

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Antônio Miguel Müller de Farias

**As exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada
no processo penal brasileiro**

Florianópolis

2020

Antônio Miguel Müller de Farias

**As exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada
no processo penal brasileiro**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito
do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal
de Santa Catarina, como requisito para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto

Florianópolis

2020

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

de Farias, Antônio Miguel Müller

As exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada no
processo penal brasileiro / Antônio Miguel Müller de Farias
; orientador, João dos Passos Martins Neto, 2020.

73 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2020.

Inclui referências.

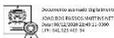
1. Direito. 2. Frutos da árvore envenenada. 3. Prova
ilícita. 4. Exclusão probatória. 5. Argumentação. I. Martins
Neto, João dos Passos . II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “As exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada no processo penal brasileiro”, elaborado pelo acadêmico Antônio Miguel Müller de Farias, defendido em 04/12/2020 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 04 de dezembro de 2020.



Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto
Professor Orientador

**BERNARDO LAJUS
DOS SANTOS**

Assinado de forma digital por
BERNARDO LAJUS DOS SANTOS
Dados: 2020.12.08 14:31:22 -02'00'

Bernardo Lajus dos Santos
Membro de Banca

Ricardo Ávila Abraham
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Antônio Miguel Müller de Farias

RG: 5.571.632

CPF: 005.610.500-23

Matrícula: 16101196

Título do TCC: As exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada no processo penal brasileiro

Orientador: Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto

Eu, Antônio Miguel Müller de Farias, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 04 de dezembro de 2020.



Documento assinado digitalmente
Antonio Miguel Muller de Farias
Data: 10/12/2020 09:42:08-0300
CPF: 005.610.500-23

Antônio Miguel Müller de Farias

*Aos meus pais e ao meu irmão,
por todo o apoio e amor ao longo da vida.*

AGRADECIMENTOS

“Nenhum homem é uma ilha”, já dizia um poema antigo que, embora se aproxime do clichê por ser tão citado, é uma verdade irretocável. Por trás de toda conquista, há uma rede de pessoas que proporcionaram este feito.

Iniciando por quem me iniciou, agradeço aos meus pais. Eu não estaria aqui sem eles, não apenas pela óbvia questão biológica, mas também pelo amor, apoio, incentivo e educação que me formaram como ser humano.

Agradeço ao meu irmão, uma influência constante na vida, com quem sempre pude contar para conversar e conhecer os assuntos mais variados e intrigantes possíveis. Com temas que variam de Stanley Kubrick e violão a cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, o mundo é mais interessante com os nossos diálogos.

Agradeço a todos os amigos, da escola e da faculdade, que me acompanharam ao longo da vida e com quem compartilhei momentos preciosos. Nas conversas nos bares da UFSC, já resolvemos todos os problemas do Brasil e do mundo, mas, infelizmente, ainda temos que aprender a anotar as ideias para não nos esquecermos depois.

Agradeço a todos da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, onde tive a sorte de estagiar. De como entender processos longos e complexos a como atender pessoas excêntricas na porta, não faltaram ensinamentos. Não apenas aprendi lições valiosas sobre o Direito e o Poder Judiciário, como tive o privilégio de conviver com uma equipe de pessoas fantásticas.

Agradeço a todos do gabinete do 4º Ofício da Procuradoria da República em Santa Catarina, onde estagio atualmente. Embora a quarentena tenha dificultado um convívio mais próximo nos últimos meses, sigo aprendendo e fico grato por poder trabalhar com uma equipe tão atenciosa.

Agradeço a todos os membros do grupo Legisla UFSC, projeto da faculdade do qual fico honrado em participar. Além dos momentos de diversão e das atividades, tenho alegria de ver o potencial do grupo e pensar que todos deixaremos um legado para a universidade, o qual esperamos que continue sendo desenvolvido pelos estudantes futuros.

Agradeço ao Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto, o qual aceitou me orientar nesta monografia há algum tempo e teve paciência notável com as várias mudanças de tema que fiz até encontrar o que gerou o presente trabalho. Ademais, fico grato por seus comentários, indicações e dicas, os quais foram de enorme importância.

Por fim, agradeço a todas pessoas que se recusam a se curvar diante da era de obscurantismo em que vivemos. Os últimos meses da pandemia mostraram o valor dos cientistas, médicos, enfermeiros, entre outros, e comprovaram a necessidade urgente de formarmos juristas e políticos conscientes. Num mundo de ignorância e desinformação gritantes, eu tenho reverência por aqueles que ainda acreditam na verdade, na ética e na razão.

Nada destrói um governo mais rapidamente do que o fracasso em seguir a sua própria lei, ou, pior, a desconsideração da Carta que lhe garante a existência.

(Suprema Corte dos EUA, trecho da decisão em *Mapp v. Ohio*, 1961)

Nosso belo dever é imaginar que há um labirinto e um fio.

(Jorge Luis Borges, O fio da fábula)

RESUMO

Uma das teorias mais notórias e criticadas do Direito é a dos frutos da árvore envenenada, associada intimamente à exclusão de provas ilícitas. Embora a teoria tenha sido adotada expressamente em lei no Brasil, percebe-se que as críticas ainda persistem no debate sobre as exceções a ela. Esta monografia busca responder à seguinte pergunta reitora: quais são as exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada no processo penal brasileiro e como interpretá-las? O trabalho expõe que há duas correntes interpretativas em relação à teoria dos frutos da árvore envenenada: uma defende a expansão da admissibilidade de provas; a outra, restrição. Através de pesquisa bibliográfica e documental, fez-se consulta a diversos livros, artigos e decisões judiciais, tanto do Brasil quanto dos EUA, para definir a teoria dos frutos da árvore envenenada, bem como entender suas exceções e particularidades. Das obras consultadas também se colheram as posições e os argumentos dos juristas voltados à expansão ou à restrição das exceções. Para responder à primeira parte da pergunta reitora, “quais são as exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada no processo penal brasileiro?”, utilizou-se do método indutivo. Para responder à segunda parte da pergunta reitora, “como interpretar as exceções?”, lançou-se mão do método dedutivo. O primeiro capítulo define a teoria dos frutos da árvore envenenada e as suas exceções, contextualizando ambas: apresentam-se algumas definições jurídicas sucintas, relata-se o histórico da teoria na Suprema Corte dos EUA e no STF. No segundo capítulo, apresenta-se o marco teórico e expõem-se as duas correntes interpretativas sobre o objeto desta monografia. O terceiro e último capítulo posiciona-se sobre o assunto. Após considerações sobre o que é uma decisão judicial ideal, avalia-se criticamente os argumentos apresentados no capítulo anterior. Nesta avaliação, evidencia-se que o autor desta monografia se inclina à corrente restritiva de interpretação das exceções. Ao final, conclui-se não haver solução única e inequívoca para o tema desta monografia, mas que existem critérios racionais para melhorar a jurisprudência e evitar decisões ruins ou excessivamente subjetivas.

Palavras-chave: Frutos da árvore envenenada. Prova ilícita. Exclusão probatória. Processo Penal. Argumentação. Direitos fundamentais. Direito Constitucional.

ABSTRACT

One of the most notorious and criticized legal doctrines is that of the fruits of the poisonous tree, inherently associated to the exclusionary rule. Although the doctrine has been explicitly adopted by Brazilian law, it is clear that the criticisms still persist through the debate on its exceptions. The present monograph aims to answer the following guiding question: which are the exceptions to the theory of the fruits of the poisonous tree in the Brazilian criminal procedure and how to interpret them? The work states that there are two interpretative currents regarding the theory: one of them defends expanding evidence admissibility; the other, restricting. Through bibliographic and documentary research, several books, articles and judicial decisions were consulted, as much from Brazil as from the USA, in order to define the theory, as well as to understand its exceptions and peculiarities. From the consulted references, one has also collected the positions and arguments of legal experts aimed at expanding or restricting exceptions. With a view to answering the first part of the guiding question, “which are the exceptions to the theory of the fruits of the poisonous tree in the Brazilian criminal procedure?”, the inductive method was used. For answering the second part, “how to interpret the exceptions?”, the deductive method was applied. The first chapter defines the theory of the fruits of the poisonous tree and its exceptions, contextualizing both: some legal definitions are presented, the history of the theory in the US Supreme Court and in the Brazilian Supreme Court is reported. On the second chapter, the conceptual framework is introduced and the two interpretative currents on the subject of this monograph are described. The third and last chapter takes a stand on the monograph’s subject. It is discussed what a model judicial decision is and the arguments which were brought forward on the previous chapter are critically evaluated. According to this assessment, it becomes clear that this monograph’s author leans towards the restrictive current regarding the exceptions. In the end, it is concluded that there is no single and unequivocal solution to the subject, but that there are rational criteria to improve case law and avoid faulty or excessively subjective decisions.

Keywords: Fruits of the poisonous tree. Illegal evidence. Exclusionary rule. Criminal procedure. Argumentation. Fundamental rights. Constitutional law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

CF - Constituição Federal

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

EUA - Estados Unidos da América

HC - *Habeas Corpus*

Rcl - Reclamação

RE - Recurso extraordinário

RHC - Recurso ordinário em *habeas corpus*

TJ - Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

v. - Versus

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA	18
2.1	DEFINIÇÃO	18
2.2	BREVE HISTÓRICO NA SUPREMA CORTE DOS EUA	21
2.2.1	Origem	21
2.2.2	Fonte independente	22
2.2.3	Atenuação do vício.....	24
2.2.4	Descoberta inevitável.....	27
2.2.5	Algumas peculiaridades no direito norte-americano	28
2.3	BREVE HISTÓRICO NO BRASIL.....	30
2.3.1	Introdução e desenvolvimento no Brasil pelo STF	31
2.3.2	A fonte independente.....	32
2.3.3	Descoberta inevitável.....	35
2.3.4	Atenuação do vício.....	35
2.3.5	Algumas peculiaridades no direito brasileiro.....	37
2.4	PROBLEMATIZAÇÕES	38
3	AS INTERPRETAÇÕES DIVERGENTES	40
3.1	O DIREITO COMO ARGUMENTAÇÃO.....	40
3.2	EXPANSÃO INTERPRETATIVA DAS EXCEÇÕES	43
3.2.1	A proporcionalidade como critério de admissão de provas ilícitas	44
3.2.2	A aplicação conforme a finalidade da regra	45
3.2.3	Incentivo à impunidade.....	46
3.3	RESTRIÇÃO INTERPRETATIVA DAS EXCEÇÕES	49
3.3.1	Subjetividade e decisionismo.....	49
3.3.2	O Estado promovendo um ilícito	51
3.3.3	A prevenção de abusos num sistema penal disfuncional.....	52
3.3.4	Garantias prevalecem sobre a busca da verdade real.....	54

4	O QUE DECIDIR?	55
4.1	ALGUNS CRITÉRIOS PARA DECISÕES JUDICIAIS	55
5	CONCLUSÃO	68
	REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

No polêmico filme *Dirty Harry* (traduzido no Brasil como *Perseguidor Implacável*)¹, o detetive linha-dura Harry “Dirty” Callahan, interpretado por Clint Eastwood, investiga o *serial killer* Scorpio, em San Francisco, EUA. Após uma série de homicídios cometidos com um fuzil de precisão, Scorpio sequestra uma adolescente e ameaça matá-la se não receber dinheiro para um resgate. Seguindo pistas, o detetive descobre que o *serial killer* mora em um quarto num estádio de futebol. Ao chegar no local, Harry encontra o assassino, o qual foge. Durante a perseguição, Harry dispara com uma arma de fogo e atinge a perna do criminoso, que cai no chão e fica imóvel. Harry pisa sobre a perna baleada de Scorpio e o tortura até que confessa os crimes e dá o paradeiro da adolescente sequestrada.

Corta a cena, policiais descobrem o cadáver da jovem em um buraco, perto da Golden Gate.

Logo após, Harry é recebido no gabinete de um promotor de justiça. Este, com auxílio de um professor de Direito Constitucional, explica ao detetive que o assassino será liberado da prisão, pois não há evidências válidas contra ele. O fuzil de precisão que foi encontrado no quarto do criminoso é inadmissível como prova, porque Harry invadiu o domicílio sem autorização judicial. Quanto à confissão e às demais provas físicas (incluindo o corpo da vítima), também não poderiam ser utilizadas, já que foram derivadas de tortura policial.

Ao ouvir sobre a inadmissibilidade das provas, Harry pergunta: “Quem determina isso?”.

O promotor responde: “É a lei.”

Harry, indignado, exclama: “Bem, então a lei está louca!”

O filme, de 1971, até hoje ilustra perfeitamente a percepção popular acerca da exclusão de provas ilícitas. Aos olhos de leigos – e mesmo de juristas consagrados – a regra parece um tecnicismo inútil com o efeito pernicioso de “ajudar bandidos”.

Quando o autor desta monografia viu o filme pela primeira vez aos 13 anos, também não conseguiu entender bem o motivo de excluírem aquelas provas cabais. O policial não poderia ser punido e, ao mesmo tempo, as provas serem admitidas? Entretanto, após alguns anos de leituras e uma graduação em Direito quase concluída, o autor chegou a duas conclusões: a) Hollywood é um péssimo parâmetro para avaliar a realidade; b) não, a lei não está louca.

¹ PERSEGUIDOR Implacável. Direção de Don Siegel. San Francisco: Warner Bros., 1971. 1 DVD (102 min.).

O interesse do autor em entender a racionalidade da exclusão probatória aumentou ainda mais ao descobrir que o tema continua controverso no Brasil, especialmente em relação a uma concepção chamada de “frutos da árvore envenenada”, a qual, na legislação brasileira, comporta exceções, e foi baseada no direito norte-americano.

Paralelamente, ao longo da faculdade, o autor deste trabalho também começou a enxergar o Direito como uma atividade marcada profundamente por divergências de opiniões e ideologias, estando longe de ser puramente objetivo e técnico. Entretanto, embora o autor reconheça a subjetividade do Direito, não aceita a arbitrariedade e o relativismo. A busca pelo equilíbrio entre a flexibilidade do Direito e a aplicação de critérios racionais fez o autor se aproximar das teorias da argumentação jurídica.

Este trabalho acadêmico foi a ocasião para ler mais desse marco teórico e utilizá-lo para compreender uma questão polêmica entre os juristas e mal-compreendida pelos leigos. Ao longo desta monografia, buscou-se responder a esta pergunta reitora: quais são as exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada no processo penal brasileiro e como interpretá-las?

Embora se trate de um tópico em específico, ver-se-á nesta monografia que o assunto esbarra em teoria do Direito e nos fundamentos e finalidades do direito constitucional e do processo penal. Será exposto ao longo do trabalho que há duas correntes interpretativas em relação à teoria dos frutos da árvore envenenada: uma defende a expansão da admissibilidade de provas; a outra, restrição.

Através de pesquisa bibliográfica e documental, consultaram-se diversos livros, artigos e decisões judiciais, tanto do Brasil quanto dos EUA, para definir a teoria dos frutos da árvore envenenada, bem como entender suas exceções e particularidades. Das obras consultadas também se colheram as posições e os argumentos dos juristas voltados à expansão ou à restrição das exceções. Ou seja, para responder à primeira parte da pergunta reitora, “quais são as exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada no processo penal brasileiro?”, utilizou-se do método indutivo.

Com o intuito de dar coerência a esse amontoado de opiniões divergentes, escolheu-se como marco teórico o autor espanhol Manuel Atienza. Com obra sólida em Filosofia do Direito e argumentação jurídica, Atienza proporcionou as categorias utilizadas para analisar os argumentos compilados e confrontá-los. Portanto, para responder à segunda parte da pergunta reitora, “como interpretar as exceções?”, lançou-se mão do método dedutivo.

O primeiro capítulo define a teoria dos frutos da árvore envenenada e as suas exceções, contextualizando ambas. Após algumas definições jurídicas sucintas, relata-se o histórico da

teoria na Suprema Corte dos EUA, onde surgiu e foi proeminentemente desenvolvida. Depois, volta-se ao histórico da teoria no STF, o órgão que com mais destaque a desenvolveu no Brasil. Por fim, descrevem-se algumas das controvérsias pendentes sobre o tema.

No segundo capítulo, apresenta-se o marco teórico e expõem-se as duas correntes interpretativas sobre o objeto desta monografia. Primeiramente, é introduzida a concepção de Direito como argumentação. Após, contrapõem-se os argumentos para a expansão e para a restrição interpretativa das exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada.

O terceiro e último capítulo posiciona-se sobre o assunto. Após trazer considerações de Atienza sobre a decisão judicial, avalia-se criticamente os argumentos apresentados no capítulo anterior. Ao final, será percebido que não há solução única e inequívoca para o tema desta monografia, mas que existem critérios racionais para melhorar a jurisprudência e evitar decisões ruins ou excessivamente subjetivas. Há um labirinto, mas deve-se ter fé de que há um fio para guiar.

2 A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

O nome técnico é “provas ilícitas por derivação”. Entretanto, a metáfora é tão visual e explicativa, que a expressão “frutos da árvore envenenada” se tornou célebre por si só entre os operadores do Direito.

Como o eixo de todo este trabalho é essa teoria, nada mais lógico do que a definir e a contextualizar. É o que propõe o presente capítulo.

De início, apresenta-se uma definição da teoria dos frutos da árvore envenenada, bem como seus contornos jurídicos. Posteriormente, situa-se a teoria dos frutos em seu contexto histórico: sua origem e seu desenrolar nos EUA, e a posterior “importação” no Brasil. Ao final, expõem-se controvérsias pendentes que sondam essa teoria – oportunizando, assim, o desenvolvimento desta monografia.

2.1 DEFINIÇÃO

A teoria dos frutos da árvore envenenada é uma consequência lógica da vedação das provas ilícitas. O raciocínio resumido é que, se estas são inadmissíveis num processo, as demais provas que derivam delas também deveriam ser.

Então, para entender o tema deste trabalho, é necessário, primeiro, recordar-se do próprio conceito de prova ilícita.

Os juristas brasileiros convencionaram em definir como “provas ilegais” aquelas que são contrárias à lei em geral. Tal conceito se divide em provas ilegítimas e provas ilícitas. Segundo Badaró, as primeiras são aquelas produzidas com a violação de normas processuais (por exemplo, oitiva de uma testemunha sem dar às partes o direito de perguntas). As segundas são obtidas com a violação de normas de direito material ou de garantias constitucionais (por exemplo, um “grampo telefônico” ilegal)².

Antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), a sanção para cada tipo de prova dependia da natureza do direito violado. Se a prova era ilegítima, a sanção seria processual. Se a prova era ilícita, a sanção seria tão somente através do direito material. Ou seja, se uma prova fosse obtida por meio de um crime, este seria punido conforme o Código Penal; entretanto, a prova poderia ser admitida num processo em que ela fosse relevante. Com

² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 409-410.

a Constituição atual, o tratamento mudou: a prova ilícita passou a implicar tanto uma sanção material quanto uma processual - a sua não admissão no processo. Posteriormente, explicitou-se em lei infraconstitucional que a inadmissibilidade das provas ilícitas tem como consequência o seu desentranhamento do processo.

Com a Lei nº 11.690/2008, as provas ilícitas passaram a ser definidas no Código de Processo Penal (CPP) como aquelas “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, o que trouxe abalo à até então consagrada diferenciação entre provas ilegais, ilícitas e ilegítimas. Aury Lopes Jr. entende que a distinção se mantém, devendo o termo “provas ilícitas” se referir às provas que violaram a Constituição ou leis materiais. A diferença prática é que as ilegítimas podem ser repetidas e aproveitadas em Juízo, enquanto as ilícitas devem ser desentranhadas, sem possibilidade de serem reproduzidas³.

Retomando a teoria dos frutos da árvore envenenada, explica-se o seu nome. Trata-se de linguagem figurada: uma árvore tóxica transmite o veneno para seus frutos. Analogamente, uma prova ilícita transmite o seu vício para outras provas que lhe forem decorrentes.

A prova ilícita por derivação é aquela que, em si mesma, é lícita; porém, somente foi obtida através de informações ou elementos derivados de uma prova ilícita. Exemplo: a polícia encontra um cadáver ao cumprir um mandado de busca domiciliar (à primeira vista, uma prova lícita), mas a informação da localização do corpo foi colhida por meio de uma confissão mediante tortura⁴.

A razão de ser da teoria exposta é que, se as provas ilícitas por derivação não fossem vedadas, haveria uma brecha para contornar a inadmissibilidade das provas ilícitas originárias⁵. No exemplo dado anteriormente, a autoridade policial, mesmo que não pudesse usar a confissão como prova, poderia se sentir incentivada a utilizar tortura como método de investigação – afinal, foi eficaz para localizar o cadáver.

Em outras palavras, as razões da teoria dos frutos da árvore envenenada se confundem com as da vedação das provas ilícitas.

Prosseguindo, cumpre-se destacar que há décadas vêm sendo debatidas exceções a essa teoria, especialmente no campo da jurisprudência norte-americana.

³ LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 395-396.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 647.

⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 366.

Conforme o entendimento estadunidense, haveria três exceções: (1) *attenuation of the taint* (atenuação do vício), (2) *independent source* (fonte independente) e (3) *inevitable discovery* (descoberta inevitável). A (1) entende que o vício original seria mitigado pelo período de tempo entre a ilegalidade e a aquisição da prova secundária, além da ocorrência de eventos intervenientes e da flagrância da ilegalidade inicial. A (2) ocorre quando não há nexo causal entre uma prova ilícita e outra que lhe seria supostamente decorrente. Ou seja, não se trata propriamente de uma exceção à teoria dos frutos, mas, sim, o reconhecimento de que uma prova não é derivada de outra ilícita, o que afasta a vedação. Por fim, a (3) valida uma prova ilícita por derivação quando a sua produção ocorreria de qualquer modo, independentemente da prova ilícita original⁶.

Com a Lei nº 11.690/2008 - a qual alterou a redação do art. 157, do CPP - a legislação brasileira adotou expressamente a teoria dos frutos da árvore envenenada, bem como algumas das exceções norte-americanas, ainda que de maneira confusa, segundo críticas⁷.

Lê-se da transcrição parcial do dispositivo:

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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

[...]

Apenas a fonte independente é mencionada explicitamente. Porém, o § 2º se refere, na prática, à descoberta inevitável – interpretação chancelada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), como se verá adiante nesta monografia. Ademais, há quem defenda que a atenuação do vício estaria abarcada pelo conceito de “nexo de causalidade”, embora tal entendimento seja controverso⁸.

⁶ BADARÓ, 2017, p. 417.

⁷ BADARÓ, 2017, p. 418; LOPES Jr., 2018, p. 394.

⁸ LIMA, 2019, p. 653.

Também cumpre ressaltar que, de forma ainda mais polêmica, há uma parcela considerável de juristas defendendo o uso da teoria da proporcionalidade para flexibilizar a inadmissibilidade de provas ilícitas. Assim, haveria uma exceção não prevista em lei, baseada na ponderação de princípios.

2.2 BREVE HISTÓRICO NA SUPREMA CORTE DOS EUA

A vedação da prova ilícita por derivação se originou e se desenvolveu na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA) ao longo do século XX. Naturalmente, a teoria foi abordada e interpretada também pelas cortes inferiores. Porém, para efeitos de delimitação, optou-se por compilar aqui os casos paradigmáticos do mais alto tribunal norte-americano, devido à sua influência ampla no Direito do país e devido ao fato de que a Suprema Corte foi quem definiu as principais decisões a respeito do tema nos EUA.

2.2.1 Origem

O marco zero da teoria foi o caso *Silverthorne Lumber Co. v. US* (1920). Após prenderem Fred Silverthorne e seu pai sem autorização judicial, autoridades estatais invadiram o escritório da empresa da família e confiscaram todos livros, papéis e documentos que encontraram no local. Uma vez libertos, os Silverthorne exigiram de volta seus documentos apreendidos ilegalmente. Conseguiram, mas as autoridades fizeram cópias de todo o material antes de devolvê-lo. Depois, analisando o conteúdo incriminatório das cópias, o juiz do caso emitiu uma ordem para que os Silverthorne entregassem novamente os documentos originais às autoridades. A família se recusou e foi presa por obstrução de Justiça⁹.

O caso chegou à Suprema Corte, a qual decidiu que a acusação não poderia utilizar, no processo, as provas obtidas diretamente ou indiretamente da busca ilegal¹⁰. Segundo a decisão redigida pelo juiz Oliver Wendell Holmes Jr., a busca e apreensão do caso era um ultraje, e a lei não permitia que o Estado tomasse os documentos, copiasse-os e depois usasse o conhecimento do conteúdo para obrigar os suspeitos a devolverem o material obtido ilegalmente - a finalidade da lei não era permitir ao Estado tirar vantagem com sua atividade

⁹ SAMAHA, Joel. **Criminal Procedure**. 8. ed. Belmont: Wadsworth, 2012, p. 338.

¹⁰ LIMA, 2019, p. 647.

ilícita. Conforme Holmes, as provas ilegalmente obtidas não apenas deveriam ser inúteis perante um Juízo - elas não deveriam ter qualquer tipo de utilidade para o Estado¹¹.

Esse mesmo raciocínio foi citado posteriormente no caso *Nardone v. U.S.* (1939), no qual o juiz Felix Frankfurter cunhou a expressão “frutos da árvore envenenada”, uma ilustração para a tese de que o vício das provas originárias se transmite às derivadas. Especula-se que a metáfora tem origem na história bíblica do Jardim do Éden: Adão e Eva comeram o fruto proibido, legando o pecado original a toda a humanidade¹².

2.2.2 Fonte independente

Já em *Silverthorne Lumber & Co. v. U.S.*, o voto do juiz Holmes mencionava que a mera conduta ilegal do Estado na obtenção de uma prova não tornava os fatos do caso sagrados e inacessíveis. Se as provas destes fossem obtidas por uma fonte independente, poderiam ser utilizadas em juízo¹³.

Após décadas de precedentes nesse sentido em cortes inferiores¹⁴, a Suprema Corte assentou a exceção da fonte independente no caso *Segura v. U.S.* (1984).

Após uma investigação, policiais de Nova York conseguiram informações suficientes para obter um mandado de busca e apreensão contra Andrés Segura, suspeito de tráfico de drogas. Porém, sentindo urgência e receosos de que provas poderiam ser destruídas, as autoridades abordaram Segura no saguão do seu prédio e adentraram seu domicílio antes de o mandado ser expedido. Depois de entrarem no apartamento sem autorização do dono, encontraram um outro indivíduo e acharam diversos apetrechos para consumo de entorpecentes, os quais estavam à plena vista. Com base nessas provas encontradas fortuitamente, os dois suspeitos foram levados à delegacia, enquanto dois policiais permaneceram no apartamento esperando a expedição do mandado de busca e apreensão. Uma vez expedido, os policiais realizaram uma revista minuciosa no apartamento e acharam cocaína e registros de transações financeiras relacionadas ao tráfico¹⁵.

¹¹ **Silverthorne Lumber Co. v. US 251 U.S. 385 (1920)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>. Acesso em: 03/06/2020.

¹² WORRALL, John L. **Criminal Procedure**. 3. Ed. Boston: Pearson, 2018, p. 48.

¹³ **Silverthorne Lumber Co. v. US 251 U.S. 385 (1920)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>. Acesso em: 03/06/2020.

¹⁴ **Clayborne Bynum, Appellant v. United States of America, Appellee, 274 F.2d 767 (D.C. Cir. 1960)**. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/274/767/361270/>. Acesso em: 23/11/2020.

¹⁵ **Segura v. United States, 468 U.S. 796 (1984)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/796/>. Acesso em: 04/06/2020.

Durante o julgamento, os réus requereram a supressão de todas as provas obtidas dentro do apartamento. A Suprema Corte reconheceu que a invasão e a ocupação do apartamento pelas autoridades foram ilegais e que os apetrechos encontrados logo após a entrada não eram admissíveis como provas. Entretanto, todas as evidências obtidas após a expedição do mandado foram aceitas, sob o argumento de que se originaram de uma fonte independente, não da ilegalidade cometida pelos policiais. Segundo a Corte, o mandado já era justificado antes mesmo da invasão do domicílio, ou seja, a conduta ilícita não trouxe nenhuma vantagem para as autoridades policiais¹⁶.

Outro desdobramento relevante, relacionado à exceção da fonte independente, foi *Murray v. U.S.* (1988).

O caso é semelhante ao *Segura v. U.S.*: agentes federais estavam vigiando o suspeito Michael F. Murray e avistaram seu carro entrando e saindo de um depósito. Os agentes permaneceram perto deste local e, após um tempo, receberam a informação de que o veículo de Murray havia sido apreendido por outros policiais com maconha dentro. Com essa informação, os agentes adentraram o depósito sem um mandado e se depararam com pilhas de pacotes de maconha à plena vista. As autoridades não mexeram em nada e saíram do depósito. Logo após, requereram um mandado de busca e apreensão sem dizer que haviam invadido o recinto e sem mencionar o que viram lá dentro. Expedido o mandado, as autoridades entraram novamente no depósito e apreenderam a droga e outras evidências¹⁷.

A Suprema Corte não apenas seguiu seu raciocínio de *Segura v. U.S.*, admitindo a prova obtida após a expedição de mandado, como também aceitou a evidência encontrada à plena vista logo após a invasão. De novo, entendeu-se que a entrada ilegal no depósito não trouxe vantagem aos agentes federais, pois já tinham causa provável independente (a investigação e a apreensão do veículo com droga dentro) para obter um mandado. A maconha estava à plena vista e seria encontrada de qualquer forma durante a busca e apreensão autorizada judicialmente¹⁸.

¹⁶ WRIGHT, Roger. **Criminal Procedure: from the courtroom to the street**. New York: Wolters Kluwer, 2015, p. 43-44.

¹⁷ **Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/>. Acesso em: 04/06/2020.

¹⁸ **Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/>. Acesso em: 04/06/2020.

2.2.3 Atenuação do vício

Em *Nardone v. U.S.*, criou-se propriamente a figura de vício transmissível das provas ilícitas. O termo original em inglês para “vício” usado nesta decisão é *taint*, traduzível literalmente como mancha ou mácula. O juiz Frankfurter, aproveitando a metáfora da “árvore envenenada”, mencionou que poderia haver casos nos quais a conexão entre a prova ilícita original e a prova derivada seria tão atenuada, que dissiparia a mancha (*so attenuated as to dissipate the taint*)¹⁹.

Essa exceção foi efetivamente aplicada no caso *Wong Sun v. U.S.* (1963).

Seguindo uma pista, agentes federais bateram na porta da lavanderia pertencente ao suspeito de tráfico de drogas James Toy. Este atendeu a porta, mas, após as autoridades se identificarem, empreendeu fuga lavanderia adentro. Os agentes arrombaram a porta, perseguiram o suspeito e o prenderam. Embora não tenham encontrado nenhuma prova incriminadora, os oficiais conseguiram que Toy indicasse o nome de um traficante e o endereço deste. As autoridades foram até o local e acharam o novo suspeito - chamado de Johnny Yee - bem como tubos contendo heroína. Ao ser interrogado, Yee afirmou ter recebido a droga de Toy e de um outro sujeito, o qual foi posteriormente identificado como Wong Sun. Então, os agentes foram até a residência deste último, onde o prenderam e fizeram uma revista, na qual nenhuma prova incriminadora foi encontrada²⁰.

Todos os suspeitos foram liberados da prisão sem ter que pagar fiança. Contudo, alguns dias depois, compareceram novamente perante as autoridades para prestarem depoimentos. Cada um foi interrogado separadamente. Wong Sun teve dificuldades consideráveis em entender o termo do seu depoimento, sendo necessária a tradução de certos trechos em chinês; por fim, Wong Sun não assinou o documento, mas assentiu com o conteúdo. Posteriormente, os suspeitos foram condenados com base nestas evidências: 1) as afirmações orais feitas por Toy no momento em que foi preso; 2) a heroína encontrada com Yee; 3) os termos de depoimento de Toy e Wong Sun, ambos não assinados²¹.

A defesa de Toy e Wong Sun levou o caso à Suprema Corte, argumentando que as evidências eram inadmissíveis. A Corte entendeu que a invasão da lavanderia e a prisão de Toy

¹⁹ **Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>. Acesso em: 03/06/2020.

²⁰ **Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>. Acesso em: 08/06/2020.

²¹ **Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>. Acesso em: 08/06/2020.

foram ilegais; assim, tanto as afirmações de Toy no momento em que foi preso quanto a subsequente apreensão de heroína eram frutos da árvore envenenada – ambas provas deveriam ser excluídas. O termo de depoimento de Toy foi desconsiderado por não ter provas que o corroborassem. Porém, o termo de Wong Sun foi julgado admissível. Como este último havia sido liberado da prisão sem fiança e, mesmo assim, voluntariamente, compareceu à delegacia dias depois para prestar depoimento, a Corte entendeu que a conexão entre sua prisão ilegal e suas declarações havia se atenuado tanto, que o vício teria se dissipado²².

Essa nova direção da jurisprudência foi retrabalhada em *Brown v. Illinois* (1975).

Durante uma investigação de homicídio, dois detetives arrombaram o apartamento do suspeito Richard Brown. Enquanto revistavam a residência de Brown, este, de repente, apareceu à porta. A polícia apontou uma arma para ele e o prendeu. Tanto a invasão quanto a prisão ocorreram sem nenhum mandado ou causa provável. Levado à delegacia, Brown foi interrogado, tendo sido formalmente informado dos avisos de Miranda (*Miranda Warnings*): a) que tinha o direito de não responder; b) que tudo o que dissesse poderia vir a ser utilizado contra ele; c) que tinha o direito à assistência do defensor escolhido ou nomeado. Brown confessou que ele e outro indivíduo chamado de Jimmy Clagget visitaram a vítima; que, sob a mira da arma de Clagget, Brown foi obrigado a amarrar a vítima; e que Clagget efetivamente cometeu o homicídio. Brown assinou o termo de depoimento dessa confissão²³.

Após ser levado em uma ronda junto com os detetives, da qual resultou a prisão de Clagget, Brown retornou à delegacia e foi novamente interrogado, dessa vez por um promotor. Mais uma vez informado dos avisos de Miranda, Brown reiterou suas declarações anteriores, dessa vez não assinando o novo termo de depoimento. Posteriormente, Brown foi condenado por homicídio, com base, entre outras evidências, nos seus dois interrogatórios²⁴.

Os defensores de Brown alegaram que os dois depoimentos eram frutos da prisão ilegal, sendo, portanto, inadmissíveis. Ao apelar, a segunda instância reconheceu que a prisão fora ilegal, mas julgou que os avisos de Miranda haviam atenuado o nexos causal entre a irregularidade e as declarações.

²² **Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>. Acesso em: 08/06/2020.

²³ **Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/590/>. Acesso em: 09/06/2020.

²⁴ **Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/590/>. Acesso em: 09/06/2020.

Contudo, a Suprema Corte não acatou essa interpretação. Segundo a Corte, os avisos de Miranda servem para proteger tanto a Quarta quanto a Quinta Emenda da constituição norte-americana; informá-los não foi o suficiente para atenuar o vício da invasão do domicílio e a prisão de Brown. Para que o nexo de causalidade fosse quebrado, seria necessário não apenas a mera voluntariedade do testemunho, mas também a interveniência de um ato de livre-arbítrio como o de Wong Sun, o qual foi por vontade própria à delegacia prestar depoimento dias após ser liberado da prisão. A Suprema Corte entendeu que se deve analisar caso a caso para definir se uma confissão se enquadra no livre-arbítrio de Wong Sun. Além dos avisos de Miranda, seriam fatores importantes: a) a proximidade temporal entre prisão e confissão; b) a presença de circunstâncias intervenientes; c) a intenção e a flagrância da conduta ilegal das autoridades²⁵.

Embora estes critérios tenham se mantido, a Suprema Corte fez algumas distinções em *New York v. Harris* (1990).

Durante uma investigação de homicídio, a polícia, tendo pistas e fortes suspeitas contra Bernard Harris, foi até seu apartamento para prendê-lo, sem um mandado. Recebidos, os policiais leram os avisos de Miranda e fizeram perguntas a Harris dentro de sua residência, resultando na confissão do assassinato. Harris foi levado à delegacia, onde foi informado novamente dos avisos de Miranda, e foi interrogado formalmente, tendo ao final assinado o termo de depoimento²⁶.

A Suprema Corte julgou que as declarações feitas por Harris dentro do apartamento não eram admissíveis, mas as realizadas na delegacia, sim. Segundo a decisão, as penalidades impostas sobre o Estado, quando seus agentes cometem uma ilegalidade, devem ser relacionadas aos propósitos da lei violada. A polícia já tinha motivos para interrogar Harris antes mesmo de entrarem no apartamento; portanto, o segundo depoimento não foi uma consequência direta da entrada ilegal na residência do suspeito. Assim, a exclusão do segundo depoimento não serviria aos propósitos de inibir buscas e apreensões/prisões ilegais perpetradas pelas autoridades – que seria a grande razão da regra de exclusão de provas ilícitas²⁷.

²⁵ **Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/590/>. Acesso em: 09/06/2020.

²⁶ **New York v. Harris, 495 U.S. 14 (1990)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/495/14/#tab-opinion-1958261>. Acesso em: 09/06/2020.

²⁷ **New York v. Harris, 495 U.S. 14 (1990)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/495/14/#tab-opinion-1958261>. Acesso em: 09/06/2020.

2.2.4 Descoberta inevitável

O caso paradigmático para essa exceção é *Nix v. Williams* (1984). Ao investigar o desaparecimento de uma criança, a polícia se deparou com fortes indícios contra Robert Williams, tendo obtido um mandado de prisão contra este. Com base nas pistas do caso, as autoridades iniciaram uma busca com mais de 200 voluntários em uma área na qual poderia estar o corpo da vítima. Enquanto essa expedição ocorria, Williams se entregara e estava sendo levado numa viatura rumo à delegacia. Nessa viagem, um dos policiais começou a conversar com Williams informalmente, dizendo como seria bom se o suspeito informasse logo a localização do corpo, pois uma tempestade de neve estaria vindo e talvez a vítima não poderia ter um enterro cristão apropriado. Persuadido, Williams guiou as autoridades até o cadáver, em local que ainda não havia sido vasculhado pela equipe de voluntários. Posteriormente condenado por homicídio, Williams recorreu, alegando que o cadáver e as demais provas afetas não eram admissíveis, porque eram frutos de suas declarações feitas irregularmente para a polícia²⁸.

A Suprema Corte não aceitou a exclusão probatória do corpo. O tribunal iniciou sua fundamentação afirmando haver semelhança entre as exceções de descoberta inevitável e fonte independente. Ambas seguem o raciocínio de que a acusação não pode ganhar vantagem com a má conduta policial, mas que também não pode ser prejudicada – ela deve permanecer na mesma posição em que estava antes da irregularidade acontecer. A Corte entendeu que o caso de Williams não se encaixava propriamente na fonte independente; afinal, foi a informação dada pelo suspeito que efetivamente levou ao achamento da vítima. Contudo, havia provas suficientes de que o local do corpo seria eventualmente revistado pela equipe de 200 voluntários. Ou seja, se Williams não tivesse ajudado, o cadáver seria descoberto de qualquer forma: a acusação não obteve uma vantagem real com o depoimento ilegal do suspeito²⁹.

²⁸ **Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>. Acesso em: 10/06/2020.

²⁹ **Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>. Acesso em: 10/06/2020.

2.2.5 Algumas peculiaridades no direito norte-americano

A referência ao Direito comparado é sempre perigosa. Afinal, cada ordenamento jurídico tem seu contexto, história, valores e práticas distintas. Portanto, deve-se abordar algumas particularidades da jurisprudência norte-americana sobre a doutrina dos frutos da árvore envenenada, demonstrando que esta não é um instituto coringa o qual pode ser importado sem as devidas adaptações.

Como tão frisado ao longo deste trabalho, a teoria dos frutos decorre da *exclusionary rule* (regra de vedação das provas ilícitas). Assim, certos limites a esta também se aplicam àquela.

O primeiro ponto destacado é que, a partir do caso *United States v. Calandra* (1974), a Suprema Corte passou a estipular que a principal justificativa para a regra de exclusão era o efeito dissuasório sobre a polícia (*deterrent effect*). Ou seja, a exclusão probatória começou a ser aplicada conforme sua eficiência em impedir comportamento policial abusivo, não sendo vista como uma garantia constitucional em si³⁰.

Desse raciocínio a Corte também passou a julgar que a *exclusionary rule* só deveria ser utilizada em casos criminais. Segundo a Suprema Corte no caso *United States v. Janis* (1976), tal regra impõe altos custos sociais, e sua aplicação em processos civis não teria efeito inibidor significativo sobre a polícia. Um exemplo das consequências desse entendimento aconteceu no caso O.J. Simpson. Após ter sido absolvido no famoso julgamento que o acusava de homicídio, as famílias das vítimas o processaram na esfera civil. Na nova ação, os autores puderam usar evidências as quais haviam sido excluídas do processo criminal, tendo obtido ao final uma indenização milionária³¹.

Outra característica relevantíssima é a *exclusionary rule* se aplicar apenas contra agentes do Poder Executivo. Ou seja, não há exclusão quando a evidência é obtida por cidadãos comuns, mesmo que através de meios ilícitos - conforme entendido pela Suprema Corte em *Burdeau v. McDowell* (1921). A condição para se admitir uma prova assim é que nenhuma autoridade tenha participado ou tivesse conhecimento da conduta ilícita³².

³⁰ CLANCY, Thomas K. **The Fourth Amendment's Exclusionary Rule as a Constitutional Right**, in: Ohio State Journal Of Criminal Law. Vol. 10, 2012, p. 367-368.

³¹ GARDNER, Thomas J. ANDERSON, Terry M. **Criminal Evidence: Principles and Cases**. 9. ed. Boston: Cengage Learning, 2016, p. 237-238.

³² GARDNER, ANDERSON, 2016, p. 236-237.

Com relação ao pedido de supressão de evidências, entende-se que o peticionário deve ter legitimidade (*standing*): ele só pode pedir a exclusão de provas que tenham violado os seus próprios direitos, não os de outra pessoa. Também, em casos que envolvam a Quarta Emenda, o peticionário deve provar que ele tinha uma expectativa razoável de privacidade³³.

A *exclusionary rule* não se aplica nos chamados casos de uso colateral (*collateral use*). As provas ilícitas podem ser utilizadas em audiências preliminares, *habeas corpus*, estipulação de fiança, determinação de pena e deliberações do *grand jury* (grupo de cidadãos encarregados de investigar e determinar se uma denúncia deve ser oferecida). A exceção ocorre porque nessas situações não há juízo definitivo sobre a inocência do réu³⁴.

Ademais, a regra não é utilizada quando para desacreditar uma testemunha (*impeach a witness*): se a defesa trazer uma testemunha que faça afirmações contraditórias em relação a uma prova ilícita, a acusação pode apresentar esta para desacreditar o testemunho³⁵. Por exemplo, suponha-se que um jovem em posse de drogas foi abordado irregularmente pela polícia, sendo preso e julgado; suponha que a ilegalidade da conduta policial gerou a exclusão das drogas como prova; agora suponha que o jovem, em seu julgamento, ao prestar testemunho sob juramento, minta e diga que não tinha nenhuma droga quando de sua abordagem: nesse caso, a acusação poderá apresentar a droga para desmentir o testemunho falso.

Mais polêmicas são as exceções de boa-fé (*good faith*) e erro honesto (*honest mistake*).

Segundo a primeira, admite-se a evidência obtida através de um mandado o qual continha um erro técnico, contanto que este último não viole nenhum direito fundamental do suspeito e que seja desconhecido pelos agentes executando a ordem judicial – conforme a Suprema Corte em *United States v. Leon* (1984), a *exclusionary rule* foi criada para deter a má conduta policial, não punir erros de juízes³⁶.

Já o “erro honesto”, consoante a Suprema Corte, prevê que deve haver flexibilidade em relação a erros honestos cometidos por oficiais durante o processo perigoso e difícil de executar prisões/buscas e apreensões. Em *Maryland v. Garrison* (1987), a polícia foi executar um mandado de busca em um apartamento no terceiro andar de um prédio. Sem saber que, naquele andar, havia um segundo apartamento, os policiais entraram acidentalmente neste e encontraram heroína, dinheiro e apetrechos para consumo de drogas. Tais provas foram

³³ GARDNER, ANDERSON, 2016, p. 242-243.

³⁴ WRIGHT, 2015, p. 46.

³⁵ WRIGHT, 2015, p. 46.

³⁶ GARDNER, ANDERSON, 2016, p. 250 e 253.

utilizadas para condenar Garrison – a sua admissibilidade foi posteriormente chancelada pela Suprema Corte, sob o argumento de serem frutos de um erro honesto da polícia³⁷.

Ainda há outras exceções dignas de menção: uma busca e apreensão sem mandado é válida quando o alvo da investigação deu consentimento à polícia; é admissível a prova derivada de propriedade abandonada (por exemplo, algo que foi abandonado no lixo da rua); embora a *exclusionary rule* proteja a privacidade de uma residência para além da edificação, a regra não se aplica a campos abertos (exemplo: um suspeito que, ao ver a polícia entrando em sua propriedade, descarta uma prova incriminadora em um campo aberto adjacente à sua casa)³⁸.

Por fim, cumpre ressaltar que a jurisprudência sobre a *exclusionary rule* e a doutrina dos frutos da árvore envenenada ganham ainda mais complexidade se considerada a organização intrincada do Direito norte-americano, no qual a jurisdição federal coexiste com 50 jurisdições estaduais diferentes entre si. As decisões da Suprema Corte, naturalmente, são válidas para todos os tribunais do país. Entretanto, os estados podem acrescentar outras regras e exigir ainda mais rigor na admissão de provas³⁹.

2.3 BREVE HISTÓRICO NO BRASIL

O Brasil manteve um tratamento consideravelmente permissivo em relação às provas ilícitas até a Constituição de 1988. Com a promulgação desta, as provas ilícitas se tornaram explicitamente inadmissíveis no processo, vide o art. 5º, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Entretanto, inicialmente, o comando constitucional trouxe controvérsia tanto entre os operadores do Direito quanto entre os doutrinadores. Não estava claro o que o conceito de prova ilícita exatamente abarcava e o que significava, em termos práticos, a inadmissibilidade⁴⁰.

Embora se ressaltem marcos legais como a CF/1988 e a alteração do art. 157, CPP (através da Lei nº 11.690/08), o âmago da teoria dos frutos da árvore envenenada no Brasil vem se revelando na jurisprudência. Compilaram-se aqui algumas das decisões mais relevantes sobre o tema proferidas pelo STF. Para efeitos de simplificação e delimitação deste trabalho, focou-se no mais alto tribunal brasileiro, visto que foi este quem tomou as principais decisões a respeito.

³⁷ GARDNER, ANDERSON, 2016, p. 250 e 253.

³⁸ GARDNER, ANDERSON, 2016, p. 238 e 244 e 248.

³⁹ GARDNER, ANDERSON, 2016, p. 227.

⁴⁰ BADARÓ, 2017, p. 411; LIMA, 2019, p. 642.

2.3.1 Introdução e desenvolvimento no Brasil pelo STF

A primeira menção notável da teoria dos frutos da árvore envenenada no Brasil foi no HC 69.912/RS (1993), relatado pelo ministro do STF Sepúlveda Pertence, cujo voto defendeu explicitamente a adoção da teoria no Direito brasileiro⁴¹.

No caso, um juiz havia autorizado que a polícia gravasse conversas telefônicas entre um grupo de traficantes de drogas. Estes, ao final da investigação e do processo, foram condenados. Tais fatos se deram antes da promulgação da Lei de Interceptação Telefônica (Lei 9.296/1996); assim, como à época não havia regulamentação dessa modalidade de prova, a defesa impetrou *habeas corpus*, alegando a ilicitude da interceptação e a contaminação das demais provas.

Pertence entendeu que a escuta fora ilícita e que haveria uma “relação genética” entre esta e as demais provas produzidas (prisão em flagrante e apreensão da droga) – portanto, a vedação da primeira implicaria a vedação das outras. O ministro afirmou estar convencido de que a doutrina dos frutos da árvore envenenada era a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita; admitir as provas derivadas da interceptação seria “estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.”

Embora, nesse primeiro momento, Pertence tenha tido adesão considerável à sua posição, a maioria do tribunal se opôs ao entendimento da ilicitude derivada. O ministro Sydney Sanches, em seu voto, considerou a hipótese de policiais, através de interceptação ilícita, descobrirem a ocorrência de um homicídio, do que se sucede o achamento do corpo, além de depoimentos de testemunhas policiais e a confissão do autor do crime. Sanches afirmou que, nesse exemplo, considerando que as provas se repetissem em juízo, não haveria por que anular a condenação, “só porque o fio da meada foi uma prova ilícita”.

Outra oposição relevante foi a do ministro Moreira Alves, para quem era absurda a ideia de uma prova poder contaminar todo o processo e resultar na absolvição de uma poderosa rede de traficantes, mesmo com provas cabais do crime. Moreira Alves ainda especula que:

[...] a adoção de tese dessa natureza por esta Corte vai permitir que se subornem maus policiais para que simulem escutas telefônicas ilícitas, com a posterior declaração

⁴¹ STF, Tribunal Pleno, **HC69.912/RS**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/12/1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72076>. Acesso em: 21/06/2020.

deles de que se utilizaram desse meio para a descoberta do crime, o que invalidará o processo judicial posterior por essa pretendida contaminação.

Embora a maioria do tribunal fosse contra a adoção da tese, o *habeas corpus* foi concedido. Um dos ministros que votaram contra foi declarado impedido. Ao ser realizado novo julgamento, o ministro Moreira Alves se ausentou. Desse modo, a defesa obteve êxito, porém restou indefinido se o STF havia realmente aceitado a teoria dos frutos da árvore envenenada ou não.

Apesar da resistência inicial à teoria, esta foi definitivamente recepcionada pelo STF no HC 73.351/SP (1996)⁴².

O caso era muito parecido com o HC 69.912/RS: uma interceptação telefônica fora autorizada por um juiz – numa época sem lei que a permitisse – e as informações colhidas ajudaram na investigação e condenação de um grupo de traficantes de drogas. Os argumentos dos votos se mantiveram semelhantes aos apresentados no caso precedente. A diferença foi que o tribunal estava com uma nova composição, dessa vez com maioria favorável à adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Embora a teoria tenha sido aceita nessa ocasião, o STF não determinou quais seriam as possíveis exceções à aplicação do novo entendimento. Posteriormente, o STF deu um passo nesse sentido no HC 74.530/AP.

2.3.2 A fonte independente

Após recepcionar a tese dos frutos da árvore envenenada, o STF passou a julgar que as provas ilícitas não contaminavam as demais provas do processo quando estas últimas fossem provenientes de uma fonte autônoma.

No HC 74.530/AP, o STF deixou de aplicar a teoria porque a prova ilícita não foi a que desencadeou o procedimento penal. No caso, três homens haviam sido presos e condenados após uma investigação da Polícia Federal, a qual apurava crimes relacionados ao tráfico de drogas. Entre as medidas adotadas pela polícia, havia uma interceptação telefônica – a qual era ilícita à época dos fatos, já que ainda não havia lei que a regulamentasse. O relator ministro Ilmar Galvão entendeu que não foi a interceptação que gerou a investigação; esta já havia sido iniciada pelos policiais ao sondarem um médico que era usuário de drogas notório em sua

⁴² STF, Tribunal Pleno, **HC 73.351/SP**, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 09/05/1996. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1629314>. Acesso em: 07/05/2020.

cidade. A polícia investigou o médico e chegou aos seus fornecedores. O STF entendeu que a interceptação telefônica apenas corroborou as demais provas⁴³.

No HC 83.921/RJ, surgiu situação mais inusitada. O impetrante havia sido acusado de subtrair o carro de um cliente de um posto de gasolina e de ter trocado tiros com os seguranças do estabelecimento; posteriormente, foi condenado por tentativa de latrocínio. A controvérsia levada ao STF se originou no inquérito durante a fase de reconhecimento. O art. 226, CPP, dispunha que a vítima primeiramente deveria descrever o agressor antes de fazer o reconhecimento; entretanto, a polícia pulou a etapa de descrição e apresentou imediatamente uma foto do impetrante, afirmando à vítima que este era um conhecido ladrão de automóveis. Devido a tal erro, o impetrante alegou que todas as demais provas produzidas em juízo haviam sido contaminadas.

O relator Eros Grau argumentou que o inquérito policial seria peça meramente informativa, que o vício em coleta de prova durante a investigação não era apto a tornar nula a ação penal. Também escreveu que a vítima reconheceu novamente o impetrante como agressor quando chamada a depor em Juízo, sob contraditório. Ademais, Eros Grau mencionou que as testemunhas inquiridas em Juízo, também em contraditório, foram categóricas ao reconhecer o impetrante como o autor do crime. O ministro concluiu que o reconhecimento fotográfico feito na fase inquisitorial “[...] além de não ter aptidão para contaminar a ação penal, foi de somenos importância para a convicção do juiz, formada com base em prova autônoma produzida sob o crivo do contraditório”⁴⁴.

Diga-se, de passagem, que o caso tem semelhança notável com uma decisão da Suprema Corte norte-americana, *United States v. Crews* (1980). Nesta ocasião, o reconhecimento de um suspeito pela vítima ocorreu após a prisão ilegal dele. Todos os atos investigatórios derivados da prisão foram julgados inadmissíveis. Entretanto, o reconhecimento feito pela vítima em Juízo foi aceito, com o argumento de que seria uma fonte independente⁴⁵.

Posteriormente, o entendimento do HC 83.921/RJ foi ressaltado pela Rcl 12484/DF. Conforme o relator Dias Toffoli, apesar de existir jurisprudência no sentido de que os vícios eventualmente ocorridos no inquérito policial não têm o condão de macular a ação penal, as

⁴³ STF, 1ª turma, **HC 74.530/AP**, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/12/1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75303>. Acesso em: 18/08/2020.

⁴⁴ STF, 1ª turma, **HC 83.921/RJ**, Rel. Min. Eros Grau, DJ 27/08/2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384836>. Acesso em: 18/08/2020.

⁴⁵ **United States v. Crews**, **445 U.S. 463 (1980)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/445/463/>. Acesso em: 23/11/2020.

provas ilícitas obtidas de forma direta ou por derivação devem ser consideradas imprestáveis, independentemente do momento em que forem produzidas. Devem ser desentranhadas dos autos, “aniquilando qualquer possibilidade de servirem de subsídio para fundamentar a condenação, sem prejuízo daquelas provas eventualmente produzidas de forma legítima e autônoma”⁴⁶.

Há outra decisão do STF digna de menção, o RHC 90.376/ RJ (2007), na qual se julgou uma situação em que não se configurava a fonte independente⁴⁷.

No caso, um homem clonava cartões de crédito, usando um quarto de hotel para suas atividades ilícitas. Contra ele, pedia um mandado de prisão. Um dia, quando estava chegando no hotel, ainda fora do quarto, foi efetivamente preso pela polícia. Após levarem o suspeito à delegacia, policiais invadiram o quarto sem autorização judicial, apreendendo o maquinário utilizado para a clonagem, bem como outros documentos incriminadores. Processado e julgado, o homem foi absolvido, pois o juiz de primeira instância entendeu que a invasão policial fora ilícita, contaminando as provas colhidas no recinto. O TJ/RJ, por sua vez, reformou a decisão, argumentando que o comportamento da polícia fora legítimo, porque um quarto de hotel ocupado não poderia ser considerado domicílio – dispensando-se, assim, a inviolabilidade do local.

O relator ministro Celso de Mello votou pelo provimento do recurso e pelo restabelecimento da sentença penal absolutória. Julgou que o termo “casa” tem sentido amplo, prezando-se pela defesa da liberdade individual e da privacidade pessoal; asseverou que a vedação de provas ilícitas se aplica não apenas a autoridades públicas, mas também a terceiros; rejeitou flexibilizar a ilicitude através do princípio da proporcionalidade, por entender que seria uma brecha perigosa para a regra de exclusão. Entendeu que, embora provas tenham sido legitimamente produzidas após a invasão, continuavam ligadas à ilicitude original, não tendo sido provado que advinham de fontes autônomas. Segundo Mello, tais provas guardavam “direta, estreita e imediata vinculação causal com os elementos de informação que somente foram obtidos em virtude do desrespeito ao princípio que protege a inviolabilidade domiciliar”.

Sobre a exceção de fonte independente em geral, o relator discorre que, se a acusação demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação com base em uma fonte

⁴⁶ STF, 1ª turma, **Rcl 12484/DF**, Rel. Dias Toffoli, DJ 29/09/2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur278224/false>. Acesso em: 23/11/2020.

⁴⁷ STF, 2ª turma, **RHC 90.376/RJ**, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/04/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456098>. Acesso em: 24/06/2020.

autônoma de prova – sem qualquer relação de dependência ou vinculação causal com a prova ilícita originária -, não haverá mácula e as evidências serão plenamente admissíveis.

2.3.3 Descoberta inevitável

A referência mais expressiva feita pelo STF à exceção da descoberta inevitável se encontra no HC 91.867/PA (2012)⁴⁸.

Os dois impetrantes foram acusados de contratar um pistoleiro para matar um homem – fato consumado, a tiros, em praça pública. O assassino foi preso em flagrante. Em posse dos dois celulares deste, os policiais verificaram o registro das últimas chamadas efetuadas e recebidas, rastreando-as até os impetrantes – tudo isso sem autorização judicial para quebra de sigilo. Posteriormente, o juízo local pronunciou os três para serem submetidos a julgamento pelo tribunal do júri.

Entre outros pontos levantados pela defesa, o relator ministro Gilmar Mendes entendeu que a coleta de dados pela polícia fora lícita: a Constituição protege a comunicação dos dados, não os dados em si; ao revistarem tão somente as chamadas dos celulares, os policiais estariam apenas procedendo ao seu dever de colher provas de materialidade e autoria. Embora tal decisão já encerrasse a questão da admissibilidade da prova, Mendes ainda quis abordar explicitamente a exceção da descoberta inevitável. Segundo o ministro:

[...] o só fato de serem apreendidos os aparelhos celulares, indubitavelmente, levaria — como de fato aconteceu — à quebra do sigilo dos dados telefônicos do corrêu com a conseqüente identificação dos usuários das linhas móveis e fixas que com ele mantiveram contato, mormente na data do cometimento do crime — trâmite esse, friso, típico e de praxe em casos análogos aos dos autos.

Para tal posicionamento, invocou-se o art. 157, § 2º, do CPP. Este dispositivo, em sua literalidade, procura definir a fonte independente. Contudo, estranhamente, acaba por definir a descoberta inevitável. Com a decisão do STF, firmou-se a interpretação de que o § 2º se refere a esta última.

2.3.4 Atenuação do vício

⁴⁸ STF, 2ª turma, **HC 91.867/PA**, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24/04/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em: 24/06/2020.

Até o presente momento, não há menções explícitas do STF ou do Superior Tribunal de Justiça (STJ) à exceção de atenuação do vício, tampouco previsão expressa em lei. Entretanto, há quem entenda que o uso do termo “nexo de causalidade” no art. 157, CPP, abre margem para que seja aplicada⁴⁹.

Na argumentação de Lima, tal exceção prevê que, a depender do transcurso de tempo, de circunstâncias supervenientes, da magnitude da ilegalidade funcional ou da colaboração voluntária de um dos envolvidos, dissipa-se o nexo causal entre a prova ilícita originária e a prova subsequente.

Embora tal interpretação seja razoável, a jurisprudência do STF vem se mantendo rígida com a noção de nexo causal. No já mencionado RHC 90.376/ RJ, o ministro Celso de Mello afirmou que uma prova ilícita só não contaminaria uma subsequente se comprovada a ausência de qualquer relação de dependência ou vinculação causal entre as duas.

Exemplo do rigor do STF com alguns requisitos associados à atenuação do vício é o HC 90.298/RS (2009)⁵⁰.

A impetrante foi condenada pela Justiça Militar por efetuar saques na conta de pensionista falecida, nos cinco meses posteriores ao óbito. Durante a investigação, autoridades policiais haviam quebrado o sigilo bancário da suspeita sem autorização judicial. Mais adiante, a própria investigada confessou o crime.

Consoante o voto do relator ministro Cezar Peluso, a prova material do crime – os dados bancários – foi obtida ilicitamente, tampouco servindo a confissão para sustentar a sentença condenatória. O princípio da proporcionalidade não seria apto a afastar a ilicitude da prova, pois a mera ocorrência de infração penal sem violência não justifica sobrepor-se à tutela constitucional da intimidade.

Sobre a confissão, Peluso levantou dois pontos: a) ela tem peso apenas se corroborada por outra prova lícita; b) no caso em questão, a confissão derivou-se de prova ilícita. A impetrante só confessou o crime após a polícia lhe mostrar os dados obtidos pela quebra de sigilo – para o ministro, sem esta, não haveria a outra. Não havendo provas lícitas para fundamentar a condenação, o relator votou pela concessão da ordem para absolver a impetrante.

⁴⁹ LIMA, 2019, p. 653.

⁵⁰ STF, 2ª turma, HC 90.298/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 08/09/2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2472218>. Acesso em: 07/05/2020.

Como se percebe, em contraste com o caso norte-americano *Wong Sun v. U.S.*, a voluntariedade da confissão não foi suficiente para atenuar a contaminação entre esta e a prova ilícita que a originou.

2.3.5 Algumas peculiaridades no direito brasileiro

Embora se presuma que o leitor desta monografia já esteja familiarizado com o Direito e o Judiciário brasileiros, cumpre-se destacar algumas características relevantes para a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

De início, ressalta-se que a discussão no Brasil em torno das provas ilícitas se insere no tema de direitos fundamentais, não é apenas uma garantia contra o Estado⁵¹. Ou seja, diferentemente dos EUA, a vedação de provas ilícitas não é oponível tão somente aos atos de autoridades públicas, mas, também, aos de cidadãos particulares – posição bem definida no RHC 90.376/ RJ, do STF.

Questão mais controversa é o uso da teoria dos frutos da árvore envenenada fora da esfera penal. A única previsão legal expressa da teoria é no CPP, além de sua origem nos EUA estar associada estritamente com o processo penal. Não obstante, há uma corrente no Brasil que defende a aplicação, por analogia, do art. 157, CPP, em outros âmbitos⁵². Exemplo curioso foi um julgamento de 2019 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), no qual se legitimou o emprego da teoria dos frutos no processo administrativo e se fez uso da exceção da descoberta inevitável. Surgiram críticas de que a exceção não foi bem utilizada, confundindo o conceito de fonte independente e se valendo de argumentos meramente especulativos (“futorologia”)⁵³.

Outras questões também se destacam. Mesmo que a teoria dos frutos da árvore envenenada seja determinada por lei federal – implicando a sua validade em todo o território nacional -, sua redação é consideravelmente aberta, abrindo espaço para a interpretação dos juízes. Os órgãos capazes de uniformizar tais interpretações num país tão vasto são o STJ e o STF, os quais estão aos poucos consolidando jurisprudência a respeito.

⁵¹ LIMA, 2019, p. 659.

⁵² AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, paginação irregular, RB 9.4.2 [livro eletrônico].

⁵³ RIBEIRO, Diego Diniz. **Teoria dos frutos da árvore envenenada e descoberta inevitável no CARF**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/direto-carf-teorias-frutos-arvore-envenenada-descoberta-inevitavel>. Acesso em: 25/06/2020.

Porém, diferentemente dos EUA, os tribunais brasileiros não têm um voto oficial da Corte, nem organizam os fundamentos dos votos em uma única decisão coerente⁵⁴. Não cabe a esta monografia avaliar se tal modelo é o mais acertado ou não, mas deve-se apontar que uma de suas consequências é que nem sempre estão claros quais são os fundamentos determinantes de uma decisão – e esses são imprescindíveis para o desenvolvimento da jurisprudência. Exemplo foi o HC 69.912/RS, cuja primeira versão não definia qual argumento prevalecera para repelir a teoria dos frutos da árvore envenenada. Quando se proferiu novo julgamento sobre o mesmo caso, no qual o resultado se inverteu, inferia-se, pelo teor dos votos favoráveis, que as razões principais para a recepção da teoria vinham do voto do relator Sepúlveda Pertence.

Concede-se que a jurisprudência do STF acerca do tema vem se mantendo coesa nos últimos anos, frequentemente com votações unânimes e convergentes com o voto do relator – o que é de grande benefício para quem busca um posicionamento estável do tribunal. No entanto, não se elimina a possibilidade de no futuro surgirem questões mais controversas, gerando votos menos harmônicos e sem definição clara de quais fundamentos prevalecerão.

2.4 PROBLEMATIZAÇÕES

A previsão em lei só resolveu parte das controvérsias. É consenso que a teoria dos frutos foi adotada pelo Direito brasileiro. Porém, ainda restam ambiguidades, confusões e desdobramentos nessa história.

Como primeiro ponto, nota-se uma oposição inicial de juristas brasileiros à expansão da vedação de provas ilícitas, a exemplo do já citado HC 69.912/RS, em que o ministro Moreira Alves se manifestou frontalmente contrário à tese de ilicitude por derivação.

Percebia-se uma corrente doutrinária brasileira a qual favorecia concepções como o *male captum, bene reptentum* (aproveitamento da prova ilícita no processo) e a busca da verdade real. Desse modo, a inadmissibilidade de provas ilícitas era vista como uma formalidade desnecessária e contraprodutiva no combate à criminalidade.

A Lei nº 11.690/2008, no intuito de dissipar dúvidas e consagrar o modelo restritivo de provas ilícitas no processo, resolveu uma controvérsia, mas criou outras. Aparentemente, ao prever as exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada, a lei baseou-se na jurisprudência norte-americana. Entretanto, prevê apenas duas hipóteses específicas, estabelece uma definição

⁵⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 14.

jurídica (algo geralmente não recomendado pela técnica legislativa) e confunde a exceção da fonte independente com a da descoberta inevitável.

Portanto, criou-se um terreno lodoso para os operadores do Direito. A mistura de definições cria desafios para interpretar o que é válido. A ausência no Brasil de teorias maduras sobre o tema gerou curiosidade pelo Direito comparado, notando-se estudos sobre a jurisprudência de países como EUA e Alemanha – neste último caso, há especial interesse nos temas de ponderação, proporcionalidade e princípios jurídicos.

Como pano de fundo, ainda resta o confronto entre filosofias jurídicas no país. Alguns se subscrevem à posição chamada de garantista, a qual se pauta pelo respeito aos direitos fundamentais e pelas limitações aos poderes persecutórios e punitivos do Estado (o termo “garantista”, originalmente associado às teorias do jurista italiano Luigi Ferrajoli, tornou-se um rótulo genérico no meio forense brasileiro). Outra corrente se orienta em torno da eficiência estatal e do combate à criminalidade⁵⁵. Tal disputa de concepções é compreensível, considerando, de um lado, o receio com o histórico autoritário do processo penal brasileiro, e, por outro, a atual situação calamitosa da segurança pública do país.

Conforme se verá ao longo deste trabalho, a “textura aberta” da teoria dos frutos da árvore envenenada no Brasil gera ora refinados ora rasos argumentos, os quais sustentam as visões de mundo discordantes dos juristas brasileiros.

⁵⁵ FARIA, José Eduardo. **Garantistas vs. consequencialistas: um debate político ou jurídico?**. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/garantistas-vs-consequencialistas-um-debate-politico-ou-juridico-09092018. Acesso em: 07/05/2020.

3 AS INTERPRETAÇÕES DIVERGENTES

Feita a apresentação do tema e dos problemas deste trabalho, passa-se ao desenvolvimento.

O presente capítulo tratará sobre as visões conflitantes acerca das exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada no processo penal brasileiro. Esse debate se divide entre os que defendem a expansão da admissibilidade de provas e os que defendem a restrição. Destaca-se desde já que a discussão sobre o tópico “provas ilícitas por derivação” frequentemente se mistura com o tema mais amplo “provas ilícitas”, isto é, os argumentos referentes a um geralmente também são direcionados ao outro.

Porém, antes de analisar o debate, aproveita-se a ocasião para um breve interlúdio: apresentar o marco teórico. A principal referência para esta monografia são as concepções do filósofo jurídico Manuel Atienza. Sua visão do Direito como atividade essencialmente conflituosa e argumentativa dará a tônica para o embate que será exposto adiante.

3.1 O DIREITO COMO ARGUMENTAÇÃO

Segundo Atienza, três concepções se destacaram ao longo do século XX nos sistemas jurídicos ocidentais: positivismo normativista, realismo (em si mesmo, uma forma de positivismo) e jusnaturalismo. Cada um focado, respectivamente, nos elementos normativo, comportamental e valorativo do Direito. Atienza utiliza uma metáfora para descrever essas escolas: se o Direito fosse um edifício, o positivismo estudaria a sua estrutura; o realismo, a funcionalidade; o jusnaturalismo, a idealização⁵⁶.

O filósofo espanhol procede com uma crítica a cada uma dessas teorias.

O positivismo normativista peca em adotar uma posição distanciada no estudo do Direito, tomando este como uma realidade externa pronta a ser analisada e descrita. Na verdade, seria uma atividade participativa: o teórico do Direito não pode se limitar a descrever a realidade existente, deve também propor uma melhoria desta. Assim, o binômio *ser-dever ser* é classificado como mera distinção, não uma dicotomia real⁵⁷.

Já o realismo jurídico enfatiza o Direito como prática social. Entretanto, comete o equívoco de se pautar exclusivamente pelos aspectos preditivos e explicativos dessa prática,

⁵⁶ ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 27.

⁵⁷ ATIENZA, 2014, p.68-69.

prescindindo dos elementos justificativos. Isto é, o foco da teoria se limitaria a prever as decisões judiciais e a explicar quais elementos externos as influenciam (como vieses ideológicos e bastidores políticos), desconsiderando as razões internas que justificam, legitimam, o discurso jurídico (quais regras, quais princípios foram adequadamente aplicados)⁵⁸.

O Jusnaturalismo, por sua vez, tem como vício a dificuldade em compatibilizar o discurso jurídico com elementos políticos e morais. Tal problema criaria uma tendência a ignorar o Direito como fenômeno social e histórico, apresentando-o de maneira mistificada e ideológica⁵⁹.

Como alternativa, Atienza propõe o modelo do Direito como argumentação, no qual todos os elementos citados anteriormente são relacionados a partir de uma concepção dinâmica, instrumental e comprometida do Direito, fundada no conflito. Para o autor:

[...] o conflito é, com efeito, a origem do Direito, o que leva a vê-lo como um instrumento, uma técnica (não necessariamente neutra) de tratamento (o que nem sempre implica solução) de problemas de certo tipo.⁶⁰

O Direito, entre seus muitos feitos, pode ser classificado como instituição complexa voltada à resolução de conflitos, mediante argumentação, nas diversas esferas do meio jurídico⁶¹.

Atienza exemplifica. O juiz, ao resolver uma disputa, deve motivar sua decisão; o advogado deve persuadir o juiz para que decida em certo sentido; o legislador deve convencer seus pares a aprovar uma lei ou definir qual será o conteúdo desta. O filósofo espanhol assevera não haver prática jurídica que não consista em argumentar. Ainda provoca: “Acaso não pode ver-se a dogmática jurídica como uma grande fábrica de argumentos postos à disposição daqueles que se ocupam da criação, aplicação e interpretação do Direito?” Para Atienza, sendo a experiência jurídica baseada tão fortemente no ato de argumentar, seria lógico entender que a teoria do Direito deve ser uma teoria da argumentação jurídica⁶².

Com fins de esclarecimento, o autor oferece definições: argumentar é uma atividade a qual consiste em dar razões a favor ou contra algo que se pretende defender ou refutar. Essa

⁵⁸ ATIENZA, 2014, p. 69.

⁵⁹ ATIENZA, 2014, p. 69-70.

⁶⁰ ATIENZA, 2014, p. 77.

⁶¹ ATIENZA, 2014, p. 77.

⁶² ATIENZA, 2014, p. 77/78.

atividade pode ser muito complexa e conter um número elevado de argumentos (razões parciais), conectados entre si de muitas formas. Empreender uma atividade argumentativa significa aceitar que o problema enfrentado deve ser resolvido através de um intercâmbio de razões, as quais se apresentarão mediante a linguagem, seja oral ou escrita (assim, excluindo o uso da força física ou coação psicológica). Uma argumentação se constitui de certas unidades básicas, os argumentos, nos quais se distinguem as premissas (enunciados dos quais se parte) e as conclusões (enunciados aos quais se chega). Os argumentos podem ser avaliados por critérios que permitem classificá-los como válidos, sólidos, persuasivos, falaciosos, etc⁶³.

Conforme Atienza, não há uma forma única de estudar e entender a argumentação – esta pode ser dividida em três concepções: formal, material e pragmática.

A formal se volta aos elementos lógicos do discurso. Um argumento seria um encadeamento de proposições: a partir de premissas válidas se deduz uma conclusão. Trata-se de uma concepção formalista, foca-se nas regras de inferência, não no conteúdo das premissas e na correspondência destas à realidade. Se, de um lado, essa perspectiva oferece esquemas e permite um controle sobre a argumentação, de outro, não é uma representação realista de como as pessoas argumentam⁶⁴.

A material é pautada pela noção de razão prática. O essencial não é a forma dos enunciados, é a referência à realidade (fatos da natureza, das instituições, ...). Busca-se determinar no que se pode crer e que ações devem ser tomadas. Não se guia pela lógica formal, mas, sim, pelo conhecimento de mundo⁶⁵.

Para melhor ilustrar a diferença entre as concepções formal e material, considerem-se os seguintes exemplos. O silogismo clássico “Todo homem é mortal/Sócrates é homem/Logo, Sócrates é mortal” é formal e materialmente impecável. Agora pense-se num silogismo como “Toda árvore é verde/A cerejeira é uma árvore/Logo, a cerejeira é verde”: formalmente está correto, a conclusão foi validamente tirada das premissas; entretanto, materialmente está equivocado, pois, pelo conhecimento de mundo, sabe-se que nem todas árvores são verdes e que a maioria das cerejeiras não tem essa coloração.

Prosseguindo, a concepção pragmática considera a argumentação como uma atividade voltada à persuasão de um auditório ou a estabelecer um acordo acerca de um problema teórico ou prático. Enquanto as demais concepções de argumentação podem ser realizadas por um

⁶³ ATIENZA, Manuel. **Interpretación constitucional**. 2ª ed. Bogotá: Universidad Libre, 2016, p. 83-84.

⁶⁴ ATIENZA, 2016, p. 30/31.

⁶⁵ ATIENZA, 2016, p. 31 e 85.

único indivíduo, a pragmática é sempre social, com mais pessoas. Ela pode se manifestar por dois enfoques: retórico e dialético. No primeiro, busca-se persuadir um auditório passivo, estático. No segundo, há interação entre os participantes, formando uma atividade dinâmica⁶⁶.

Ressalva-se que as argumentações cotidianas não seguem rigidamente um desses tipos puros, sendo, no fundo, uma combinação desses três enfoques. Tome-se como exemplo o raciocínio jurídico: a concepção formal é vista na ideia de certeza e segurança jurídica; a material, na de verdade e justiça; a pragmática, na de consenso. A motivação judicial ideal é aquela que expõe razões adequadamente para que possam ser vistas como frutos de um diálogo racional, tornando-se, assim, persuasivas⁶⁷.

Feitas essas distinções, Atienza desenvolve suas teses sobre interpretação constitucional. Para ele, a ideia de Estado de Direito está vinculada à necessidade de as decisões de órgãos públicos serem motivadas; portanto, esse conceito político oferece mais possibilidades para a argumentação do que qualquer outro tipo de organização de poder. Estabelece-se a submissão do poder à razão, e não o contrário⁶⁸.

O Estado de Direito contém em si mesmo uma tensão entre dois polos que explica a importância da interpretação jurídica e o estudo desta. O primeiro polo se refere à autoridade, ao império da lei; o segundo, à dimensão dos valores, entre os quais o freio à arbitrariedade e a garantia dos direitos fundamentais. A razão de ser da interpretação jurídica é a necessidade de fazer justiça, cumprir certos valores, mas ao mesmo tempo respeitar o que foi estabelecido pela autoridade. O problema central é saber como conciliar ambos polos, ou como justificar que um destes prevaleça sobre o outro⁶⁹.

3.2 EXPANSÃO INTERPRETATIVA DAS EXCEÇÕES

Para além das exceções já consagradas na jurisprudência norte-americana (e parcialmente adotadas no Brasil), nota-se uma tendência à flexibilização da teoria dos frutos da árvore envenenada e da própria inadmissibilidade das provas ilícitas. Elencam-se a seguir os principais argumentos nesse sentido:

⁶⁶ ATIENZA, 2016, p. 86.

⁶⁷ ATIENZA, 2016, p. 86.

⁶⁸ ATIENZA, 2016, p. 38.

⁶⁹ ATIENZA, 2016, p. 39.

3.2.1 A proporcionalidade como critério de admissão de provas ilícitas

O argumento mais recorrente é o uso do critério da ponderação para flexibilizar a vedação de provas ilícitas, sejam as originárias, sejam as derivadas. Parte-se do pressuposto de que nenhum direito é absoluto, e sua flexibilização deve ocorrer conforme o balanço dos interesses envolvidos.

Pacelli, ao se referir às normas constitucionais, escreve que às vezes será impossível a proteção de todos os direitos assegurados na ordem jurídica – visto que não raramente o exercício de um direito por alguém impedirá ou atingirá o de outra pessoa. Exemplos seriam os conflitos entre o direito à livre informação e o direito à imagem e à honra, bem como entre o direito à segurança pública e o direito à liberdade individual⁷⁰.

Segundo Pacelli:

O critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada ponderação de bens e/ou de interesses, presente até mesmo nas opções mais corriqueiras da vida cotidiana. O exame normalmente realizado em tais situações destina-se a permitir a aplicação, no caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa ao(s) outro(s). Fala-se, então, em proporcionalidade⁷¹.

Entretanto, o processualista esclarece que não se trata de ponderação de interesses ou valores – os quais já foram definidos pelo legislador. O papel do juiz é escolher a norma mais adequada ao caso concreto. O autor argumenta, por exemplo, que a vedação absoluta de provas ilícitas pode levar a uma proteção desmedida do direito probatório em detrimento do direito da vítima do delito, gerando desproporção⁷².

Pacelli reconhece a complexidade do assunto, devido à “impossibilidade de se fixar qualquer critério minimamente objetivo para o aproveitamento da prova ilícita, pela aplicação da proporcionalidade”⁷³.

Entretanto, o autor parece ver essa impossibilidade como uma virtude. Num argumento bem peculiar, afirma:

Se a vedação das provas ilícitas tem por objetivo, pelo menos um deles, e dos mais relevantes, o controle da atividade estatal persecutória, que é a responsável pela

⁷⁰ PACELLI, 2017, p. 376.

⁷¹ PACELLI, 2017, p. 376.

⁷² PACELLI, 2017, p. 376-377.

⁷³ PACELLI, 2017, p. 378.

produção da prova, a existência de um critério fixo e objetivo já estimularia a prática da ilegalidade, quando se soubesse, previamente, a possibilidade do aproveitamento da prova⁷⁴.

Aparentemente, Pacelli entende que a existência prévia de um critério objetivo rígido poderia estimular a prática de ilegalidades pelo Estado: ao conhecer as regras de antemão, policiais poderiam encontrar modos de contorná-las; assim, a ausência de previsibilidade tornaria mais arriscado “apostar” na inclusão de provas ilícitas.

Um exemplo de ponderação é oferecido por Scarance Fernandes. No caso, em uma penitenciária, violou-se, sem prévia autorização judicial, a correspondência de alguns presos. Descobriu-se um plano de fuga, bem como o objetivo de sequestrar um juiz de direito. Posteriormente, a defesa contestou o uso da prova resultante da correspondência violada, tendo o caso chegado ao STF. O tribunal concluiu que a administração penitenciária, amparada na segurança pública, disciplina prisional e preservação da ordem jurídica, poderia, excepcionalmente, e respeitando o art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, interceptar a correspondência dos sentenciados, porque a inviolabilidade desta não poderia se tornar um instrumento de salvaguarda de condutas ilícitas. Para Fernandes, a proteção da vida do juiz de direito e da segurança do presídio justificaria as violações das correspondências dos presos, de modo que a prova gerada não seria ilícita e, portanto, poderia ser admitida⁷⁵.

3.2.2 A aplicação conforme a finalidade da regra

Ainda escrevendo sobre o critério da ponderação, Pacelli faz referência à interpretação finalística da regra. Esse argumento merece um tópico à parte, pois, na teoria do Direito, já se falava em interpretação teleológica muito antes do critério da ponderação, além de que o assunto toca em aspectos sobre os direitos fundamentais no Brasil.

Para Pacelli, provas ilícitas poderiam ser utilizadas pela acusação, mediante regra da proporcionalidade, “quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova [...]”. A função da inadmissibilidade de provas ilícitas seria o controle da atividade estatal⁷⁶.

⁷⁴ PACELLI, 2017, p. 378.

⁷⁵ FERNANDES, p. 87/88 apud LIMA, 2019, p. 665. Embora não mencionado explicitamente no texto, o caso em questão é o HC 70.814/SP.

⁷⁶ PACELLI, 2017, p. 379.

Como exemplo, é citado o RE nº 251.445/GO do STF. Neste caso, a Corte, seguindo o relator Celso de Mello, julgou inadmissível uma prova obtida mediante violação do domicílio do acusado. O crime em questão era de registro e manutenção de pornografia infantil, e a prova ilícita não foi obtida por agentes do Estado, mas, sim, por dois particulares (um deles alegou ter sido vítima de abuso sexual por parte do acusado). Para Pacelli, o STF deveria ter aplicado o critério da proporcionalidade, já que a exclusão probatória nesse caso não cumpriu a finalidade da regra de vedação de provas ilícitas. Segundo o processualista, “[...] em nenhum momento, colocou-se em risco o incremento das atividades policiais abusivas.” Também afirma que, no caso relatado, “[...] o Estado não agiu com qualquer abuso de poder, ou com incentivo à ação abusiva por parte do menor, ao receber a prova de um fato praticado com violação ao direito”⁷⁷.

Um raciocínio semelhante vem sendo adotado pela jurisprudência da Suprema Corte dos EUA nas últimas décadas. No caso *New York v. Harris* (1990), a Corte escreveu que as penalidades impostas sobre o Estado, quando seus agentes cometem uma ilegalidade, devem ser relacionadas aos propósitos da lei violada. Tal raciocínio foi ainda somado com um critério de custo-benefício, no qual a Corte julga se é conveniente excluir as provas⁷⁸.

3.2.3 Incentivo à impunidade

Tal como nos EUA, no Brasil também surgiram críticas à exclusão probatória, alegando-se principalmente os obstáculos que seriam colocados à persecução criminal pelo Estado. Os freios às autoridades públicas poderiam implicar a impunidade dos criminosos.

No HC 69.912/RS (1993), do STF, já se notava a ressalva de alguns ministros diante da tese dos frutos da árvore envenenada, particularmente Sydney Sanches e Moreira Alves.

Sanches imaginou a seguinte hipótese: a polícia grava ilicitamente uma conversa telefônica e descobre que um homem matou a sua esposa; logo após, os policiais localizam o corpo, verificam que a vítima foi atingida por disparos de revólver, identificam a arma do crime e a encontram em posse do marido; a polícia obtém depoimentos de testemunhas que viram o casal discutindo, bem como o marido disparando o revólver e fugindo com o corpo da esposa; por fim, o marido confessa, perante Juízo, que matou sua esposa, explicando até os motivos que o levaram a cometer o crime. Com esse exemplo, Sanches questiona: a gravação telefônica

⁷⁷ PACELLI, 2017, p. 379/380.

⁷⁸ CLANCY, 2012, p. 370-372.

ilícita que originou a investigação seria capaz de anular a posterior condenação do marido, mesmo que esta fosse baseada em várias provas cabais? Para o ministro, não. Ele não vê por que anular uma condenação consubstanciada por diferentes provas “só porque o fio da meada foi uma prova ilícita”⁷⁹.

Moreira Alves, por sua vez, achava absurda a ideia de uma prova poder contaminar todo o processo e resultar na absolvição de, por exemplo, uma poderosa rede de traficantes, mesmo com provas cabais do crime. Moreira Alves também demonstrou o receio de que excluir provas ilícitas por derivação seria um incentivo para a corrupção: maus policiais poderiam ser subornados para simularem escutas telefônicas ilícitas e depois revelarem o uso desse artifício, o que invalidaria o restante da investigação e do processo judicial⁸⁰.

Nota-se um resquício desse raciocínio em Pacelli, para quem, ainda que ilícita a prova, não há motivo para se determinar o trancamento do inquérito. O autor afirma que nem toda atividade investigatória subsequente estaria contaminada; se a exceção da descoberta inevitável, por exemplo, fosse desconsiderada, “[...] a ilicitude da prova, mais que uma violação à intimidade dos interessados, revelar-se-ia cláusula de permanente imunidade em relação ao fato.” Segundo Pacelli, bastaria ao investigado produzir uma situação de ilicitude na obtenção de prova do seu crime e, assim, trancaria todas as demais iniciativas para apurar o delito. O processualista assevera que, para saber o quanto a investigação foi contaminada pela prova ilícita, devem ser adotados critérios de ponderação de cada interesse envolvido no caso concreto: há de se recorrer ao critério da proporcionalidade e, especificamente, ao juízo de adequabilidade da norma ao caso⁸¹.

Na esteira do combate à criminalidade, também se vem falando em provas ilícitas *pro societate*. Com amparo no princípio da proporcionalidade, Barbosa Moreira defende o uso de prova ilícita em favor da sociedade quando a criminalidade organizada for superior às Polícias e ao Ministério Público, restabelecendo-se, baseado no princípio da isonomia, a igualdade substancial na persecução criminal. O autor reconhece que, normalmente, a acusação tem superioridade de armas; porém, tal quadro pode se tornar diferente devido à expansão e fortalecimento do crime organizado. O processualista argumenta que, no Brasil, certos traficantes de drogas são melhor armados do que a polícia, o que lhes facilita a obtenção de provas por meios ilegais. Um exemplo seria a coação de testemunhas nas zonas controladas

⁷⁹ STF, Tribunal Pleno, HC69.912/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/12/1993.

⁸⁰ STF, Tribunal Pleno, HC69.912/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/12/1993.

⁸¹ PACELLI, 2017, p. 368.

pelo narcotráfico: um morador da comunidade não declararia à polícia ou ao juízo algo contrariando o “poderoso chefão local”⁸².

Nos EUA, a jurisprudência da Suprema Corte sobre provas ilícitas vem cada vez mais salientando o impacto da exclusão probatória na atividade policial. Desde *United States v. Calandra* (1974), a Corte passou a interpretar que a *exclusionary rule* não era uma norma prevista na Constituição, mas, sim, uma medida para inibir o comportamento abusivo da polícia. Assim, deveria ser interpretada conforme a sua eficiência, e sua aplicação dependeria de uma ponderação (*balancing*). Posteriormente, em *United States v. Janis* (1976), a Corte escreveu que, à época, não havia evidências empíricas convincentes de que a regra funcionava, pois cada estudo consultado aparentava ter defeitos – ou seja, segundo a Suprema Corte, não havia como comprovar ou refutar o efeito preventivo almejado pela *exclusionary rule*. Entretanto, essa ressalva não impediu o tribunal de passar a utilizar uma análise de custo-benefício na sua jurisprudência⁸³.

Num artigo científico, a jurista norte-americana Tonja Jacobi questiona a eficácia da exclusão de provas ilícitas. Ela argumenta que: se a polícia é tão cruel e suscetível a violações constitucionais como a Suprema Corte supõe, não é a *exclusionary rule* que vai detê-los; juízes não excluem todas as evidências contaminadas e, mesmo que excluíssem, um júri não as ignoraria uniformemente. A intenção da Corte definida no caso *Mapp v. Ohio* (1961) era enrijecer a exclusão de provas ilícitas para punir e deter a polícia, mas o resultado foi que os policiais passaram a contornar a regra através de perjúrio e atuação agressiva – os juízes e júris, por sua vez, começaram a resistir e distorcer a regra. Pela lógica da análise econômica do Direito, a *exclusionary rule* cria dissuasão excessiva, o que leva a aplicação insuficiente da lei⁸⁴.

Jacobi ainda prossegue, afirmando que a *exclusionary rule* faz presunções simplórias sobre o comportamento policial. Segundo a autora, policiais são agentes imprevisíveis, não almejam apenas condenações – os incentivos são variados, incluindo a valorização de prisões, o assédio a minorias, a vontade de serem vistos como efetivos no controle do crime e a intenção de proteger a comunidade. Júris, por sua vez, não aceitam passivamente a exclusão de provas, fazendo suposições sobre a ausência de evidências⁸⁵.

⁸² BARBOSA MOREIRA, p. 128, apud LIMA, 2019, p. 664-665.

⁸³ CLANCY, 2012, p. 367-371.

⁸⁴ JACOBI, Tonja. **The Law and Economics of the Exclusionary Rule**, in: Notre Dame Law Review. Vol. 87, 2013, p. 675.

⁸⁵ JACOBI, 2013, p. 675.

3.3 RESTRIÇÃO INTERPRETATIVA DAS EXCEÇÕES

Os argumentos para restringir a admissibilidade de provas são, em geral, voltados a frear o arbítrio das autoridades. Nota-se que há uma crítica incisiva ao uso da teoria da proporcionalidade para flexibilizar a admissão de provas ilícitas originárias e derivadas. Elencam-se a seguir alguns dos argumentos mais relevantes:

3.3.1 Subjetividade e decisionismo

Sobre o problema da subjetividade em relação à interpretação do art. 157, do CPP, destaca-se a crítica de Aury Lopes Jr.

Segundo o processualista, a redação de tal artigo leva ao enfraquecimento excessivo, quase erradicação, da teoria dos frutos da árvore envenenada. Possibilitam-se julgamentos arbitrários, pelos quais o julgador pode definir a existência de uma conexão de ilicitude apenas com uma boa retórica – o que gera incerteza, tratamento desigual para situações jurídicas iguais. Peca-se pela falta de regras claras do jogo⁸⁶.

O autor afirma ser um equívoco limitar excessivamente o nexo causal para atenuar ou mesmo evitar o “efeito dominó” – limitar o efeito expansivo contaminante das demais provas em relação à prova ilícita originária. Conforme Lopes Jr., o grande problema deste tema é que “a ausência de regras claras de exclusão (*exclusionary rules*) faz com que a discussão sobre se é ou não uma conexão causal juridicamente relevante acabe virando um sistema de exclusão à la carte”⁸⁷.

Ante a esses problemas, Aury Lopes Jr. oferece duas medidas. Uma é a clara definição das regras de exclusão; a outra é ampliar a compreensão do nexo causal: até que se prove o contrário, a prova produzida na continuação daquela ilícita deverá ser considerada contaminada, desde que mantenha um mínimo de relação de causa e efeito (se ficar evidente a independência, não se deve anular as demais provas)⁸⁸.

A subjetividade excessiva também é uma fonte de críticas ao uso da teoria da proporcionalidade para excluir a ilicitude de provas. Para Avolio, a teoria é intrinsecamente subjetiva, visto na impossibilidade de se enunciar seus elementos essenciais (interesses e

⁸⁶ LOPES JR., 2018, p. 406.

⁸⁷ LOPES JR., 2018, p. 406.

⁸⁸ LOPES JR., 2018, p. 406-407.

valores) num plano abstrato. A aplicação jurisprudencial é carregada de incertezas, o que faz céuticos verem a proporcionalidade como um parâmetro excessivamente vago e perigoso para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias. Há o perigo de que os julgadores se orientem somente com base nas circunstâncias particulares do caso concreto e ignorem as dimensões do fenômeno no plano geral⁸⁹.

Outro apontamento importante é feito por João dos Passos Martins Neto e Bárbara L. M. Thomaselli Martins. Para estes, o art. 5º, inciso LVI, da CF, veicula, do ponto de vista de sua estrutura lógica, uma norma hipotética, porque liga uma consequência jurídica (no caso, proibição) a certa determinada hipótese de incidência: “se as provas da acusação foram obtidas por meios ilícitos (hipótese de incidência), seu uso é inadmissível no processo (consequência jurídica).” Assim, trata-se de uma regra a ser aplicada pelo modelo da subsunção. Por não ser um princípio (norma a qual não especifica uma hipótese de incidência), não caberia o uso de ponderação⁹⁰.

Nesse sentido, conflui Luís Roberto Barroso, que, ao se referir à vedação de provas ilícitas, escreveu: “[...] a Constituição brasileira, por disposição expressa, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação de bens e valores em jogo.” Ou seja, não haveria margem para aplicar o princípio da proporcionalidade, pois o constituinte não estipulou exceções⁹¹.

Barroso também argumenta que, embora a proporcionalidade possa parecer uma ideia atrativa, deve-se considerar os antecedentes no Brasil, onde exceções começam a virar regras (a exemplo das medidas provisórias). Devido à trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e à ausência de um sentimento constitucional consolidado, não seria conveniente nem oportuno optar-se por flexibilizações arriscadas⁹².

Aproveitando a abertura criada pela proporcionalidade e pela ponderação, tornou-se cada vez mais frequente no meio forense a tese do interesse *pro societate*. Segundo o raciocínio, como a ilicitude de uma prova pode ser desconsiderada para provar a inocência de um acusado

⁸⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, paginação irregular, RB 3.4 [livro eletrônico].

⁹⁰ MARTINS NETO, João dos Passos. THOMASELLI, Bárbara L. M. **A Constituição em movimento: um ensaio sobre a construção judicial do direito constitucional**, in: Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4. Região, n. 13, 2019, p. 101 e 105-106.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. **A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas**, in: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, v. 213, 1998, p. 160.

⁹² BARROSO; BARCELLOS, 1998, p. 162.

– situação na qual prevalece o interesse *pro reo* - há hipóteses em que a acusação também poderia ser favorecida, sobrepondo-se o interesse *pro societate*.

Tal concepção é criticada por Távora e Alencar, para quem a flexibilização dos direitos de alguns cidadãos é permitir o desrespeito à segurança dos demais. Conforme os autores, a ponderação de interesses “[...] dá vazão a uma ampla fluidez e instabilidade de garantias, podendo visivelmente albergar arbítrios na concepção utilitária e maniqueísta, já ressaltada, entre interesse social contrapondo-se aos do réu”. Levanta-se ainda o receio de que a atenuação de regras sirva de pretexto para perseguir certos grupos de cidadãos e rotulá-los como “inimigos do Estado”⁹³.

Uma das exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada é especialmente criticada pela subjetividade: a atenuação do vício. Os critérios são vistos como vagos: quanto tempo é necessário para dissipar a ilicitude? Horas, dias, meses? Quais circunstâncias são relevantes para determinar se a voluntariedade do acusado rompeu o nexo causal da prova ilícita?⁹⁴

No Brasil, Alexandre Morais da Rosa entende não ser permitido invocar tal exceção, pois ela busca reduzir o nexo de causalidade entre as provas originária e derivada através de fatores autoritários⁹⁵.

3.3.2 O Estado promovendo um ilícito

Guilherme Nucci, em seus comentários ao Código de Processo Penal, salienta que o Estado não deve promover, de forma alguma, a infração da lei para garantir a efetividade da punição penal. Seria um contrassenso permitir cometer um crime para investigar outro: “Infração penal por infração penal, a sociedade não se tornará mais justa porque uma foi punida e a outra, cometida sob amparo estatal, serviu de base para a condenação da primeira”⁹⁶.

Autores como Távora e Alencar mencionam que, diante dos argumentos sobre interesse *pro societate*, a proteção da sociedade deve ser mantida através da preservação do núcleo básico

⁹³ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 637-638.

⁹⁴ DEL CARMEN, Rolando. HEMMENS, Craig. **Criminal Procedure: Law and Practice**. 10. ed. Boston: Cengage Learning, 2017, p. 106.

⁹⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 742.

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 621.

de garantias de todos: “Não se justifica a quebra de garantias constitucionais, num Estado fora da lei, na busca do combate ao crime”⁹⁷.

A implicação ética do uso de provas ilícitas pelo Estado também foi ressaltada na jurisprudência norte-americana. No caso *Mapp v. Ohio* (1961), a Suprema Corte estabeleceu que as duas principais razões para se adotar a *exclusionary rule* eram: a) a prevenção de condutas ilícitas pela polícia; e b) a preservação da integridade judicial. Sobre este último tema, proferiu-se que “o criminoso sairá livre, se for o caso, mas é a lei que o liberta. Nada destrói um governo mais rapidamente do que o fracasso em seguir a sua própria lei, ou, pior, a desconsideração da Carta que lhe garante a existência”⁹⁸.

Tal preocupação também foi vista em outro caso (*Olmstead v. United States*), no qual o juiz da Suprema Corte Louis Brandeis escreveu que:

Nosso Governo é o professor poderoso e onipresente. Por bem ou por mal, ele ensina toda a população através do seu exemplo... Se o Governo se torna um infrator, ele gera desprezo pela lei; ele convida todo homem a se transformar na lei de si mesmo; ele convida à anarquia. (Tradução nossa)⁹⁹.

Percebe-se, assim, uma distinção entre os argumentos voltados à limitação do Estado. De um lado, existe a preocupação mais prática de evitar abusos contra os cidadãos; de outro, nota-se a importância da imagem do Estado e a sua legitimidade perante a população.

3.3.3 A prevenção de abusos num sistema penal disfuncional

Segundo Nucci, o sistema penal brasileiro ainda é imaturo em assegurar os direitos e garantias individuais, de modo que não caberia usar a proporcionalidade para flexibilizar a inadmissibilidade de provas ilícitas. Estas devem se manter vedadas, com a exceção de casos cujo interesse atingido seja de grande relevância - a liberdade de um inocente, por exemplo¹⁰⁰.

O autor prossegue com a crítica afirmando que não se pode admitir a atuação policial em desconformidade com as proteções constitucionais, mesmo que em nome da segurança pública, pois ainda não há no Brasil um Estado-investigação preparado e equilibrado. Segundo Nucci, são raros os casos em que se apura efetivamente o abuso policial: “Preferem os operadores do Direito ignorar muitas alegações de violações dos direitos individuais a perder

⁹⁷ TÁVORA, ALENCAR, 2017, p. 637.

⁹⁸ DEL CARMEN, HEMMENS, 2017, p. 95.

⁹⁹ DEL CARMEN, HEMMENS, 2017, p. 95.

¹⁰⁰ NUCCI, 2020, p. 623.

uma boa prova, que possa produzir a condenação de alguém considerado perigoso à sociedade”¹⁰¹.

O autor traz um exemplo: se um réu alega ter sido agredido na fase policial, é comum ser produzida uma investigação superficial, muito tempo depois, que acaba por não levantar nada de concreto – seja porque a prova desfez-se pelo decorrer do tempo, seja porque o Estado não tem interesse efetivo em identificar suas próprias falhas. Assim, a prova ilícita, na prática, termina sendo aceita, e o acusado, condenado¹⁰².

Nos EUA, há décadas vem se debatendo sobre a eficácia da *exclusionary rule*, se ela realmente ajuda a inibir o comportamento abusivo da polícia. Tal debate acirrou-se principalmente porque a prevenção de abusos passou a ser a principal razão da inadmissibilidade de provas ilícitas. Ou seja, segundo os críticos, se não há eficácia, a regra não tem mais sentido em existir¹⁰³.

Num estudo conduzido com autoridades responsáveis pela investigação de drogas em Chicago, Myron W. Orfield, Jr. derivou conclusões favoráveis ao efeito preventivo e pedagógico da *exclusionary rule*. Embora conceda que a regra não é livre de custos, nem é um remédio perfeito para violações da Quarta Emenda, Orfield afirma que ela criou, no departamento de narcóticos da polícia de Chicago, um sistema de incentivos, reforçado por outras práticas institucionais, que impede buscas ilícitas feitas por policiais¹⁰⁴.

O autor reconhece que uma análise quantitativa rigorosa dos efeitos da regra talvez nunca seja possível, mas o seu estudo, baseado nas entrevistas com as autoridades, sugere que o respeito à Quarta Emenda pelos policiais, somado a reformas institucionais, tem sido e provavelmente permanecerá vinculado à *exclusionary rule*. O estudo identifica falhas na regra, como a possibilidade de policiais mentirem perante Juízo em casos de exclusão probatória. Porém, o autor salienta que qualquer medida que imponha uma sanção pessoal a um policial pode incentivar o perjúrio. Segundo Orfield, não há razão para pensar que um oficial que mente para evitar a exclusão de evidências também não mentiria em um processo civil para evitar sua responsabilidade por danos¹⁰⁵.

¹⁰¹ NUCCI, 2020, p. 623.

¹⁰² NUCCI, 2020, p. 623.

¹⁰³ CLANCY, 2012, p. 368.

¹⁰⁴ ORFIELD JR., Myron W. **The Exclusionary Rule and Deterrence: An Empirical Study of Chicago Narcotics Officers**, in: The University of Chicago Law Review. Vol. 54, 1987, p. 1054.

¹⁰⁵ ORFIELD Jr., 1987, p. 1054-1055.

O autor conclui que a *exclusionary rule* teve um efeito generalizado sobre as práticas tanto do departamento de narcóticos como sobre policiais individuais em Chicago. Para Orfield, o estudo reforça a noção de que, às vezes, instituições e indivíduos levam tempo para responder a grandes mudanças sistêmicas, mas eles podem eventualmente se adequar de formas criativas e efetivas¹⁰⁶.

3.3.4 Garantias prevalecem sobre a busca da verdade real

No Brasil, o tema da inadmissibilidade das provas ilícitas é tratado pela ótica dos direitos e garantias fundamentais. Desde o HC 73.351/SP (1996), julgado pelo STF, notava-se o atrito entre a concepção moderna e garantista da CF/1988 e a visão antiga do processo penal como busca da verdade real. Destaca-se trecho do voto de Sepúlveda Pertence:

O dilema está entre a crença nas garantias constitucionais e na necessidade de lhe dar efetividade, ou na crença de que às garantias constitucionais se deve sobrepor a perseguição, a qualquer custo, da verdade real, posta como única finalidade do processo penal, em qualquer caso ou pelo menos, no tocante à criminalidade de maior gravidade¹⁰⁷.

Ao longo das últimas décadas, a doutrina majoritária vem convergindo no entendimento de que a busca da verdade a qualquer custo deve ser abandonada.

Conforme Gustavo Badaró, no processo penal, não se aplica o raciocínio de que os fins justificam os meios. Na verdade, “[...] a correta observância do meio, isto é, do processo enquanto instrumento para atuação do direito de punir estatal, é condição para a legitimidade do resultado.” O processo deve respeitar os parâmetros constitucionais e se conformar às regras legais¹⁰⁸.

O autor continua ao afirmar que, em um Estado de Direito, a limitação do conceito da verdade no processo penal não é algo a se lamentar, mas, sim, a ser comemorado,

[...] por significar que esse é um Estado legítimo, que restringe o seu próprio instrumento do poder punitivo para reconhecer direitos que são fundamentais aos seus cidadãos. O que se deve buscar é estabelecer uma relação equilibrada entre o interesse na obtenção da verdade e a dignidade dos investigados e acusados¹⁰⁹.

¹⁰⁶ ORFIELD Jr., 1987, p. 1055.

¹⁰⁷ STF, Tribunal Pleno, HC 73.351/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 09/05/1996.

¹⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, paginação irregular, RB 1.2 [livro eletrônico].

¹⁰⁹ BADARÓ, 2019, paginação irregular, RB 3.5 [livro eletrônico].

Sobre o direito à prova, Badaró escreve que há restrições legítimas à busca da verdade em casos nos quais devem prevalecer valores tutelados pela Constituição, como a dignidade humana, a inviolabilidade do domicílio ou a intimidade. Para o processualista, “Não se trata de impedir a descoberta da verdade, mas de não aceitar que possa ser buscada com quaisquer métodos, a todo custo, como se fosse o único fim do processo”¹¹⁰.

4 O QUE DECIDIR?

Chega-se à pergunta inevitável: qual posição tomar?

Discussões excessivamente teóricas tendem a fugir das perguntas que deveriam responder. Assim, há necessidade de uma visão prática.

Dessa forma, nesse capítulo, discute-se a teoria dos frutos da árvore envenenada no contexto da decisão judicial, demonstrando-se alinhamento com a interpretação restritiva de suas exceções.

Argumenta-se pela natureza essencialmente insolúvel do conflito de interpretações acerca das provas ilícitas por derivação. Entretanto, em vez de se resignar com um impasse, busca-se propor como lidar com essa incongruência.

4.1 ALGUNS CRITÉRIOS PARA DECISÕES JUDICIAIS

Seguindo a ideia de que, num Estado de Direito, as decisões devem ser justificadas para terem legitimidade, Manuel Atienza apresenta uma distinção entre dois tipos de justificação judicial. Tal contraste se torna saliente conforme casos fáceis ou difíceis.

Quando os casos são fáceis, nos quais não existem problemas em relação às premissas normativas ou fáticas, a justificação significa criar um silogismo, uma dedução. Nessa hipótese, a justificação é chamada de “interna” ou de “primeiro nível”, e seria sempre uma operação necessária para resolver controvérsias jurídicas. Entretanto, nem sempre esse tipo de justificação será suficiente¹¹¹.

Havendo complexidades em relação seja à premissa normativa seja à premissa fática, estará configurado um caso difícil. Os problemas podem ser: verificar se há uma norma

¹¹⁰ BADARÓ, 2019, paginação irregular, RB 3.5 [livro eletrônico].

¹¹¹ ATIENZA, 2016, p. 88.

aplicável ao caso e, caso sim, qual seria; como interpretar os termos da norma aplicável; avaliar as provas e determinar se certo fato ocorreu ou não; etc. Nessas situações, haveria de ser usado um outro tipo de justificação, a “externa” ou de “segundo nível”: não sendo possível uma operação simples de silogismo, buscam-se diferentes argumentos ou critérios para justificar as premissas da decisão judicial¹¹².

Além do raciocínio dedutivo, deve-se acrescentar os critérios de “razão prática”: universalidade, consistência, coerência e aceitabilidade das consequências. A universalidade significa que, se em determinadas condições X foi produzida uma decisão Y, então, sempre que ocorrerem essas mesmas condições X, deve-se decidir na forma Y. A consistência enuncia a proibição de se utilizar premissas contraditórias. A coerência proíbe a contradição axiológica: a interpretação de uma norma deve ser conforme os princípios e valores do ordenamento jurídico. Já as consequências se referem não propriamente a fatores empíricos ou sociais, mas, sim, aos efeitos normativos: avalia-se as consequências lógicas que a decisão terá sobre valores como justiça, bem comum ou conveniência pública¹¹³.

A justificação externa também pode se utilizar de diferentes tipos de argumentos, como *a simili*, *a contrario*, *a fortiori* e *ad absurdum*.¹¹⁴ Atienza não define esses argumentos, mas, a título de curiosidade, compilam-se aqui definições colhidas de outra fonte: *a simili* é um argumento por analogia; *a contrario* é o argumento de que situações diversas devem ser tratadas de maneiras diversas; *a fortiori* é um argumento de extensão (ex.: “se é proibido possuir material de pornografia infantil, faz ainda mais sentido ser proibido veiculá-lo pela internet” ou “se um brasileiro naturalizado pode ser ministro da Fazenda, então pode ser secretário estadual da mesma pasta”); *ad absurdum* consiste em tomar uma proposição como verdade, para tirar conclusões absurdas, e, no final, expor sua falsidade¹¹⁵.

Uma vez esclarecidas as premissas através da justificação externa, pode-se utilizar a justificação interna.

Na justificação interna, a decisão judicial se utiliza de três tipos de normas: regras de ação, regras de fim e princípios.

As regras de ação são utilizadas na subsunção: se forem configuradas determinadas circunstâncias X, é obrigatório/proibido/permitido realizar uma ação Y. Por exemplo, se comprovado que um réu cometeu homicídio, deverá ser aplicada a ele a pena cabível. Segundo

¹¹² ATIENZA, 2016, p. 89.

¹¹³ ATIENZA, 2016, p. 89.

¹¹⁴ ATIENZA, 2014, p. 93.

¹¹⁵ FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Editora Contexto, 2018, p. 137, 143, 181e 191.

Atienza, essa é a argumentação judicial mais comum, pois simplifica as informações e reduz a discricionariedade do julgador¹¹⁶.

Entretanto, há casos em que o juiz deve se utilizar de regras de fim, em um raciocínio de adequação. Em determinadas circunstâncias X, é obrigatório/permitido buscar um fim F. Por isso, uma medida deve ser tomada conforme sua eficiência em atingir F. Por exemplo: em casos de divórcio, a guarda dos filhos menores deverá ser concedida segundo o melhor interesse destes. As regras de fim abrem margem para maior discricionariedade judicial, pois estão orientadas ao futuro e são uma forma mais aberta de regular condutas¹¹⁷.

Nem sempre os juízes dispõem de regras prontas para resolver um caso. Às vezes simplesmente não há regra, às vezes a regra está em desacordo com os valores do ordenamento. Assim, aplicam-se as normas chamadas de princípios. Estes últimos não podem ser aplicados de maneira direta, pois indicam razões não peremptórias, as quais devem ser contrastadas com outras razões, provenientes de outros princípios ou outras regras. A aplicação dos princípios se dá em duas fases: 1) os princípios são comparados entre si e convertidos em regras (ponderação); 2) as novas regras serão aplicadas conforme o modelo subsuntivo ou finalista.

Os princípios são divididos em princípios em sentido estrito e diretrizes¹¹⁸. Os primeiros ensejam uma ponderação entre normas de ação (exemplo: o princípio que proíbe atentar contra a honra das pessoas *versus* o princípio que permite a liberdade de expressão); já as diretrizes levam a uma ponderação entre medidas que buscam concretizar alguma orientação (como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, vide art. 3º, I, CF).

A ponderação segue um itinerário. No primeiro passo, constata-se que em um caso existem princípios conflituosos entre si, de modo que devem ser ajustados, pois não podem ser satisfeitos ao mesmo tempo. Na segunda etapa, estabelece-se a prioridade de um princípio sobre o outro em certas circunstâncias, explicando-se o porquê disso. Por fim, produz-se uma regra de ação que será utilizada em uma posterior subsunção¹¹⁹.

Como os princípios são formulados de maneira aberta e imprecisa, a sua aplicação provoca problemas tanto de interpretação quanto de ponderação. Não há um método que permita determinar, de antemão, o resultado dessa operação, mas existem critérios que servem

¹¹⁶ ATIENZA, 2016, p. 94-95.

¹¹⁷ ATIENZA, 2016, p. 95.

¹¹⁸ ATIENZA, 2016, p. 95-96.

¹¹⁹ ATIENZA, 2016, p. 96-97.

como limites e guias: por exemplo, os já mencionados critérios de “razão prática”, ou outros parâmetros criados a partir de uma determinada concepção sobre a Constituição¹²⁰.

No campo da argumentação jurídica, a ponderação é um dos temas mais discutidos. Em geral, sua defesa é feita pelos adeptos do neoconstitucionalismo, os quais seguem uma concepção principialista do Direito. Os críticos tendem ao positivismo jurídico, destacando o império da lei e desconfiando da aplicação dos princípios no Direito¹²¹.

Nos tribunais brasileiros, vem-se utilizando esse método, com aporte teórico principalmente no autor alemão Robert Alexy. Entretanto, a academia critica a interpretação e aplicação errôneas de Alexy pelos juristas brasileiros¹²².

Robert Alexy concebe os princípios como mandados de otimização, comandos de que algo deve ser realizado na maior medida possível. Quando ocorre um conflito entre princípios, deve ser aplicado um teste de proporcionalidade para resolvê-lo. A proporcionalidade é o princípio último do ordenamento, e é composta por três subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro significa que uma medida que limita um direito para satisfazer outro deve ser idônea, efetiva para alcançar esta finalidade. A “necessidade” significa que essa medida deve ser a menos custosa para atingir o objetivo. Já a proporcionalidade em sentido estrito significa a ponderação, a qual se dá por um conjunto de critérios¹²³.

Para Alexy, a estrutura da ponderação é composta pela lei da ponderação, pela fórmula do peso e pelas cargas da argumentação. A lei da ponderação prescreve que “quanto maior o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios, maior deve ser a importância da satisfação do outro”. A fórmula do peso se constitui de três variáveis: o grau de afetação dos princípios no caso concreto (leve/médio/intenso); o peso abstrato dos princípios relevantes (leve/médio/intenso); a segurança das apreciações empíricas (seguras, plausíveis, evidentemente falsas). A cada variável é atribuído um valor numérico. Em caso de empate (o peso dos princípios conflitantes for idêntico), utilizam-se regras sobre a carga da argumentação. Por exemplo, uma regra que estabeleça prioridade à liberdade ou à vontade do legislador¹²⁴.

¹²⁰ ATIENZA, 2016, p. 109.

¹²¹ ATIENZA, 2016, p. 159.

¹²² SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, in: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, n. 798, 2002, p. 23.

¹²³ ATIENZA, 2016, p. 163 e ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 185-197.

¹²⁴ ATIENZA, 2016, p. 163 e ALEXY, 2014, p. 185-197.

Manuel Atienza concorda com a essência das teses de Alexy. Entretanto, acredita que este não as apresentou da melhor forma possível. O uso de fórmulas, símbolos numéricos, coeficientes, nada mais é do que uma metáfora com linguagem matemática. Para Atienza, o jurista alemão criou um esquema puramente formal, não sendo mais do que uma ferramenta para resolver um problema de ponderação, o qual é fundamentalmente material, interpretativo. Ou seja, Alexy não teria criado um algoritmo para solucionar a ponderação, mas, sim, um recurso heurístico que pode eventualmente ser utilizado. Assim, Atienza sugere que Alexy seja aplicado de maneira pragmática, não sistemática. Atienza aponta que um dos problemas de se utilizar das fórmulas de Alexy é complicar a vida inutilmente, pois há problemas jurídicos que podem ser resolvidos por meios muito mais simples¹²⁵.

Segundo o autor espanhol, a ponderação não é um procedimento arbitrário, mas pressupõe doses de discricionariedade maiores que a subsunção. Por isso, a ponderação feita pelo Judiciário deve ser muito mais limitada do que a realizada pelo Legislativo. Ademais, os tribunais inferiores devem ter mais limitações ao ponderar do que os superiores, porque estes, dependendo do sistema, estabelecem precedentes vinculantes com maior ou menor intensidade àqueles. A ponderação se aplica quando se quer evitar um formalismo excessivo no raciocínio jurídico¹²⁶.

Por fim, cabe mencionar mais um enfoque abordado por Atienza: os casos trágicos. Uma das discussões da teoria do Direito contemporâneo sobre casos difíceis é se para cada caso jurídico há uma única resposta correta. Para o paradigma dominante, sempre é possível fazer justiça por meios jurídicos em um Estado de Direito¹²⁷.

Manuel Atienza adota uma posição mais crítica em relação ao direito dos Estados democráticos. Quem deve resolver um problema jurídico não parte necessariamente da ideia de que o ordenamento ofereça uma solução política e moralmente correta. Pode ocorrer de um jurista ter que argumentar a favor de uma decisão a qual reputa como correta, mas que, ao mesmo tempo, saiba não ser a solução prescrita pelo direito positivo. O direito dos Estados democráticos não configura o melhor dos mundos juridicamente possíveis (embora seja o melhor dos mundos jurídicos existentes)¹²⁸.

¹²⁵ ATIENZA, 2016, p. 168-169.

¹²⁶ ATIENZA, 2016, p. 177.

¹²⁷ ATIENZA, 2016, p. 134.

¹²⁸ ATIENZA, 2016, p. 135.

O autor espanhol conceitua “casos trágicos” como aqueles nos quais não há como encontrar solução jurídica que não sacrifique essencialmente algum valor jurídico ou moralmente fundamental. Há dois tipos de casos trágicos com os quais um juiz pode se deparar: a) a situação em que o ordenamento jurídico oferece ao menos uma resposta correta (conforme as normas), mas que choca com a moral pessoal do julgador; b) a situação em que o ordenamento jurídico não lhe permite encontrar nenhuma solução correta. Na primeira, há um choque entre ordenamentos moral e jurídico; na segunda, há contradições internas no ordenamento jurídico¹²⁹.

Atienza tece considerações acerca desses casos trágicos.

Ainda que existam situações nas quais o sistema jurídico não permita chegar a uma resposta correta, isso não significa que as decisões nesses casos escapem completamente de um controle racional. O fato de não existir uma resposta correta ou boa não implica que todas as alternativas possíveis sejam equiparáveis entre si: quando umas são piores do que as outras, deve-se optar pelo mal menor¹³⁰.

Um juiz que se depara com esses casos recorre a critérios do razoável, o que significa se utilizar tanto da racionalidade estrita (lógica formal e princípios da universalidade, coerência, etc.) quanto da pura e simples discricionariedade. Isso não quer dizer desconsiderar os critérios racionais, mas, sim, aplicá-los dentro de uma filosofia política e moral¹³¹.

Prosseguindo, Atienza comenta que a existência de casos trágicos é explicada por uma série de características dos sistemas jurídicos dos Estados contemporâneos, especialmente os Estados de Direito com forte carga social e democrática. A ampliação dos direitos e, particularmente, a irrupção de direitos sociais e econômicos se traduz normativamente em uma proliferação de diretrizes e regras de fim. Estas duas, tendo maior força expansiva, apresentam maior propensão a gerar contradições do que as regras de ação. Concomitantemente, apesar dessas mudanças normativas, os órgãos judiciais continuam configurados como instâncias as quais devem resolver conflitos não através de um compromisso entre os interesses em jogo, mas, sim, de um equilíbrio entre valores inegociáveis. As constituições contemporâneas, ao buscar retratar todo o espectro dos valores vigentes em uma sociedade, incorporam alguns inevitavelmente conflituosos¹³².

¹²⁹ ATIENZA, 2016, p. 141.

¹³⁰ ATIENZA, 2016, p. 150.

¹³¹ ATIENZA, 2016, p. 151.

¹³² ATIENZA, 2016, p. 152.

Com essas explicações, Atienza afirma que a presença ou aumento de casos trágicos não é necessariamente indício de uma maior injustiça do sistema jurídico. A capacidade dos juízes para detectar e conviver com o trágico no Direito não deve ser pensada como um elemento perturbador ou disfuncional. Argumenta-se que a existência de autênticos dilemas morais permite a reflexão sobre os sentimentos de pesar, os quais teriam uma função importante, pois motivam pessoas a pensarem no futuro e evitarem o surgimento de situações dilemáticas¹³³.

No caso dos operadores do Direito, Atienza argumenta que a consciência do trágico (junto com o sentimento de mal-estar) pode incentivá-los a cumprir seus deveres de cidadãos, isto é, motivá-los a modificar o mundo social para se evitar o trágico no Direito¹³⁴.

4.2 INTERPRETANDO AS EXCEÇÕES À TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Conforme se viu no primeiro capítulo, a tese das provas ilícitas por derivação surgiu nos EUA e teve uma trajetória sinuosa. Vinculada à regra de exclusão das provas ilícitas em geral, a natureza e a justificativa da teoria mudaram ao longo do tempo, o que tornou a sua adoção no Direito brasileiro ainda mais problemática.

A teoria dos frutos da árvore envenenada surgiu com o propósito de assegurar garantias constitucionais – porém, desde o início, os juízes da Suprema Corte já mencionavam, mesmo que ligeiramente, a possibilidade de exceções (*Silverthorne Lumber & Co. v. U.S.*, com a fonte independente, e *Nardone v. U.S.*, com a atenuação do vício). Intimamente ligada à regra de vedação das provas ilícitas no geral, a teoria acompanhou o fortalecimento e o enfraquecimento desta.

O auge da *exclusionary rule* se deu com o caso *Mapp v. Ohio* (1961), no qual a Suprema Corte decidiu que a regra não se aplicava apenas à jurisdição federal, mas também às jurisdições estaduais; também se definiu que a finalidade da regra era tanto prevenir abusos policiais quanto preservar a integridade judicial. Anos depois, com uma nova configuração de juízes, a Suprema Corte mudou sua argumentação, no caso *United States v. Calandra* (1974). A Corte passou a ser mais cética com a regra de exclusão, entendendo que não era uma garantia constitucional em si, mas apenas uma medida criada para deter condutas ilícitas de policiais. Assim, desde então, a argumentação da Suprema Corte sobre a *exclusionary rule* (e junto a teoria dos frutos

¹³³ ATIENZA, 2016, p. 152-153.

¹³⁴ ATIENZA, 2016, p. 153.

da árvore envenenada) mudou o foco de direitos fundamentais e se voltou à eficiência em dissuadir a polícia de cometer excessos.

Percebe-se que, no auge, a exclusão probatória se baseava numa regra de fim e num princípio (prevenção de abuso e integridade, respectivamente); nas últimas décadas, passou a ser justificada somente como uma regra de fim. Dessa forma, tornou-se mais fácil flexibilizar a teoria dos frutos da árvore envenenada: decisões como *Nix v. Williams*, *Murray v. United States* e *New York v. Harris* são fundamentadas explicitamente no resultado prático auferido pela polícia. A Corte destacou em seus votos o alto custo social - impunidade dos criminosos - e definiu, inclusive, um critério: a exclusão probatória deveria ocorrer quando a conduta ilícita gerasse uma vantagem para a polícia. No caso *Nix*, argumentou-se que a polícia acharia o corpo da vítima de qualquer forma; no caso *Murray*, raciocinou-se que os policiais já tinham justa causa para o mandado de busca e apreensão e o obteriam também de qualquer maneira. Assim, a polícia não teria tido qualquer benefício com sua má conduta.

Todo esse contexto geralmente não foi bem retratado na doutrina e na jurisprudência brasileiras – foi melhor apurado em trabalhos acadêmicos voltados especificamente ao tema. Conforme se percebe no pioneiro HC 69.912/RS do STF, a teoria dos frutos da árvore envenenada foi adotada como uma consequência da regra de vedação das provas ilícitas, a qual, ao contrário dos EUA, é explícita no texto da Constituição brasileira. Ademais, percebe-se que a teoria foi recepcionada no Brasil com o argumento de salvaguarda dos direitos fundamentais, não estando vinculada tão somente ao critério de eficiência, como sugerido pela Suprema Corte norte-americana.

Mesmo tendo uma concepção diferente dos direitos fundamentais e da exclusão probatória, o Brasil, lentamente, começou a adotar algumas das exceções aplicadas pelo Direito estadunidense. A justificativa para a adoção das exceções da fonte independente e da descoberta inevitável teria um fundo lógico: se uma prova é independente, não há que se falar em derivação e contaminação; se uma prova seria descoberta de qualquer forma, não haveria lesão a direito fundamental. Entretanto, como escreveu o célebre jurista e juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr.:

A vida do Direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas na época, as teorias morais e políticas predominantes, as intuições das políticas públicas, declaradas ou inconscientes, até os preconceitos que os juízes compartilham

com seus semelhantes, tiveram muito mais a ver do que o silogismo na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. (Tradução nossa)¹³⁵.

Concorda-se que a fonte independente e a descoberta inevitável têm fundamento lógico, mas faz-se o alerta de que o contexto de surgimento das duas não pode ser desconsiderado. A interpretação de ambas variou conforme a Suprema Corte dos EUA ora adotou uma posição mais “garantista”, ora preferiu uma postura de “eficiência”.

Assim, ao tratar da teoria dos frutos da árvore envenenada, não é cabível utilizar apenas argumentos formais, mas também se deve abordar os argumentos materiais. Desde o HC 69.912/RS, levantou-se a questão de como a teoria se adaptaria à realidade brasileira: seria um instrumento de proteção dos direitos fundamentais ou um óbice à persecução penal e à preservação da segurança pública?

A resposta não é simples. Durante a consulta bibliográfica para esta monografia, não se encontraram pesquisas empíricas no Brasil referentes ao tema. E, mesmo que existissem, teriam limitações: afinal, é difícil conduzir uma pesquisa ampla, com rigor científico e que garanta que todos entrevistados (como policiais, juízes, promotores e réus) falem com absoluta honestidade e imparcialidade.

Destaca-se que esse argumento não pretende desestimular a pesquisa empírica, a qual, quando bem feita, é de grande auxílio aos juristas. Porém, salienta-se que o tema das provas ilícitas e dos frutos da árvore envenenada envolve o problema da conduta abusiva/criminosa de autoridades públicas, cuja apuração é historicamente obstruída por uma cultura de acobertamento. Assim, qualquer pesquisa a respeito deve considerar as adversidades impostas pelo cenário brasileiro.

Sem pesquisas informativas e confiáveis, os juristas acabam tendo que trabalhar com argumentos orientados pela verossimilhança e pela maior coerência possível com as normas vigentes – o que implica o perigo de se julgar com base em opiniões exageradas ou não correspondentes à realidade.

No HC 69.912/RS, destacou-se o receio dos ministros Sydney Sanches e Moreira Alves. Caberia excluir do processo provas cabais de um crime só porque o “fio da meada foi uma prova ilícita”? Criminosos não poderiam se aproveitar da tese dos frutos da árvore envenenada

¹³⁵ HOLMES Jr., Oliver Wendell. **The Common Law**. 1881. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>. Acesso em: 06/08/2020.

e usá-la para barrar investigações? A impunidade de um crime grave não seria um custo demasiadamente alto?

O exemplo criado por Sanches é, realmente, chamativo, mas o seu teor aterrorizante acabou perdendo força ao longo dos anos, conforme a jurisprudência passou a aceitar exceções à ilicitude por derivação. Não se trata de uma regra draconiana, ainda há espaço para discussões sobre a configuração ou rompimento do nexo de causalidade – embora se alerte contra decisões subjetivas e arbitrárias sobre o assunto.

Sobre a hipótese de aliciamento de policiais para simularem provas ilícitas, reconhece-se não ser impossível. Porém, sem dados que a embasem, continua no campo da especulação. Não há como dizer que é uma prática tão comum a ponto de virar uma garantia permanente de impunidade. E, mesmo que fosse, seria sintoma de um problema muito maior. Se a polícia fosse tão corruptível e desonesta quanto Moreira Alves sugere, então seria ainda mais necessária uma regra de exclusão. Afinal, como se poderia acreditar na qualidade das provas ilícitas se os policiais fossem tão pouco confiáveis? Como crer que os policiais seriam devidamente punidos se a organização fosse tão corrupta?

A relação da teoria dos frutos da árvore envenenada com a impunidade pode confundir: de fato, a teoria poderá implicar criminosos sendo absolvidos; mas, da mesma forma, o respeito à Constituição, ao devido processo legal, às leis em geral, também pode resultar na absolvição de criminosos. E não é por isso que se deverá abrir mão de um Estado Democrático de Direito. O controle sobre o poder não é um obstáculo a este, mas, sim, a sua condição de legitimidade.

Reconhece-se que os direitos das vítimas, frequentemente invocados pelos críticos da exclusão probatória, não devem ser menosprezados. Por isso que muitos casos de exclusão probatória podem se encaixar no que Atienza chamou de “casos trágicos”. Devido à pluralidade de valores e princípios protegidos pela Constituição, inevitavelmente surgirão situações de conflito nas decisões judiciais. Nesse momento, dever-se-á decidir pelo mal menor, baseando-se em critérios racionais. As limitações do processo penal podem, de fato, serem frustrantes, mas elas apenas refletem o quadro caótico do sistema punitivo e da sociedade brasileira.

As garantias constitucionais não são uma generosidade para com o réu, elas são os pilares do sistema jurídico. Se provas ilícitas fossem amplamente aceitas, como se avaliaria o seu valor probatório? Elas não poderiam ser plantadas ou adulteradas, seja por autoridades públicas, seja por particulares? O cumprimento do devido processo legal é que protege a confiança nas leis, nas autoridades e até nas relações sociais. Por triste ironia, os que atropelam garantias em busca da “verdade real” acabam fazendo um desserviço à verdade. Em síntese: do

mesmo modo que é incoerente uma pessoa vender seu carro para comprar gasolina, não se deve abrir mão das garantias constitucionais por eficiência persecutória.

A defesa que aqui se faz da ilicitude por derivação talvez pareça irrelevante, já que a tese já está prevista expressamente no Código de Processo Penal. Contudo, como tanto se destacou nesta monografia, a redação do art. 157, do CPP, é aberta e confusa. Assim, a sua aplicação pode não ocorrer mediante um mero silogismo, em um caso simples de “justificação interna”, como fala Atienza. Os termos abertos exigem interpretação, o que acarreta o perigo de subjetividade. Nesses momentos, é importante lembrar para que serve a teoria dos frutos e qual é o seu histórico.

Sobre o tema específico desta monografia, as exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada no processo penal brasileiro, cabe discorrer mais.

Conforme relatado ao longo deste trabalho, há uma corrente doutrinária que argumenta por uma exceção implícita – já que não é prevista em lei - à vedação de provas ilícitas. Seria o critério da proporcionalidade e, junto com ela, a ponderação.

O critério em si e a ponderação são conceitos razoáveis e que podem ser de grande utilidade para o operador do Direito, evitando um formalismo exacerbado. Entretanto, é um método com racionalidade limitada, o qual não elimina a discricionariedade do julgador.

No Brasil, o critério da proporcionalidade deve ser aplicado com cuidado, devido às peculiaridades do ordenamento jurídico. Como o país é vasto e tem um grande número de juízes, incentivar a ponderação pode criar uma profusão de decisões judiciais desconexas, sem um sistema de precedentes coerentes entre si. A ponderação não é um algoritmo capaz de resolver os problemas de maneira uniforme: ao escolher o princípio que prevalecerá sobre outro, o julgador inevitavelmente estará exercendo um grau de subjetividade.

Como se viu neste trabalho, não há consenso geral entre os juristas sobre o tema provas ilícitas e teoria dos frutos da árvore envenenada. Assim, ao se utilizar da ponderação, o resultado do julgamento variaria consideravelmente de acordo com a posição de quem julga, seja “garantista”, seja “eficientista”. Afinal, cada jurista conferirá pesos diferentes aos princípios que estão em colisão. A crítica é ilustrada perfeitamente por uma frase do falecido juiz da Suprema Corte norte-americana Antonin Scalia, o qual escreveu em um voto que a ponderação de interesses “é como julgar se uma linha é mais longa do que uma pedra é pesada”¹³⁶.

¹³⁶ “It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy.” **Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enters., Inc.**, 486 U.S. 888, 897 (1988). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/486/888/>. Acesso em: 24/11/2020.

Os preceitos da proporcionalidade (idoneidade/necessidade/proporcionalidade em sentido estrito) não fogem dos argumentos já apresentados no corpo desta monografia: a idoneidade se tratando da eficácia da teoria dos frutos da árvore envenenada; a necessidade versando sobre a existência de alternativas; a proporcionalidade em sentido estrito se referindo à escolha de qual princípio prevalecerá.

Como foi aqui ressaltado, a verificação da eficácia da teoria dos frutos da árvore envenenada e dos seus custos colaterais é complexa. Por isso, reforça-se o ceticismo em relação ao uso generalizado do critério da proporcionalidade: é difícil acreditar que um juiz sozinho ou em um colegiado pequeno possa colher todas informações relevantes, com o rigor científico adequado, e prever as principais consequências de sua decisão no sistema como um todo. Não se menospreza a capacidade e inteligência dos juízes brasileiros, mas preocupa-se com a produção de decisões bem informadas e coerentes.

Um último ponto é o cabimento da ponderação no processo penal. Conforme se viu nesta monografia, argumenta-se que certas questões já teriam sido ponderadas pelo constituinte/legislador, não sendo atribuição do julgador ponderar novamente. Na lógica do processo penal, a liberdade tem predominância; ou seja, mesmo que se admitisse a ponderação, a liberdade apresenta carga argumentativa maior.

Nesse ponto, apresenta-se uma discordância com Atienza, o qual, em um de seus textos consultados, demonstrou-se favorável à admissão de uma prova ilícita em um caso julgado pelo Tribunal Constitucional espanhol¹³⁷. Concorde-se com o autor espanhol que a ponderação pode ser um remédio útil para o formalismo excessivo. Porém, como o próprio filósofo leciona, ponderar exige também interpretação, o que envolve trazer critérios de razão prática e atribuir sentidos conforme uma concepção da Constituição. Segundo o que se argumentou até agora neste trabalho, o contexto brasileiro é particularmente infértil para a admissão de provas ilícitas. Diferentemente da Espanha, o Brasil é um país de dimensões continentais, um Estado Federativo no qual boa parte do controle sobre as polícias e sobre a segurança pública é descentralizado e atribuído aos estados, com histórico acentuado de violência policial e com uma Constituição na qual há dispositivo expresso vedando provas ilícitas.

Feitas essas considerações sobre a ponderação, volta-se à teoria dos frutos da árvore envenenada, especificamente às suas exceções previstas em lei.

¹³⁷ ATIENZA, 2016, p. 180-181.

À primeira vista, a redação do art. 157, CPP, poderia sugerir uma aplicação fácil, um silogismo baseado em regras de ação, conforme classifica Atienza. Entretanto, seus termos genéricos podem ensejar verdadeiros casos difíceis, os quais requerem “justificação externa”.

O primeiro ponto é o conceito de “nexo de causalidade”, já historicamente debatido em diferentes ramos do Direito. Outro tópico é a descoberta inevitável: como evitar que ela se torne um mero exercício de especulação? Conforme se viu na jurisprudência norte-americana, tais conceitos variaram de acordo com a política criminal dos tribunais, além de poder gerar confusão por sua obscuridade.

Marinoni e Arenhart fazem distinções jurídicas sobre o tema. Discorrem que a ilicitude da prova originária não contamina o fato a ser esclarecido, mas, sim, outras provas – “nada impede que um fato seja provado através de provas lícitas que nada tenham a ver com a prova ilícita”. Um primeiro critério para averiguar se uma prova seria derivada de outra ilícita é o natural: a prova em questão teria sido produzida, ainda que a prova ilícita não tivesse sido obtida? Contudo, segundo os autores, a conexão natural não seria suficiente para verificar a contaminação. Também deveria haver uma conexão jurídica. Para saber se haveria nexos de antijuridicidade, deve-se verificar se a “admissão da segunda prova como ilícita contribui para a defesa dos direitos que se objetiva proteger através da proibição da prova ilícita”¹³⁸.

Através dessa ótica, Marinoni e Arenhart interpretam as exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada. Na fonte independente, não haveria nexos de causalidade, de modo que não se poderia falar em derivação. Na descoberta inevitável, haveria nexos de causalidade, porém, estaria rompido o nexos de antijuridicidade – evita-se que o descumprimento da lei possa excluir um fato que seria inevitavelmente descoberto. Neste último ponto, os autores ainda escrevem que “O juiz, para atribuir eficácia à prova derivada, obviamente deve justificar a sua decisão, expressando as circunstâncias e as regras de experiência que indicam que aquilo que foi alcançado através da prova derivada seria naturalmente obtido por meio de uma prova lícita”¹³⁹.

Tais distinções podem servir para esclarecer o raciocínio da decisão judicial. Porém, particularmente em relação ao nexos de antijuridicidade, não se resolveu o problema de subjetividade. Avaliar a contribuição “para a defesa dos direitos que se objetiva proteger através da proibição da prova ilícita” pode ser um critério razoável, mas seu tom genérico nos remete às mesmas críticas já feitas à ponderação.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, paginação irregular, RB 16.12 [livro eletrônico].

¹³⁹ MARINONI, ARENHART, 2015, paginação irregular, RB 16.13 [livro eletrônico].

5 CONCLUSÃO

Tantas críticas, tantas ressalvas, tantos avisos de cautela foram expostos nesta monografia, que o leitor pode estar se perguntando: se nenhuma abordagem é boa, o que se deve decidir, afinal?

Bem, impõe-se humildade ao autor deste trabalho em dizer que não há solução perfeita. A subjetividade das decisões é um problema perene do Direito, porque simplesmente não pode ser eliminada. Entretanto, é possível tentar limitá-la e diminuir ao máximo possível a arbitrariedade. Como escreveu Atienza, o ideal do Estado de Direito é a submissão do poder à razão, e não o contrário.

Aceita-se, por exemplo, as distinções feitas por Marinoni e Arenhart. Entretanto, na ocorrência de casos difíceis, também se acata a sugestão de Atienza de acrescentar os critérios da universalidade, consistência, coerência e aceitabilidade das consequências – bem como o uso prudente de argumentos como *a simili*, *a contrario*, *a fortiori* e *ad absurdum*.

Sim, o leitor desta monografia pode contestar que a subjetividade não foi eliminada e que adicionar critérios infinitamente não parece uma solução criativa nem satisfatória. A tal crítica, o autor deste trabalho acadêmico se curva. Defende-se que não há estudo ou doutrina que possa criar uma fórmula infalível e acabar com todas controvérsias relativas ao tema. Porém, é possível sugerir critérios racionais, que podem auxiliar na confecção ou na análise de decisões. Por exemplo, nos votos de Sydeny Sanches e Moreira Alves no HC 69.912/RS, notou-se, respectivamente, o uso de um argumento *ad absurdum* e o critério de aceitabilidade das consequências.

Como se viu das jurisprudências norte-americana e brasileira, há uma abundância de particularidades e nuances nos casos concretos em que se pretende aplicar a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Um exemplo é o HC 83.921/RJ do STF, o qual permitiu a reprodução sob contraditório de uma prova que havia sido contaminada no inquérito policial - apenas 10 anos depois o entendimento foi alterado com a Rcl 12484/DF. Esse episódio não é frequentemente citado quando se discorre sobre a exceção da fonte independente. Esta deve ser interpretada com cuidado, pois, como reza o ditado popular, “o diabo mora nos detalhes”.

Nesse mesmo sentido, reputa-se inadequada a aplicação no Brasil da exceção de atenuação do vício (*attenuation of the taint*). A experiência norte-americana demonstrou que esta exceção é baseada em parâmetros excessivamente vagos, os quais geraram decisões, no

mínimo, incoerentes entre si. Quanto à descoberta inevitável, entende-se ser válida no Direito brasileiro, mas sua aplicação é gravemente ressalvada pelo risco de se tornar um exercício de especulação. A prova de que o fato seria inevitavelmente descoberto deve ser inequívoca – havendo incerteza considerável, não se configura a exceção.

Percebe-se que a teoria dos frutos da árvore envenenada - bem como o entendimento de suas exceções - só ganhará vigor, concretude e refinamento através da prática e da análise crítica desta. Deve-se analisar os fundamentos e argumentos das decisões, para perceber eventuais incoerências e propor melhorias. Concomitantemente, reforça-se a necessidade de o Brasil aprimorar seu sistema de precedentes: melhorar a motivação das decisões e estabelecer coerência e estabilidade entre estas, por exemplo.

Também se ressalte a importância de notar a dimensão política e moral da exclusão probatória. Como se viu neste trabalho, não se trata de uma mera questão técnica, mas, sim, um desdobramento de como os juristas enxergam o Estado Democrático de Direito. Na impossibilidade de neutralidade, a democracia se exerce pela transparência, pela exposição clara das razões que motivam os juízes, bem como pelo posterior debate sobre o acerto das decisões.

O futuro da exclusão das provas ilícitas originárias e derivadas – inserida no contexto de limitações do sistema punitivo e do conflito de visões dos juristas e demais cidadãos - dependerá da tentativa e erro e do senso crítico. Uma pessoa com olhos vendados pode esbarrar contra uma parede, mas, se for sensata, tirará a lição de qual direção não tomar de novo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. [livro eletrônico] 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar Editora, 2014.
- _____. **Interpretación constitucional**. 2ª ed. Bogotá: Universidad Libre, 2016.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Provas ilícitas e proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- _____. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. **A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas**, in: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, v. 213, 1998.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei n. 3.689: promulgado em 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 03/05/2020.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03/05/2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **HC 69.912/RS**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 16/12/1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72076>. Acesso em: 21/06/2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **HC 73.351/SP**. Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª turma, j. 09/05/1996. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1629314>. Acesso em: 07/05/2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **HC 74.530/AP**. Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª turma, j. 13/12/1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75303>. Acesso em: 18/08/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 83.921/RJ**. Rel. Min. Eros Grau, 1ª turma, j. 27/08/2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384836>. Acesso em: 18/08/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 90.298/RS**. Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª turma, j. 08/09/2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2472218>. Acesso em: 07/05/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 91.867/PA**. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª turma, j. 24/04/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>. Acesso em: 24/06/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC 90.376/RJ**. Rel. Min. Celso de Mello, 2ª turma, j. 03/04/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456098>. Acesso em: 24/06/2020.

CLANCY, Thomas K. **The Fourth Amendment's Exclusionary Rule as a Constitutional Right**, in: Ohio State Journal Of Criminal Law. Vol. 10, 2012.

DEL CARMEN, Rolando. HEMMENS, Craig. **Criminal Procedure: Law and Practice**. 10. ed. Boston: Cengage Learning, 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/590/>. Acesso em: 09/06/2020.

_____. Suprema Corte. **Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/>. Acesso em: 04/06/2020.

_____. Suprema Corte. **Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>. Acesso em: 03/06/2020.

_____. Suprema Corte. **New York v. Harris, 495 U.S. 14 (1990)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/495/14/#tab-opinion-1958261>. Acesso em: 09/06/2020.

_____. Suprema Corte. **Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>. Acesso em: 10/06/2020.

_____. Suprema Corte. **Segura v. United States, 468 U.S. 796 (1984)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/796/>. Acesso em: 04/06/2020.

_____. Suprema Corte. **Silverthorne Lumber Co. v. US 251 U.S. 385 (1920)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>. Acesso em: 03/06/2020.

_____. Suprema Corte. **Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>. Acesso em: 08/06/2020.

FARIA, José Eduardo. **Garantistas vs. consequencialistas: um debate político ou jurídico?**. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/garantistas-vs-consequencialistas-um-debate-politico-ou-juridico-09092018. Acesso em: 07/05/2020

FIORIN, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Editora Contexto, 2018.

GARDNER, Thomas J. ANDERSON, Terry M. **Criminal Evidence: Principles and Cases**. 9. ed. Boston: Cengage Learning, 2016.

HALL, Daniel E. **Criminal Law and Procedure**. 6. ed. Clifton Park: DELMAR CENGAGE Learning, 2012.

HOLMES Jr., Oliver Wendell. **The Common Law**. 1881. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm>. Acesso em: 06/08/2020.

JACOBI, Tonja. **The Law and Economics of the Exclusionary Rule**, in: Notre Dame Law Review. Vol. 87, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS NETO, João dos Passos. THOMASELLI, Bárbara L. M. **A Constituição em movimento: um ensaio sobre a construção judicial do direito constitucional**, in: Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4. Região, n. 13, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES, Daniel Granzotto. **Agente Infiltrado Em Organização Criminosa, Prova Ilícita E Proporcionalidade**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí – Itajaí.

ORFIELD JR., Myron W. **The Exclusionary Rule and Deterrence: An Empirical Study of Chicago Narcotics Officers**, in: The University of Chicago Law Review. Vol. 54, 1987.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RIBEIRO, Diego Diniz. **Teoria dos frutos da árvore envenenada e descoberta inevitável no CARF**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/direto-carf-teorias-frutos-arvore-envenenada-descoberta-inevitavel>. Acesso em: 25/06/2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2017.

SAMAHA, Joel. **Criminal Procedure**. 8. ed. Belmont: Wadsworth, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**, in: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, n. 798, 2002.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2017.

WRIGHT, Roger. **Criminal Procedure: from the courtroom to the street**. New York: Wolters Kluwer, 2015.

WORRALL, John L. **Criminal Procedure**. 3. Ed. Boston: Pearson, 2018.