direito ao silêncio e à constituir advogado) tornou-se obrigatória por parte da polícia, sob pena de ser excluída eventual confissão de auto-incriminação do processo.

Em *United States versus Ceccolini* (EUA, 1978, p. 435 U.S. 268), um policial chamado Biro, enquanto conversava com a funcionária de uma loja em sua hora de descanso, examinou um envelope, que estava na caixa registradora, e encontrou dinheiro e registro de apostas. Depois de devolver o envelope ao seu lugar de origem, perguntou a funcionária a quem pertencia aquele envelope, esta respondeu que pertencia ao seu chefe.

A partir daquela informação, Biro fez uma denúncia aos detetives locais e ao FBI. No momento do julgamento, a funcionária testemunhou contra o patrão.

A Corte entendeu no sentido de que o grau de atenuação entre a busca de Biro e o testemunho da funcionária no julgamento foi suficiente para dissipar a conexão entre a ilegalidade da busca e o testemunho. Ainda, a decisão foi além, e lembrou da principal justificativa para a aplicação das regras de exclusão, desencorajar a atividade ilegal da polícia, para afastá-la do caso concreto:

[...] não há nenhuma evidência que Biro entrou na loja ou pegou o envelope com a intenção de encontrar evidências de uma operação de jogo ilegal, a aplicação da regra de exclusão não poderia ter o menor efeito dissuasivo sobre o comportamento de um oficial, como Biro, [...] (EUA, 1978, p. 435 U.S. 279-280).

A Corte considerou que as provas testemunhais possuem maior probabilidade de ter seu vício diluído do que as provas materiais, "por se entender que nas primeiras a violação posterior é menos grave diante da voluntariedade dos testemunhos e da maior probabilidade de descoberta (por iniciativa espontânea de testemunhas" (ÁVILA, 2007, p. 156).

Logo depois, no caso *Oregon versus Elstad* (EUA, 1985, 470 U.S. 298), houve uma declaração de culpabilidade sem que o peticionário tivesse sido avisado sobre seus *Miranda Warnings*, após, foi levado a delegacia, onde, mesmo avisado de seus direitos, fez outra declaração de sua culpabilidade.

A Corte julgou válida a declaração, já que esta foi voluntária e avisada, como se observa do dispositivo:

É uma extensão injustificada dos avisos de Miranda considerar que uma simples falha para administrar os avisos, não acompanhados por qualquer coerção real ou outras circunstâncias calculadas que possam minar a real capacidade do suspeito de exercer a sua livre vontade, manchando assim o processo de inquérito que uma renúncia voluntária e informada subsequente seja ineficaz por algum período indeterminado (EUA, 1985, p. 470 U.S. 304-309).

Assim, a Suprema Corte Suprema pacificou o entendimento de que, em regra, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada não se aplica se uma confissão for obtida sem as advertências de *Miranda*, salvo se obtida sob coação.

3.3. A Exceção Da Descoberta Inevitável (*Inevitable Discovery Exception*)

Esta teoria, também conhecida como Exceção da Fonte Hipotética Independente (*Hypothetical Independent Source Exception*), admite a utilização da prova que teria sido descoberta de qualquer outra forma lícita e válida, independentemente da prova ilícita originária (ARAUJO, 2009, p. 42).

Foi aplicada no caso *Nix versus Williams* (EUA, 1984b, p. 467 U.S. 431), já anteriormente discorrido.

Em breve síntese do caso, ocorreu o desaparecimento de uma menina de dez anos de idade. O responsável foi preso e, durante sua transferência para outro estabelecimento penitenciário, os policiais começaram uma conversa que resultou na declaração do acusado acerca do local onde havia escondido o corpo da menina desaparecida.

Todavia, por ter sido um crime que abalou toda a população da região em que a menina morava, um grupo de duzentos voluntários organizou um mutirão e conduziram uma procura sistemática na área.

A busca feita pela população, embora tenha se iniciado antes da prisão e declaração sobre o local onde havia escondido o corpo da vítima, foi interrompida quando os policiais, guiados pelo acusado, encontraram o corpo da menina.

A Corte julgou pela preponderância do interesse da sociedade, no sentido de que o corpo da menina teria sido encontrado pelos voluntários (meio legal e válido), independente da declaração do acusado obtida ilegalmente:

Embora a teoria da fonte independente não se aplique aqui, o seu raciocínio é inteiramente consistente com, e justifica a adoção da exceção da descoberta final ou inevitável para a regra de exclusão. Se o Ministério Público pode estabelecer por uma preponderância da evidência que as informações em última análise, inevitavelmente, teriam sido descobertas por meios legais – aqui, a busca dos voluntários –, então a lógica de dissuasão tem tão pouca base que as provas devem ser recebidas (EUA, 1984b, p. 467 U.S. 441-444).

Esta teoria permite sua aplicação mesmo que exista nexo de causalidade entre a prova ilícita e sua derivada:

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 subseqüentes à ilícita (OLIVEIRA, 2011, p. 350).

Diante do exposto, verifica-se a tênue linha que difere a Teoria da Fonte Independente da Teoria da Descoberta Inevitável, deve-se frisar, portanto, que esta pode ser utilizada, até mesmo quando há nexo causal entre a prova ilícita e sua derivação, desde que haja garantia de que a mesma poderia, ainda que num plano meramente hipotético, ter sido descoberta de qualquer outra forma.

3.4. A Limitação Da Boa-Fé (*The Good Faith Exception*)

Tal teoria se aplica quando a “autoridade imagina estar agindo legalmente, porém incorrendo em erro, o que acontece, na prática, quando um policial cumpre um mandado de busca e apreensão, que depois é declarado nulo” (TASSE; MILÉO; PIASECKI, 2009, p. 47).

“Esta exceção reconhece a atuação daqueles oficiais que agiram com objetiva boa-fé, acreditando ter direito, confiando que estavam atuando sobre a determinação de um magistrado, pois existia uma base substancial de se verificar uma provável causa” (FALCÓN, 2009, p. 900).

Assim, para sua admissão, a boa-fé deve ser cumulada com a razoabilidade dos oficiais:

A exceção da boa-fé (*good faith exception*) prevê a exclusão de uma prova obtida em violação as normas de proteção das garantias contidas na Constituição dos Estados Unidos, esta não pode ser suprimida por esta regra (regra de exclusão) quando a prova tenha sido descoberta por oficiais que atuaram de boa-fé e de modo razoável, ainda que erroneamente acreditassem que estavam autorizados a tomar tais decisões (FALCÓN, 2009, p. 900)

Esta teoria é relativamente nova nos precedentes americanos, sua primeira aparição foi em 1984, no caso *United States versus Leon* (EUA, 1984d, p. 468 U.S 897), o Departamento de Polícia iniciou uma investigação de tráfico de drogas baseada em uma informação confidencial de um informante.

O oficial de polícia conseguiu então um mandado de busca baseado no depoimento sobre as investigações da polícia, que produziu grande quantidade de drogas e elementos de prova. No entanto, os indiciados propuseram supressão das provas apreendidas alegando que tal depoimento era insuficiente para estabelecer indícios razoáveis (*probable cause*) do crime.

No Tribunal, a regra de exclusão, baseada na boa-fé, foi rejeitada. A Corte de Apelações confirmou o julgamento do tribunal reconhecendo a boa-fé como exceção a regra de exclusão.

A Suprema Corte Americana confirmou o entendimento do Tribunal e da Corte de Apelações, no sentido de admissibilidade da limitação da boa-fé, sustentando em síntese que “a boa-fé dos policiais, representada objetivamente pela razoável confiança de que possuíam uma causa provável para a busca e que portavam um mandado válido, justificava o procedimento” (ÁVILA, 2007, p. 147).

Ademais, “a aplicação indiscriminada da regra excludente, impedindo a função da justiça criminal de encontrar a verdade e permitindo que alguns réus culpados saiam em liberdade, também pode gerar desrespeito a lei e a administração da justiça” (EUA, 1984d, p. 468 U.S 897).

Ainda, fundamentou que “mesmo considerando que a regra de exclusão serve para evitar a má conduta policial e o respeito à Quarta Emenda, esta não deveria ser usada para impedir a aplicação objetiva da lei” (EUA, 1984d, p. 468 U.S 897). Ou seja, há de se cuidar em não fazer uso excessivo e indiscriminado da regra de exclusão, correndo o risco de não dar total efetivação ao objetivo do processo e perder todas as evidências para uma eventual condenação.

No caso *Massachusetts versus Sheppard* (EUA, 1984a, p. 468 U.S. 981), do mesmo ano, o promotor distrital aprovou o depoimento do detetive de polícia que elaborou um requerimento de mandado de busca e apreensão. Por ter dificuldades em encontrar um formulário de pedido, o detetive apresentou ao juiz um formulário usado em outro local para busca de substâncias regulamentadas. Concluindo haver causa provável para a busca, e assegurando ao detetive que faria as alterações necessárias, elaborou o mandado com algumas alterações, porem manteve a autorização para busca de substancias controladas. O juiz então entregou o mandado juntamente com o depoimento, informando ao detetive que este tinha autoridade suficiente para proceder a busca.

Os policiais limitaram-se aos itens constantes no depoimento e, descobriram várias provas que resultaram na acusação de assassinato em primeiro grau.

Embora o mandado desrespeitasse a Quarta Emenda não descrevendo os itens a serem apreendidos, o juiz de primeiro grau admitiu as provas adquiridas entendendo que a polícia agira de boa-fé em executar o que pensou ser um mandado válido. O acusado foi considerado culpado, porém o Supremo Tribunal de Massachusets considerou que as provas obtidas deveriam ser excluídas do processo.

A Suprema Corte Americana admitiu as provas obtidas pelo detetive diante da impossibilidade do mesmo deduzir que o mandado de busca entregue pelo juiz fosse inválido, conforme o disposto:

- (a) A regra de exclusão não deve ser aplicada quando o oficial que conduziu a busca atuou na dependência razoável de um mandado obtido por um magistrado independente e neutro, que posteriormente é considerado inválido.
- (b) Aqui, houve uma base razoável para os oficiais erroneamente acreditarem que o mandado autorizava a busca conduzida por eles. Neste ponto, quando o juiz devolveu o depoimento e o mandado, qualquer oficial teria concluído, como o detetive fez, que o mandado autorizava uma busca para as matérias constantes na declaração.
- (c) Um policial não é treinado a duvidar de um juiz que o instrui que o mandado que ele possui autoriza-o a realizar a busca que ele solicitou. (EUA, 1984a, p. 468 U.S. 981)

Guilherme NUCCI (2009, p. 268) aponta que a culpa, nestes casos, é do magistrado que expediu o mandado, e não da autoridade policial. De modo que a prova deve ser admitida tendo em vista que o objetivo primordial é inibir a atividade ilegal das autoridades policiais.

Diante do exposto, conclui-se que esta recente teoria foi aceita nos tribunais americanos admitindo a prova quando o agente da polícia tiver agido de boa-fé, com razoabilidade, acreditando estar sob o mandamento de um magistrado.

4. Os Efeitos Da Teoria No Ordenamento Brasileiro

No Brasil, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada foi utilizada pela primeira vez em 18 de dezembro de 1986, quando o Supremo Tribunal Federal, contra o voto do relator, decidiu não apenas pelo desentranhamento das gravações clandestinas, mas também pelo trancamento do inquérito policial, por inexistência nos autos de elementos não viciados pela contaminação das provas obtidas ilícitamente no processo RTJ 122/47 (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2008, p. 167).

Com o advento da Constituição Brasileira de 1988, foi incluída no artigo 5º, inciso LVI, a vedação a utilização no processo de provas ilícitas em geral no processo.

Todavia, vale ressaltar, que a Constituição Federal restou silente acerca das provas ilícitas por derivação, nem mesmo existia qualquer vedação a admissibilidade das provas derivadas das ilícitas em lei ordinária.

Apenas no ano de 2008, foi promulgada a Lei nº 11.690 que introduziu no Código de Processo Penal Brasileiro o artigo 157, a Teoria dos Frutos da Arvore Envenenada e suas mitigações:

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

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

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

§3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado as partes acompanhar o incidente (BRASIL, 2008a).

Quanto à primeira parte do parágrafo primeiro, é clara a positividade da Teoria do Nexo Causal Atenuado, a qual admite as provas derivadas das ilícitas quando não puder evidenciar o nexo de causalidade entre a prova ilícita e sua derivada.

Por outro lado, a segunda parte do parágrafo primeiro, combinado com o disposto no parágrafo segundo, observa-se que o legislador apesar de ter utilizado a expressão "fonte independente", a conceituação trata acerca da Teoria da Descoberta Inevitável e não da Teoria da Fonte Independente.

Isto porque, apesar de semelhança entre as teorias, elas se diferenciam na medida em que a teoria da fonte independente requer que haja concretamente dois meios de prova, o lícito e o ilícito, já para a teoria da fonte hipotética independente, como o próprio nome diz, basta a hipótese de outro meio de prova lícito (DEZEN, 2008, p. 136).

Assim, o legislador dá a entender que basta o julgador pensar num meio hipotético de se obter a prova por outra fonte válida que seria afastada a ilicitude da prova derivada:

Vale dizer: para o sistema processual brasileiro, não há necessidade de que tenha havido efetivamente uma fonte independente a obter o mesmo meio de prova que o tido como ilícito. Assim, a teoria da fonte independente possui particularidade no Brasil: basta que, hipoteticamente, seja possível a obtenção da prova por outro meio e estará afastada a ilicitude. Não é preciso, concretamente, haver este outro meio de prova com a reforma (DEZEN, 2008, p. 134-135).

Ademais, o texto esvazia o papel fundamental da lei de garantidor de direitos constitucionais individuais:

(...) no §2º aventurou-se o legislador a estabelecer um conceito normativo de *fonte independente* que subverte não só aquela idéia 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 Maior (GOMES FILHO, 2008, p. 269).

Além da redação confusa, alguns doutrinadores entendem que o texto é inconstitucional, considerando o disposto no art. 5º, LVI.

DEZEN (2008, p. 269) considera que o parágrafo segundo, viola as garantias constitucionais, uma vez que, sempre pode ser possível imaginar um meio para conseguir validar a prova.

Para Nelson Jacinto de Miranda COUTINHO, a redação do art. 157, *caput*, §1º e 2º, é inconstitucional e com uso de conceitos indeterminados (COUTINHO, 2008). Neste mesmo sentido, é o entendimento de Paulo RANGEL (2009, p. 436-437).

Aury LOPES JUNIOR considera que toda prova ilícita e dela derivadas devem ser inadmissíveis e desconsideradas:

[...] entendemos que o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade. Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originalmente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que deles se obteve (LOPES JUNIOR, 2014, p. 615).

Em contrapartida, César Dario Mariano da SILVA, entende que não seria correto desprezar uma prova apenas porque ela é derivada de uma prova ilícita, pois causaria impunidade e ofenderia a busca pela verdade real do processo:

Não vemos como não admitir no processo uma prova somente porque ela teve origem em uma prova ilícita. Se as provas angariadas, mesmo oriundas de uma ilícita, obedecerem a todos os princípios constitucionais e processuais, não há como desprezá-las e deixar criminosos impunes, uma vez que o Processo Penal visa a busca da verdade real e a punição de pessoas que atentem contra a ordem pública (SILVA, 2002, p. 43).

E esclarece que “há que sopesar os interesses em litígio para chegar à conclusão se ela poderá ser admitida no processo, haja vista que nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto” (SILVA, 2002, p. 43):

Assim, se direitos ou garantias individuais da pessoa que praticou um crime gravíssimo entrarem em conflito com o direito da sociedade a ver um criminoso punido, há de preponderar o de maior valia, qual seja, o da sociedade, uma vez que as normas constitucionais não podem ser utilizadas para salvaguarda de práticas ilícitas (SILVA, 2002, p. 43).

De igual forma, Fernando CAPEZ também defende a idéia de preponderância de interesses:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita e sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cortejados, para escolha de qual deva ser sacrificado (CAPEZ, 2008, p. 35 e 36).

Antonio Scarance FERNANDES, destaca que a total admissibilidade da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada venha a estimular provas forjadas para impedir a regular tramitação do inquérito/processo:

(...) uma aplicação extremamente rígida dessa orientação não é adequada. Já se aventou, por exemplo, possibilidade de pessoas ligadas a uma organização criminoso, até mesmo policiais, produzirem intencionalmente uma prova ilícita para, com isso, impedir-se o sucesso de investigação em andamento, pois tudo o que viesse a ser obtido nessa averiguação seria considerado ilícito em virtude da contaminação ocasionada pela prova ilicitamente forjada (FERNANDES, 2010).

Neste mesmo sentido, Eugênio Pacelli de OLIVEIRA, “com desconsideração completa à Teoria da Descoberta Inevitável, a ilicitude da prova, mais que uma violação a intimidade dos interessados, revelar-se-ia cláusula de permanente imunidade em relação ao fato” e explica:

Ocorre, todavia, que, prevalecendo esse entendimento, ou seja, no sentido de que todas as provas que forem obtidas a partir da notícia (derivada de prova ilícita) da existência de um crime são também ilícitas, será muito mais fácil ao agente do crime furtar-se à ação da persecução penal. Bastará ele mesmo produzir uma situação de ilicitude na obtenção da prova de seu crime, com violação a seu domicílio, por exemplo, para trancar todas e quaisquer iniciativas que tenham por objeto a apuração daquele delito então noticiado (OLIVEIRA, 2006, p. 351).

No âmbito jurisprudencial, o julgamento do *Habeas Corpus* nº 69.912-0 RS, em 30 de junho de 1993, suscitou grande divergência entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal em relação à aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

O caso tratava da interceptação telefônica dentro de uma investigação acerca do tráfico de entorpecentes.

O Ministro Sepúlveda Pertence votou no sentido da aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, pois se admitidas as provas derivadas das ilícitas, haveria estímulo a atividade ilícita. Acompanharam o voto o Ministro Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Em sentido contrário a este entendimento, permaneceram os Ministros Sydney Sanches, Carlos Velloso, Paulo Brossard, Néri da Silveira, Moreira Alves e Octávio Gallotti, que votaram pela primazia da condenação dos criminosos, sobre o meio pela qual a prova foi obtida.

O julgamento de referido *Habeas Corpus*, foi indeferido inicialmente, por maioria de 6 votos a 5, no sentido de que a ilicitude da prova não se comunicava às derivadas daquela, posteriormente o mesmo foi anulado pela declaração de impedimento de um dos Ministros. Realizado então, novo julgamento, foi deferida a ordem pelo empate. Todavia, uma vez que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (artigo 150, parágrafo terceiro) determina que em caso de empate deve-se favorecer o réu, permaneceu, portanto, o entendimento pela contaminação das provas derivadas das ilícitas (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada). *In verbis*:

PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: A AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGENCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, 'NAS HIPÓTESES E NA FORMA POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO 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 DA 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 POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE. (BRASIL, 1993)

A divergência entre os Ministros continuou até o ano de 2008, quando o Supremo Tribunal Federal, se pronunciou por unanimidade de votos, no julgamento do HC 93050-6/RJ no sentido de que só seriam admissíveis no processo as provas que não possuem nexo de causalidade com a prova ilícita originária:

[...] A QUESTÃO DA DOUTRINA 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 estatais, 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 estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, 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

(RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - 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.. (BRASIL, 2008b)

Desde então mantém o entendimento conforme se observa dos seguintes julgados: HC 93050 julgado em 10 de junho de 2008, HC 97567 julgado em 27 de abril de 2010, HC 103325 julgado em 03 de abril de 2012, HC 116931 julgado em 03 de março de 2015, AO 2057 julgado em 02 de outubro de 2018, AgR HC 156157 julgado em 19 de novembro de 2018.

É claro que a "solução" encontrada pelo STF não parece ser suficiente. Afinal, o conceito de "nexo de causalidade" é abstrato, subjetivo e arbitrário, exigindo do julgador maior desempenho do seu papel criativo para resolver o caso concreto. Portanto, faz-se necessário, para resguardar a segurança jurídica, a real identificação e extensão do significado na contaminação da ilicitude.

5. As Mudanças Que Serão Trazidas Pelo Projeto De Lei Nº 8.045/2010

O Projeto de Lei nº 8.045/2010, iniciado através do PLS 156/2009, visa reformar o Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, vigente hoje em nosso ordenamento brasileiro.

A controvérsia acerca da admissibilidade das provas ilícitas e suas derivadas vêm refletindo diretamente em relação ao Projeto do Novo Código de Processo Penal, conforme veremos a seguir:

Inicialmente, no PL 156/2009, foram excluídas as exceções previstas do art. 157, do atual CPP, considerando inadmissível toda prova ilícita e sua derivada.

O legislador do projeto 156/2009 apenas fez constar a prova ilícita e a prova derivada da ilícita (fruto da arvore envenenada), cumprindo basicamente o que busca a Constituição Federal, ou seja, que nenhuma prova ilícita, assim considerada, por si só, ou por derivação, produza qualquer efeito na causa. (CURY, 2012, p. 229)

Em 2009, o Congresso manteve os equívocos da Lei 11.690/2008:

Art. 165. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos.

§1º A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.

§2º 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.

§3º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova (BRASIL, 2009).

No ano seguinte, foi proposta a Emenda nº 80, atendendo a solicitação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para mudar o *caput* do artigo, bem como, excluir os parágrafos segundo e terceiro, pois daria maior eficácia aos princípios constitucionais, uma vez que as vastas exceções garantidas por tais parágrafos, invalidam o disposto em nossa Carta Magna acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas:

A presente emenda atende a uma solicitação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), manifestada na Nota Técnica n. 10, de 2010, aprovada em 17 de agosto de 2010.

Com efeito, os Conselheiros do CNJ entenderam que as exceções contidas nos §§ 2º e 3º do art. 164 do texto aprovado pelo Plenário acabaram por “invalidar a norma constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita”. De fato, tantas foram as ressalvas à regra geral que esta se torna vulnerável.

Optamos assim, por redação mais simples e harmônica com o texto consagrado no art. 5º, LVI, da Constituição da República (VALADARES, 2010).

A emenda supracitada foi aprovada sob fundamento de que: “a criação de exceções à regra constitucional fragiliza a proteção conferida por esta última, e consideramos temerário mantê-las no novo Código de Processo Penal, ante o risco de um eventual reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo” (CASAGRANDE, 2010).

Em março de 2015, o Ministério Público Federal, através dos estudos da Lava-Jato realizados pelo procurador responsável pelo caso Deltan Dallagnol, elaborou uma ação chamada “Dez Medidas contra a Corrupção”. A Medida de nº 7 propõe ajustes nas nulidades penais, incluindo a modificação do art. 157, do CPP para “introduzir a ponderação dos direitos e interesses em jogo na avaliação da exclusão da prova, o que está em harmonia com a legislação de diversos países democráticos, inclusive a norte-americana, de onde foi importada a regra da exclusão da prova ilícita e da prova derivada da prova ilícita” (MPF).

Assim, através do Projeto de Lei nº 3.916 de 2015 o texto do dispositivo novamente foi alterado:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

§ 2º Exclui-se a ilicitude da prova quando:

I – não evidenciado o nexo de causalidade com as ilícitas;

II – as derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova;

III – o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada;

IV – a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação;

V – derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé;

VI – obtida em legítima defesa própria ou de terceiros ou no estrito cumprimento de dever legal exercidos com a finalidade de obstar a prática atual ou iminente de crime ou fazer cessar sua continuidade ou permanência;

VII – usada pela acusação com o propósito exclusivo de refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena;

VIII – necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena;

IX – obtidas no exercício regular de direito próprio, com ou sem intervenção ou auxílio de agente público;

X – obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, manda to, função, cargo ou emprego públicos ou privados.

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

§ 4º O juiz ou tribunal que declarar a ilicitude da prova indicará as que dela são derivadas, demonstrando expressa e individualizada mente a relação de dependência ou de consequência, e ordenará as providências necessárias para a sua retificação ou renovação, quando possível.

§ 5º O agente público que dolosamente obtiver ou produzir prova ilícita e utilizá-la de má-fé em investigação ou processo, fora das hipóteses legais, sujeita-se a responsabilidade administrativa disciplinar, sem prejuízo do que dispuser a lei penal (BRASIL, 2015).

Justificou-se a implementação do texto na busca pela segurança jurídica através da objetividade dos conceitos:

A amplitude do conceito em vigor leva a interpretações subjetivas, que por sua vez conduzem a decisões seletivas, conforme denunciado na tese de mestrado de Diogo Castor de Mattos, intitulada *A seletividade penal na utilização abusiva do “habeas corpus” dos crimes do colarinho-branco*.

O referido pesquisador, após analisar decisões do STJ e comparando julgamentos de crimes do colarinho-branco com julgamentos de outros crimes, cujos réus não eram políticos nem empresários abastados, mas assistidos da Defensoria Pública, acusados de latrocínio, tráfico de drogas e lesão corporal, constatou que os argumentos usados pelos Ministros do STJ para anular as ações penais em casos de crimes graves praticados por ricos ou poderosos não acudiram acusados menos endinheirados.

Contudo, como se viu, as *exclusionary rules* foram criadas para proteger os direitos constitucionais do investigado ou do réu e não para tutelar formalidades, muito menos para adicionar variáveis aleatórias, próprias das loterias e dos jogos de azar, ao processo criminal. Assim, sugere-se que sejam consideradas ilícitas as provas obtidas com violação aos direitos ou garantias legais ou constitucionais (COSTA, 2015).

Todavia, atualmente, o Projeto exclui todas as exceções da Teoria dos Frutos da Arvore Envenenada:

"Art. 167. São inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos e as dela derivadas.

Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório."

Em junho deste ano (2018) o Deputado João Campos apresentou um substitutivo ao PL 8.045/2010 com o seguinte texto:

Art. 188. É inadmissível a prova ilícita, assim entendida aquela obtida em violação a direito ou garantia constitucional ou legal.

§ 1º Admite-se a prova derivada da prova ilícita quando:

I - não evidenciado o nexo de causalidade entre ambas;

II - a prova derivada puder ser obtida por fonte independente, assim entendida a que não possuir vinculação com a prova ilícita;

III - a prova derivada seria inevitavelmente obtida seguindo-se os trâmites próprios da investigação criminal ou da instrução processual.

§ 2º A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente, em cartório judicial. Preclusa a decisão sobre a inadmissibilidade da prova, será ela destruída, ressalvada a possibilidade do envio de cópias às autoridades competentes para responsabilização pela produção ilícita dos elementos de cognição (CAMPOS, 2018)

O Substitutivo ainda não foi julgado pela Câmara, mas é possível verificar que a temática acerca das provas ilícitas derivadas não se encontra pacificada, em especial no âmbito legislativo e doutrinário, e portanto, merece ser discutida.

6. Conclusões Finais

Diante do exposto, verifica-se que a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada foi criada através de construções jurisprudenciais da Suprema Corte Americana, e prevê, em breve síntese, que o veneno da árvore transmite-se para seus frutos, ou seja, a prova ilicitamente obtida contamina suas derivadas, que, por conseguinte, também serão consideradas ilícitas.

A Suprema Corte acolheu algumas exceções à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada conhecidas como: Teoria da Fonte Independente, Teoria do Nexo Causal Atenuado, Exceção da Descoberta Inevitável e, por fim, Limitação da Boa-fé, com a intenção de evitar que a aplicação indiscriminada da regra excludente impeça a função da Justiça de encontrar a verdade.

Aplica-se a Teoria da Fonte Independente em casos de busca e apreensão realizada sem o devido mandado judicial, mas que, em razão de uma provável causa, teria sido emitido de qualquer maneira, mesmo que não tivesse sido obtida de maneira ilícita.

A Teoria do Nexo Causal Atenuado é utilizada quando o vício da prova ilícita por derivação possa ser considerado diluído, levando-se em consideração o tempo decorrido entre a ilegalidade da prova e a obtenção de sua prova derivada.

A Exceção da Descoberta Inevitável, também conhecida como Exceção da Fonte Hipotética Independente, admite a prova derivada da ilícita quando esta puder, ainda que hipoteticamente, ser descoberta por outra forma.

A Limitação da Boa-fé prevê a admissibilidade de uma prova obtida em violação à Quarta Emenda caso o policial tenha agido de boa-fé e de modo razoável, uma vez que não cabe a ele discutir a licitude de mandado expedido por autoridade judicial competente.

No Brasil, a inadmissibilidade das provas ilícitas foi pela primeira vez regulada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, permanecendo silente quanto as provas ilícitas por derivação, deixando espaço para muita discussão no âmbito doutrinário e judicial.

Apenas em 2008, com o advento da Lei nº 11.690, a admissibilidade das provas ilícitas por derivação foi regulada, com a introdução do artigo 157 no Código de Processo Penal.

Todavia, a problemática, não se encerrou, tendo em vista que o legislador, no parágrafo segundo do referido artigo, mistura os conceitos da Teoria da Fonte Independente com os da Teoria da Descoberta Inevitável, sendo tal dispositivo, considerado, ainda, por alguns doutrinadores, inconstitucional por violar garantias constitucionais individuais.

Atualmente, encontra-se em tramite perante o Congresso Nacional, o Projeto de Lei 8.045/2010 que visa a Reforma do Código de Processo Penal. Em sentido contrario as propostas do MPF referente as "Dez Medidas Contra Corrupção", o Projeto retirou todas as exceções a regra de contaminação da prova ilícita derivada, considerando inadmissíveis todas as provas ilícitas, bem como suas derivadas.

7. Referências

- ARAÚJO, Moacir Martini de. **As recentes alterações no processo penal (Leis n. 11.689/08, n. 11.690/08 e n. 11.719/08)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- BENTO, Ricardo Alves. A limitação do direito penal no exercício da cidadania empresarial. In: **Revista Jurídica – UNICURITIBA**. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1767/1159>. Acesso em: 10.nov.2018.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF: Senado, 1998.
- BRASIL. Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Brasília, DF.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.916/2015. Altera os arts. 157, 563, 564, 567 e 571 a 573 e acrescenta o art. 570-A ao do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, para redefinir o conceito de provas ilícitas e revisar as hipóteses de nulidade. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1431069.pdf>. Acesso em: 7 nov 2018.
- BRASIL, Congresso Nacional. Rel. Senador Renato Casagrande. Parecer aprovado na Comissão, 09 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=71657&tp=1>. Acesso em: 11 nov 2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). HC 93.050-6/RJ, Rel. Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 10 de junho de 2008, publicado em 01 de agosto de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539135>. Acesso em: 8 dez 2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). HC 69.912-0/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 16 de dezembro 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80349>. Acesso em: 15 dez 2018.
- CAMPOS, João. Substitutivo ao PL 8045/2010, 13 de junho de 2010. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=SBT+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010. Acesso em: 10 dez 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASAGRANDE, Renato. Avulso do Parecer n 1.617, de 2010. Da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, sobre as 214 emendas de Plenário apresentadas na discussão, em turno suplementar, do Projeto de Lei do Senado 156, de 2009, que Reforma o *Código de Processo Penal*, do Senador José Sarney. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84630&tp=1>. Acesso em: 18 dez 2018.

COUTINHO, Nelson Jacinto de Miranda. **As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo**. Boletim do IBCCRIM, nº369, 2008.

COSTA, Indio da. Justificativa ao Projeto de Lei nº 3.916 de 2015: Altera os arts. 157, 563, 564, 567 e 571 a 573 e acrescenta o art. 570-A ao do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, para redefinir o conceito de provas ilícitas e revisar as hipóteses de nulidade. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1431069.pdf>. Acesso em: 19 dez 2018.

CURY, Rogério. A teoria geral da prova sob o enfoque constitucional no projeto de Lei 156/2009 do Senado federal. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAUJO, Fabio Roque. (Coords.). **O Projeto do Novo Código de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2012. cap. 8, p. 223-232.

DEZEN, Guilherme Madeira. **Da prova penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas**. Campinas: Millennium Editora, 2008.

EUA, Suprema Corte. *Massachusetts versus Sheppard*, 468 U.S. 981 (1984), nº 82-963, julgado em 05 de julho de 1984. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/468/981/case.html>. Acesso em: 15 out 2018.

EUA, Suprema Corte. *Miranda versus Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), nº 759, julgado em 13 de junho de 1966. Disponível em: <http://preme.justia.com/us/384/436/>. Acesso em: 8 out 2018.

EUA, Suprema Corte. *Murray versus United States*. 487 U.S. 533 (1988), nº 86-995, julgado em 27 de junho de 1988. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/487/533/>. Acesso em: 10 out 2018.

EUA, Suprema Corte. *Nardone versus United States*. 308 U.S. 338 (1939), nº 240, julgado em 11 de dezembro de 1939. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>. Acesso em: 20 out 2018.

EUA, Suprema Corte. *Nix versus Willians*, 467 U.S. 431 (1984), nº 82-1651, julgado em 11 de junho de 1984. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/467/431/>. Acesso em: 16 out 2018.

EUA, Suprema Corte. *Oregon versus Elstad*. 470 U.S. 298, (1985), n. 83-773, julgado em 04 de março 1985. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/470/298/>. Acesso em: 13 out 2018.

EUA, Suprema Corte. *Segura versus United States*. 468 U.S.796 (1984), nº 82-5298, julgado em 05 de julho de 1984. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/468/796/>. Acesso em: 7 out 2018.

EUA, Suprema Corte. *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920), Nº 358, julgado em 26 de janeiro de 1920. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>. Acesso em: 5 out 2018.

EUA, Suprema Corte. *United States versus Ceccolini*. 435 U.S. 268 (1978), nº 76-1151, julgado em 21 de março 1978. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/435/268/case.html>. Acesso em: 2 out 2018.

EUA, Suprema Corte. *United States versus Leon*, 468 U.S 897 (1984), nº 82-1771, julgado em 05 de julho de 1984. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/468/897/>. Acesso em: 25 out 2018.

EUA, Suprema Corte. *Wong Sun versus United States*, 371 U.S. 479 (1963), n. 36, julgado em 14 de janeiro de 1963. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/371/471/> . Acesso em: 20 out 2018.

EMANUEL, Steven L. **Criminal Procedure**. New York: Aspen Publishers, 2009.

FALCÓN, Enrique M. **Tratado de la prueba**. Ciudad de Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2009.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Reformas do processo penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas: teoria da proporcionalidade, interceptação e escuta telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo**. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.

SOUZA, Sergio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional pós-reforma de 2008: Atualizado de acordo com as Leis 11.689/08 e 11.690/08**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. **O novo sistema de provas no processo penal: Comentários à Lei 11.690/08**. Curitiba: Juruá, 2009.

Ministério Público Federal (MPF). **Dez Medidas Contra a Corrupção: Medida 7 Ajustes nas nulidades penais contra a impunidade e a corrupção**. Disponível em:

<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/medida-7>.
Acesso em: 20 dez 2018.

VALADARES, Antonio Carlos. Avulso de emendas, Emenda n. 80 ao PLS 156, de 2009, em turno suplementar, 23 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84031&tp=1>. Acesso em: 13 dez 2018.