

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

JULIANE ROCHA PLUCANI

**A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO E SUAS LIMITAÇÕES NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Porto Alegre
2019

JULIANE ROCHA PLUCANI

**A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO E SUAS LIMITAÇÕES NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul- UFRGS como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos.

Porto Alegre
2019

CIP - Catalogação na Publicação

ROCHA PLUCANI, JULIANE
A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO E SUAS LIMITAÇÕES NO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO / JULIANE ROCHA
PLUCANI. -- 2019.

68 f.

Orientador: Sérgio Luís Wetzel de Mattos.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2019.

1. Prova Ilícita por Derivação. 2. Doutrina dos
Frutos da Árvore Venenosa. 3. Prova Contaminada. 4.
Ilicitude por derivação. 5. Limitação Fonte
Independente. I. Wetzel de Mattos, Sérgio Luís,
orient. II. Título.

JULIANE ROCHA PLUCANI

**A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO E SUAS LIMITAÇÕES NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul- UFRGS como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 16 de dezembro de 2019.

Professor Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Professor Doutor Klaus Cohen Koplin

Professor Doutor Daisson Flach

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Gilson e Andréa, pelo amor e zelo que me foram dados ao longo de toda minha vida, e por terem me ensinado que o conhecimento é a riqueza mais preciosa que alguém pode ter. Aos meus avôs Lourdes (*in memoriam*), Lupi, Cecília e Wanderley, pelo apoio incondicional e por vibrarem a cada conquista minha como se deles fosse.

Ao Professor Dr. Sérgio Mattos, pela paciente orientação e pelo agradável convívio diário que muito enriquece meu crescimento pessoal, acadêmico e profissional. Espero que, ao longo da vida acadêmica, todos estudantes possam ter contato com um professor como ele. O seu amor pela docência e pela academia inspiram e nutrem a minha esperança no renascimento de uma educação de qualidade nesse país.

À equipe do escritório *Knijnik Advocacia*, por despertar a minha paixão pelo debate e pela carreira da advocacia privada. É uma honra trabalhar todos os dias ao lado de profissionais tão qualificados. Em especial, ao Dr. Danilo Knijnik e ao Dr. Leonardo Vesoloski, por apostarem na minha capacidade profissional, antes mesmo de eu perceber que ela existia, pela motivação, pelo rigor e pela exigência constantes – o que, ao fim e ao cabo, nada mais representam o respeito e a confiança que ambos sempre depositaram em mim. Aos dois: minha gratidão e admiração eternas.

À Kelly Haag, pelo cuidado maternal ao tentar amenizar os impactos da chegada da vida adulta e suas conseqüentes responsabilidades para mim. Aos demais colegas que compartilharam comigo as alegrias e angústias passadas nessa reta final do curso, Carlos Edinger, Gabriel Pintaude, Leonardo Aurvalle e Pedro Watanabe. Ao último, principalmente, pelas ricas contribuições ao presente trabalho.

Por fim, agradeço pelo incentivo e pela compreensão a aqueles que, de alguma forma, contribuíram para o desenvolvimento desse trabalho, em especial, meus amigos, Felipe Todeschini, Gabriel Garibotti, Gustavo Oro, Helena Fabrício, Patrício Alves, Pietro Cervelin, e Rafaela Shiomukay. Todos eles transformaram tormenta em calma.

Teremos aprendido uma antiga e importante lição: a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que se repita não consiste em santificar o excesso oposto.

Barbosa Moreira

RESUMO

A doutrina das provas ilícitas por derivação foi desenvolvida no seio do direito norte-americano, por meio de decisões da Suprema Corte, também chamada de doutrina dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree*), e prevê, por conta de um nexo de causalidade existente, a inadmissibilidade de provas secundárias que foram contaminadas pela ilicitude de uma prova originária. Essa doutrina, contudo, não é absoluta e irrefutável, havendo quatro principais limitações à regra de exclusão: a limitação da fonte independente; a limitação da descoberta inevitável; a limitação da descontaminação; e a limitação da boa-fé. O presente trabalho busca compreender a origem e o desenvolvimento dessa teoria e de suas limitações para que assim se possa entender como e se elas foram transplantadas para o ordenamento jurídico brasileiro. Será feita uma análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial quanto ao tema, principalmente no âmbito do direito processual civil, sem prejuízo que se passe brevemente pelo tema à luz do direito processual penal.

Palavras-chave: Prova Ilícita por Derivação. Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa. Prova Contaminada. Ilicitude por derivação. Limitação Fonte Independente. Limitação da Descoberta Inevitável. Limitação da Descontaminação. Limitação da Boa-Fé.

ABSTRACT

The fruits of the poisonous tree doctrine was developed by the American law, through decisions of the Supreme Court of the United States, and, by the existence of a causal connection between the evidence, it states the inadmissibility of secondary evidence that has been contaminated by the illegality of an original evidence that is also illegal. However this doctrine is not absolute and irrefutable, there are four major limitations to the exclusionary rule: the independent source limitation; the inevitable discovery limitation; the purged taint limitation; and the good-faith limitation. This paper seeks to comprehend the origin and the development of this theory and its limitations, in order to obtain a further understanding of if and how they have been transplanted to the Brazilian legal system. It will be done a legislative, doctrinal and jurisprudential analysis of the subject, especially into the context of civil procedural law, without prejudice of a brief study into the context of criminal procedural law.

Keywords: Fruits of the Poisonous Tree Doctrine. Independent Source Limitation. Inevitable Discovery Limitation. Purged Taint Limitation. Good Faith Limitation.

ABREVIATURAS

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC – Código de Processo Civil de 2015

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

CPP – Código de Processo Penal de 2008

SCOTUS – Supreme Court of the United States

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TRF – Tribunal Regional Federal

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DA CARACTERIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO.....	13
2.1 DA PROVA ILÍCITA À PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO	13
2.2 A ORIGEM DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE VENENOSA NOS ESTADOS UNIDOS	23
2.3 A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	26
3 LIMITAÇÕES À PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO	40
3.1 DAS PRINCIPAIS LIMITAÇÕES À PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO	40
<i>3.1.1 A Limitação da Fonte Independente.....</i>	<i>41</i>
<i>3.1.2 A Limitação da Descoberta Inevitável</i>	<i>46</i>
<i>3.1.3 A Limitação da Descontaminação</i>	<i>49</i>
<i>3.1.4 A Limitação da Boa-Fé</i>	<i>52</i>
3.2 A APLICAÇÃO DAS LIMITAÇÕES À PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	53
4 CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62
JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.....	65
JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL	67

1 INTRODUÇÃO

O estudo do direito probatório é amplo e complexo e de forma alguma será exaurido no presente trabalho. Além de tangenciar o direito constitucional no tocante às garantias fundamentais, tais como ao devido processo legal e ao contraditório, ele também pode ser abordado pela ótica do processo judicial cível, penal e até trabalhista, ou ainda do processo administrativo.

O presente trabalho dará enfoque às provas ilícitas, mais especificamente, às ditas provas ilícitas por derivação e às suas limitações, principalmente, à luz do direito processual civil brasileiro. Isso, todavia, não impedirá a análise, mesmo que breve, quanto ao tema sob a ótica do processo penal.

Em um primeiro momento, será estudado o tema da prova em si mesma, abordando a sua definição, e sua função dentro do processo, até se chegar nas provas vedadas, que englobam as provas ilegítimas e as provas ilícitas. Estando bem solidificada a conceituação das provas ilícitas, aí sim, passar-se-á a examinar o tema das provas ilícitas por derivação, também conhecido como doutrina dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree doctrine*).

Para isso, será necessário estudar a gênese dessa doutrina que ocorreu no seio da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. A seguir, serão expostos os casos que tiveram influência direta na sua consolidação e em suas posteriores modificações dentro do direito norte-americano.

Feito isso, no próximo ponto, será examinado como o direito processual brasileiro recepcionou essa doutrina. Essa análise será feita desde a recepção da *fruits of the poisonous tree doctrine* pelo Supremo Tribunal Federal, em 1993, até a sua positivação pela reforma do Código de Processo Penal de 2008, passando-se pelas lições da doutrina processualista penal e civil, vez que uma é complementar à outra. Também se buscará compreender como essa doutrina está se moldando atualmente ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da atuação do Poder Judiciário, tanto pelos Tribunais de Justiça, quanto pelos Tribunais Regionais Federais.

Considerando que a doutrina dos frutos da árvore venenosa não é irrefutável e absoluta, também é de rigor que se estude as suas limitações, a origem delas no direito norte americano bem como se elas foram recepcionadas ou não pelo direito brasileiro. Serão abordadas as quatro principais limitações à doutrina dos frutos da árvore venenosa, sendo elas: a limitação da fonte independente, a limitação da descoberta inevitável, a limitação da

descontaminação, e a limitação da boa-fé. Por fim, se procederá a uma última análise de decisões proferidas pelo Poder Judiciário do Brasil, no âmbito do processo civil, a fim de que se possa verificar se e como essas limitações estão sendo aplicadas à realidade brasileira.

Assim sendo, com o desenvolvimento do presente trabalho espera-se poder estudar e compreender uma pequena parte do universo das provas ilícitas por derivação à luz do direito processual civil brasileiro, tanto pela letra da lei, pelas ilações da doutrina, quanto pela aplicação da doutrina aos casos concretos pelo Poder Judiciário.

2 DA CARACTERIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

2.1 DA PROVA ILÍCITA À PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

O termo ‘prova’ é plurissignificante e utilizado nos mais diversos campos do conhecimento humano. O dicionário Aurélio traz mais de dezoito definições para o vocábulo, dentre as mais variadas estão: “competição”; “experiência, ensaio”; “processo pelo qual se verifica a exatidão de um cálculo”¹; etc. Para a ciência, as provas são sinais, amostras, evidências ou indícios de que algum fato ou fenômeno da natureza é real, mensurável ou passível de acontecer. No universo de uma criança em idade escolar, prova é nada mais do que um exame que testará seus conhecimentos a respeito de determinado conteúdo lecionado em sala de aula.

Já no universo direito, é muito simples a conceituação de prova como uma mera reconstrução de fatos pretéritos para a obtenção da verdade, da verossimilhança ou da veracidade. É utópico pensar que, por meio da produção probatória, se chegará à verdade absoluta, reconstruindo-se perfeitamente os fatos que são controvertidos em um processo judicial.

Mais adequado é entender que a prova é um “instrumento utilizado pelas partes e apropriado pelo julgador para auxiliar na formação da *ratio decidendi* que formata sua convicção ante o caso concreto”² que garante direta e indiretamente “o exercício da ampla argumentação” viabilizando “uma construção compartilhada dos pronunciamentos decisórios”³. Marinoni e Arenhart definem a prova, no âmbito do direito processual civil, como “todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação feitas no processo”⁴.

Os autores ainda atentam para o caráter multifacetário da prova que é “capaz de imprimir à figura, conforme o prisma através do qual se a observa, diferentes nuances”⁵. Num sentido objetivo, para Didier Jr., é “a atividade probatória ou os meios com que ela se

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed., totalmente revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1656.

² MARINONI, Luiz Guilherme. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, JJ. Gomes. (coord). São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013. p. 359.

³ PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 38.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 72.

⁵ Ibidem, p. 71.

desenvolve”; por outro lado, a representação do sentido subjetivo da prova é “o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz”⁶.

O direito de ação está umbilicalmente conectado ao direito fundamental à prova, o qual vai muito além de um direito genérico de pleitear a produção probatória no decorrer do processo de instrução. Ele trata-se de uma “a concessão de iguais oportunidades de as partes pleitearem a produção de provas” e até o “direito de participar da sua realização, direito à valoração da prova e de falar sobre os seus resultados”⁷.

Não por outra razão, a Constituição Federal (CF), na redação do art. 5º, inc. LIV, consagrou o devido processo legal, garantindo um processo justo, um procedimento “previsto de forma adequada e razoável para a consecução de sua finalidade primordial no Estado Democrático de Direito, que é a garantia e proteção dos direitos fundamentais”⁸. E dentro da garantia ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, insere-se o direito à prova, que é nada mais do que a “liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem ou descaracterizem o *justo processo*”⁹.

O direito à prova, entretanto, não é irrestrito e absoluto. Ainda que o constituinte tenha-o garantido às partes, ele também o restringiu em detrimento ao respeito à direitos fundamentais. Ficou estabelecido que não serão admitidas, em qualquer natureza processual, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inc. LVI, CF). Veja-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

[...]

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;¹⁰

Em verdade, essa limitação, trata-se de uma tutela ao direito de ninguém ter produzida contra si uma prova ilícita ou obtida de forma ilícita, além de ser “uma limitação

⁶ DIDIER JR., Fredie. **O de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 45.

⁷ AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberalidade e instrumentalidade. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015. p. 35.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, JJ. Gomes (coord.). São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013. p. 430.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed., rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 47.

¹⁰ BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 5º, inc. LVI. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/09/2019.

moral ao direito à prova, que norteia a conduta das partes a atividade do juiz do processo”¹¹. É nada mais do que uma tutela ao próprio princípio do devido processo legal. Seguindo o pensamento do constituinte, o art. 157, *caput*, Código de Processo Penal (CPP) também previu a inadmissibilidade das provas ilícitas: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas dos processos as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais ou legais”¹².

O legislador transmitiu a mensagem de que não é permitida a “justiça a qualquer preço”, de sorte que “busca pela verdade não é um valor absoluto”, pois ela “serve como uma garantia para a adequada e efetiva tutela jurisdicional”¹³, na medida em que serve de legitimação à decisão judicial enquanto é balanceada com os valores tutelados pelo ordenamento jurídico. A respeito da proibição constitucional de produção de prova ilícita, Armenta Deu comenta que isso foi um mecanismo “que seerviu para converter os direitos humanos em direitos fundamentais”¹⁴. Ainda, sobre a questão, também refletiu Alvaro de Oliveira:

"Poderíamos dizer que a questão de fundo da admissão dos meios de prova ilícitos paira sobre a ‘**questão de proporcionalidade entre a infringência da norma e os valores que a produção da prova pode proteger, por meio do processo**’ e, de outro, **a violação da norma e os valores igualmente protegidos sob o pálio constitucional**, tais como o direito à intimidade, o princípio do contraditório e da igualdade, tanto sob aspecto formal como substancial (art. 5o, *caput*).”¹⁵ (grifou-se)

A proibição do art. 5º, inc. LVI, da CF engloba a produção de provas produzidas em ofensa ao direito material e ao direito processual, em qualquer espécie de processo, seja de natureza civil ou criminal. Para melhor compreensão acerca do universo das provas ilícitas, é necessário, contudo, estudar brevemente os temas das provas típicas e atípicas, chegando-se às provas vedadas que abrangem tanto as provas ilícitas quanto as ilegítimas.

Os meios típicos de prova são aqueles previstos em lei. Como a Constituição Federal apenas vedou a utilização as provas ilícitas, coube à legislação infraconstitucional a regulamentação dos meios típicos de prova. O Código de Processo Civil (CPC) elenca como meios de prova: a ata notarial (art. 384), o depoimento pessoal (arts. 385 a 395), a exibição de

¹¹ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberalidade e instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 190.

¹² BRASIL, República Federativa do. **Código de Processo Penal**, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 10/09/2019.

¹³ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 63

¹⁴ DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado**. Tradução Nereu José Giacomoli. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 40.

¹⁵ DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (organizador). **Prova cível**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 195.

documento ou coisa (arts. 396 a 404), a prova documental (arts. 405 a 438), os documentos eletrônicos (art. 439 a 441), a prova testemunhal (art. 442 a 463), a prova pericial (arts. 464 a 480), e a inspeção judicial (art. 481 a 484).

Esse rol do CPC não é taxativo. Não há impedimento às partes solicitarem ao magistrado a produção de outras provas, além das previstas no texto da lei, desde que estejam em consonância com a moralidade, “pois o que define a possibilidade da utilização de uma prova é a sua conformação com o direito”¹⁶. O próprio art. 369 do CPC possibilita a admissão de todos os meios legais de prova, inclusive aqueles não especificados em lei:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.¹⁷ (sublinhou-se)

Essa concessão ao magistrado de formar o seu convencimento em outras fontes além daquelas típicas abrange o tema das provas atípicas, as quais podem ser simplesmente definidas em oposição à conceituação de prova típica¹⁸. A prova atípica “permite que o direito processual civil seja influenciado pelos avanços científicos e tecnológicos”¹⁹ para que se possa fazer uma verificação mais exata e verossímil dos fatos trazidos em juízo. Sobre a abertura legislativa ao uso das provas inominadas, ou atípicas, Cambi refere:

“A abertura do sistema processual às provas atípicas ou inominadas **estimula a busca de meios mais adequados para influenciar a formação do convencimento judicial, aumento a liberdade das partes e do órgão jurisdicional, mas também as suas responsabilidades no desempenho das suas funções no processo.**”²⁰ (grifou-se)

Alguns exemplos de provas atípicas ou inominadas são: o negócio processual celebrado pelas partes, a prova estatística, a prova por amostragem, a prova emprestada, as declarações de terceiros, as perícias extras judiciais, o comportamento das partes, as notícias da mídia, os documentos psicografados, as constatações realizadas por oficial de justiça, a reconstrução simulada dos fatos, etc.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 294

¹⁷ BRASIL, República Federativa do. **Código de Processo Civil**, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10/09/2019.

¹⁸ MOREIRA, José Barbosa. Provas Atípicas. **Revista de Processo**, nº 76, p. 114.

¹⁹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 41.

²⁰ CAMBI, *loc. cit.*

Embora seja permitida a utilização das provas inominadas, há algumas restrições quanto ao seu uso. Wambier e Talamini atentam para uma correta distinção entre o meio probatório atípico, que deve ser admitido em nome da liberdade das provas, e entre aquelas provas que são desenvolvidas em “deturpação ou desvio de um meio típico de prova, produzid[as] com um déficit garantístico ou de credibilidade”²¹, ou seja aquelas provas concebidas em desrespeito às garantias fundamentais. Essas provas que carecem de credibilidade e ofendem direitos e garantias fundamentais são as provas vedadas, também chamadas de ilegais.

Com base na lição de Nuvolone, Grinover explicou que a prova é vedada “sempre que for contrária em sentido absoluto ou relativo, a uma específica norma legal, ou a um princípio de direito positivo”²². A vedação absoluta abrange as provas proibidas de serem produzidas, em qualquer caso, pela lei material enquanto a vedação relativa trata das provas que tem a sua legitimidade condicionada à observância de determinadas formas – vedação pela lei processual.

Ou seja, dentre o gênero das provas vedadas, ou provas ilegais, encontram-se duas espécies: a prova vedada em sentido absoluto, que é a prova ilícita, e a prova vedada em sentido relativo, que é a prova ilegítima. Armenta Deu leciona que “diferencia-se entre << *prova ilícita* >>, quando se vulnera um direito material e << *prova ilegítima* >>, ao tratar de uma violação de direito processual”²³.

Não se pode esquecer, contudo, que “determinadas provas, ilícitas porque constituída mediante a violação de leis materiais ou de princípios gerais de direito, podem ao mesmo tempo ser ilegítimas, se a lei processual também impede a produção do meio em juízo”²⁴, assim

“[q]uando a prova for, ao mesmo tempo, ilícita e ilegítima, será necessário verificar se o impedimento processual de utilização é suficiente para esvaziá-la, como acontece quando sua produção em juízo é cominada de nulidade; ou se deverá continuar-se a ter em mente sua qualificação de ‘ilícita’, para retirar-lhe toda e qualquer eficácia.”²⁵

²¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum e de conhecimento e tutela provisória)**, v. 2, 16ª ed., reformulada e aplicada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 252.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades pública e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 97.

²³ DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado**. Tradução Nereu José Giacomoli. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 40.

²⁴ GRINOVER, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵ *Ibidem*, p. 99.

Ainda, apesar de ambas serem antinormativas, é imperioso distinguir mais precisamente essas duas espécies. Vale destacar que essa distinção entre provas ilegítimas e ilícitas, na verdade, não foi feita pelo legislador da Constituição Federal (art. 5º, LVI) nem do Código de Processo Civil (art. 157), ao passo que o Código de Processo Civil sequer menciona as provas ilícitas. Araken de Assis comenta que a construção italiana de distinção entre as duas espécies de prova vetada ou ilegal não foi ajustada à proposição do art. 157, *caput*, do CPP, de sorte que “[o] dispositivo considera ilícita a prova obtida com violação, *tout court*, do ordenamento jurídico, englobando normas constitucionais (princípios e regras) e legais”²⁶.

A provas ilegítimas, ou os meios de provas ilegítimos, ou as provas ilegitimamente produzidas, são aqueles que violam o normas de natureza processual, ofendendo “os interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo”²⁷. Aqui pode-se elencar: (i) a prova obtida pela quebra de sigilo fiscal ou bancário com mandado judicial não fundamentado; (ii) a interceptação telefônica autorizada por juiz incompetente; (iii) o laudo assinado por sujeito que finge se passar por perito. É passível de renovação a produção das provas ilegítimas, dependendo da análise da relevância delas para o processo e da “ocorrência de efetivo prejuízo derivado da inobservância da regra procedimental”²⁸.

Já as provas ilícitas são aquelas obtidas em desrespeito às normas de conteúdo material, sejam elas provenientes da Constituição Federal ou das leis infraconstitucionais, que assegurem direitos fundamentais. A violação deve acarretar “direta ou indiretamente, ofensa a garantia ou princípio constitucional”²⁹. Ainda, essa aferição da ilicitude da prova pode ser feita por diversos critérios sobre o objeto da prova, sobre os meios pelos quais os dados dela decorrentes são inseridos no processo, sobre os procedimentos pertinentes à coleta do material probatório, e até sobre o valor daquela prova produzida³⁰. Sobre as provas ilícitas, vale a reflexão de Barbosa Moreira no sentido de que o seu problema é um dos “mais árduos que a

²⁶ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 238.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades pública e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 97.

²⁸ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberalidade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 191.

²⁹ AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 11.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019. p. 464.

³⁰ DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 167.

ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito”³¹:

“De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica e, em não poucos casos, antiética; de outro, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quiçá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.”³²

Dinamarco conceitua as provas ilícitas como “as demonstrações de fatos obtidos por modos contrários ao direito, quer no tocante às fontes de prova, quer quanto aos meios probatórios”³³, esclarecendo que a “[i]licitude da prova, portanto, é *ilicitude a obtenção das fontes ou ilicitude na aplicação dos meios*” de modo que “o reflexo processual da ilicitude na obtenção ou manipulação das fontes de prova é a *absoluta ineficácia da prova realizadas atrás delas*”³⁴. Quanto à proibição constitucional acerca da admissibilidade das provas declaradas ilícitas, o autor tece a seguinte crítica:

“A ineficácia das provas ilícitas constitui opção do constituinte de 1988, que, sensível a clamores de parte da doutrina (Ada Pellegrini Grinover), quis ir além a mera imposição de sanções severas aos autores de ilicitude na captação e fontes probatórias ou na realização da prova. Em si mesma, **essa opção radical transgride princípios constitucionais do processo** ao exigir que o juiz finja não conhecer os fatos seguramente comprovados, só por causa da origem da prova: a parte, que nem sempre será o sujeito responsável pela ilicitude (mas ainda que o fosse), suportará invariavelmente essa **restrição ao seu direito à prova, ao julgamento segundo a verdade e à tutela jurisdicional a que eventualmente tivesse direito**”³⁵. (grifou-se)

É verdade que a Constituição Federal fixou limites muito estreitos ao direito à prova. Entretanto, é de rigor observar que a sua elaboração ocorreu em período de transição de um regime autoritário, que vigorou por mais de duas décadas, para uma nova era política, promissora de democracia e respeito aos direitos fundamentais. Não por outra razão, Barbosa Moreira comentou que “[é] mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação”³⁶.

Em termos de violação direta ao texto constitucional, pode-se pensar nas provas (i) obtidas mediante violação de correspondência lacrada ou por interceptação telefônica

³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, n. 84, p. 153.

³² *Ibidem*, p. 153/154.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed., revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 49.

³⁴ *Ibidem*, p. 50.

³⁵ *Ibidem*, p. 51.

³⁶ MOREIRA, *op. cit.*, p. 154.

clandestina, em ofensa ao direito à inviolabilidade da correspondência e das comunicações telefônicas (art. 5º, inc. XII, da CF); (ii) decorrentes de busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial - nas situações não enquadradas nos casos de consentimento de morador, desastre, socorro ou flagrante – em mácula ao direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inc. XI, da CF); (iii) oriundas de gravação telefônica ambiental realizada no domicílio do indivíduo, em ofensa ao direito à intimidade (art. 5º, inc. X, da CF). A afronta aos preceitos constitucionais também pode ocorrer indiretamente, pelo desrespeito à dispositivos infraconstitucionais com conteúdo material constitucional, como o (i) interrogatório judicial do réu na ausência de advogado, em ofensa ao art. 185 do Código de Processo Penal (CPP) e ao art. 5º, inc. LV, da CF; ou (ii) o interrogatório judicial feito sob coação, em ofensa ao art. 186 do CPP e ao art. 5º, inc. LXIII da CF.

É interessante observar que essa proibição visa restringir a atividade estatal agressiva, excessiva e infundada, tratando-se nada mais do que uma proteção aos direitos fundamentais do indivíduo “como corolário do devido processo legal”³⁷. O veto também busca a inibir que particulares busquem a justiça à qualquer custo, tentando acostar, por exemplo, interceptações telefônicas clandestinas em processos de separação e/ou guarda judicial ou documentos sigilosos e de uso privado em litígios societários, por exemplo. A respeito das interceptações telefônicas cumpre salientar que elas foram regulamentadas pela Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

Como já visto, a ordem constitucional vigente se antecipou à produção da prova ilícita, já buscando proibir o seu ingresso no processo. Busca-se evitar qualquer contato da prova maculada com o processo e qualquer possível influência dessa evidência vedada no convencimento do julgador. Mas, considerando que o sistema judiciário é passível de erros, não se pode ignorar a possibilidade de serem acostadas de provas à primeira vista seriam lícitas, mas que tenham posteriormente sua ilicitude declarada, daí é de rigor o seu desentranhamento.

Entendendo-se que as provas ilícitas são inadmissíveis no ordenamento jurídico brasileiro, seja por força da Constituição Federal, seja pela letra das leis ordinárias, como os Códigos de Processo Civil e Penal, resta a seguinte dúvida: o que acontece com aquelas provas que se derivam das primeiras declaradas manifestamente ilícitas? Aqui fala-se daquela segunda prova que só surgiu em razão da primeira prova, já reconhecida como ilícita. Seria

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 605.

ela uma prova lícita e admissível no processo? Ou seria ela também considerada como uma prova ilícita e, portanto, repudiável?

Imagine-se que a empresa A litigue com a empresa B perante uma vara cível de uma capital da região sul do país, exigindo o pagamento de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) pelo inadimplemento de um contrato de fornecimento. Observando que seu crédito nunca será quitado, em razão da escassez de recursos financeiros e da ausência de bens penhoráveis da empresa B, os advogados da empresa A decidem pedir a desconsideração da personalidade jurídica da devedora.

Para embasar seu pedido, acostam aos autos documentos obtidos de outro processo judicial, uma execução fiscal, que comprovam a confusão patrimonial entre a empresa B e seus sócios majoritários. Ocorre que esses documentos juntados foram obtidos de forma ilegal, mediante suborno de servidor que trabalha na vara do processo de execução fiscal, o qual tramita em segredo de justiça. Não resta dúvidas que essa prova documental foi produzida ilegalmente, em detrimento à direitos fundamentais.

Desconhecendo a origem ilícita dos documentos, mas baseando suas razões de decidir neles, o magistrado da ação de cobrança determina a quebra de sigilo bancário e fiscal da empresa B e de seus sócios majoritários, além de deferir o pleito de oitiva de ex-funcionários da empresa ré. Antes que o magistrado se convença da ocorrência da alegada confusão patrimonial, com base na prova testemunhal e documental já acostadas aos autos, a defesa da empresa B pugna pelo desentranhamento da prova originária (aqueles documentos extraídos da execução fiscal). Além de demonstrar que essa prova originária era manifestamente ilícita, também alega que essa ilicitude contaminou todas as demais provas (testemunhal e documental), pois sem ela nunca se teria determinado as quebras de sigilo nem a oitiva das testemunhas.

Diante dessa irresignação, o magistrado entende pela ilicitude da prova documental originária consistente nos documentos extraídos da execução fiscal. Agora, “[a] questão é saber se essas provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser admitidas no processo”³⁸.

A doutrina majoritária, razoavelmente garantindo os direitos individuais, se posiciona pelo reconhecimento de que há a contaminação da prova secundária, que

³⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquatto. **Prova ilícita: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 81/82.

aparentemente seria lícita, por força de sua vinculação genética³⁹ à prova ilícita original. As provas derivadas se tornam uma “repercussão da progressividade da relação jurídico-processual no campo da prova ilícita”⁴⁰, pois, para sua obtenção, proposição ou produção, utilizou-se alguma “informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito”⁴¹.

Esse entendimento trata-se nada mais do que a doutrina da prova ilícita por derivação. A prova ilícita derivada, ou prova contaminada, “é uma prova que, em si mesma, é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida”⁴².

Via de regra, pouco importa se essa segunda prova até poderia ter sido obtida por meios lícitos e morais, pois acabou sendo maculada pela ilicitude da prova originária – há limitações à regra que serão devidamente tratadas em subcapítulo próprio. Assim sendo, a única consequência lógica só poderia ser também inadmissibilidade dessa prova derivada, por ela também ser ilícita.

O direito norte-americano chama isso de *exclusionary rule*: uma regra de exclusão de provas ilícitas, ou ilícitas por derivação, do processo, uma vez que elas foram coletadas em violação a direitos constitucionais, e assim não podem ser usadas contra as partes. Torquato Avolio, ponderando a proteção por valores fundamentais, explica o porquê da necessidade de se encarar essa prova ilícita por derivação como inadmissível:

[S]e a prova ilícita tomada por referência comprometer a proteção de valores fundamentais como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela, tornando-a ilícita por derivação, e, portanto, igualmente inadmissível no processo.⁴³

Quanto ao tema, Marinoni e Arenhart, definem que “uma prova somente pode ser dita como contaminada quando *consequência* da ilícita”⁴⁴ e que a prova obtida de modo ilícito não contamina os fatos que se busca provar, de sorte que é possível que esse fato posteriormente seja provado por outra prova que não tenha qualquer vinculação com a ilicitude. Desta forma, o fato seria mantido imaculado e poderia ser admitido a título de prova

³⁹ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. *AJURIS: Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul*, mar. 1996. p. 76.

⁴⁰ KNIJNIK, *loc. cit.*

⁴¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquatto. **Prova ilícita**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 144.

⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 408.

⁴³ AVOLIO, *op. cit.* p. 90.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 308.

no processo. Em outras palavras: “a prova nula não arrasta a nulidade de toda atividade probatória, mas somente àquelas que estejam relacionadas com ela; as outras não ficam contaminadas pela ilicitude”⁴⁵.

O entendimento pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação é, na verdade, a aplicação da doutrina dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree doctrine*), concebida no seio da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana na metade do século passado. Como se verá mais à frente, no Brasil, a regra de exclusão foi mencionada e aplicada pela primeira vez pelo Supremo Tribunal Federal, há mais de vinte anos. Outrossim, esse instituto também foi importado pelo legislador da reforma do Código de Processo Penal de 2008 e vem sido gradualmente adotado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátrias – análise objeto dos próximos subcapítulos. Ademais, apesar da ilicitude derivada ser “mais adequada aos domínios penais, o fenômeno que lhe inspira reproduz-se facilmente no processo civil”⁴⁶.

Ressalva-se que esse trabalho está longe de adentrar no campo do direito comparado, mas é necessário fazer breves apontamentos acerca da origem da doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano. O estudo dos casos paradigmáticos visa somente ilustrar e facilitar a compreensão de como essa doutrina foi se desenvolvendo.

2.2 A ORIGEM DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE VENENOSA NOS ESTADOS UNIDOS

A doutrina dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree doctrine*) foi desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos a partir (i) da necessidade de controlar os métodos de investigação da polícia e (ii) do pressuposto que “os atos ilícitos não devem beneficiar seus autores (*neni ex felicitio conditionem suam meliorism facete potest*)”⁴⁷. Os emblemáticos casos *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920) e *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939) foram cruciais para a concepção dessa doutrina.

⁴⁵ CAMBI, Carlos Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 117.

⁴⁶ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. Volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 240.

⁴⁷ CAMBI, *op.cit.* p.115.

Quanto à peculiar nomenclatura, Pitler esclarece que “[a] prova inicialmente obtida em virtude da conduta ilícita se torna a “árvore venenosa”⁴⁸. Quando essa prova leva à outra prova, a prova secundária se torna um “fruto da árvore venenosa”. Ou seja, a prova ilícita é a ‘árvore venenosa’ que contamina as provas derivadas, as quais se tornam ‘os frutos da árvore venenosa’ – o veneno da árvore foi transmitido aos frutos.

O primeiro caso foi *Silverthorne Lumber & Co v. United Sates*⁴⁹, julgado em 1920 pela *Supreme Court of the United States* (SCOTUS)⁵⁰ que revisou a condenação proferida pelo *District Court of The United States do The Western District of New York* (Tribunal Distrital de Nova Iorque)⁵¹ em face de Silverthorne Lumber & Co. e Frederick W. Silverthorne, multando a empresa e condenando à prisão o seu diretor Frederick por suposto desacato à lei.

O alegado desacato à lei seria o fato de que Frederick teria se recusado a apresentar em juízo os livros contábeis da empresa. Ocorre que, anteriormente à recusa, Frederick Silverthorne e seu pai foram presos e mantidos sob custódia em suas próprias casas. Enquanto isso, agentes do governo, sem qualquer autorização judicial, foram ao escritório da referida empresa e lá apreenderam e tiraram cópias de todos os livros, papéis e documentos que encontraram. Analisando as cópias daquele material apreendido, a promotoria teria encontrado outras evidências que poderiam incriminar os Silverthorne pela prática de crimes tributários. Assim, posteriormente à diligência policial, o Tribunal Distrital de Nova Iorque intimou a empresa para que apresentasse as vias originais daquela documentação, momento em que Frederick se recusou a cumprir a ordem judicial.

A Suprema Corte reconheceu a ilegalidade da busca e apreensão por ofensa à Quarta Emenda à Constituição Americana⁵² e excluindo todas as provas obtidas nas buscas e apreensões subsequentes. Restou consignado que:

⁴⁸ PITLER, Robert M. *The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized*, 56 Calif. L. Rev. 579 (1968). p. 591. Disponível em: < <https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss3/2/>>. Acesso em: 21/09/2019.

⁴⁹ Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>>. Acesso em 21/09/2019.

⁵⁰ A Suprema Corte dos Estados Unidos (*Supreme Court of the United States*) é o mais alto tribunal federal, composto de um presidente (*chief justice*) e oito juízes (*associate justices*). Ela tem com autoridade judicial suprema para deliberar sobre questões que envolvam as leis federais e a Constituição Federal – pode-se dizer que equivale ao Supremo Tribunal Federal no Brasil.

⁵¹ Nos Estados Unidos, a Justiça Federal (*Federal Courts*) é dividida em 13 circuitos regionais, as Cortes de Apelação (*Courts of Appeals* ou *Circuit Courts*), de segunda instância, os quais subdividem-se em 94 cortes federais de primeira instância, os Tribunais Distritais (*District Courts*). As *Courts of Appeals* assemelham-se aos Tribunais Regionais Federais e as *District Courts* assemelham-se às seções judiciárias da Justiça Federal do Brasil, mas não são a mesma coisa.

⁵² Fourth Amendment: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause,

“A essência de uma previsão legal que proíbe a aquisição de provas que de uma certa maneira não garante que nenhuma prova assim adquirida não deve ser usada perante o Tribunal, **mas que ela não deve ser usada em qualquer possibilidade**. Claro que isso não significa que os fatos obtidos dessa maneira se tornaram sagrados e inacessíveis. Se o conhecimento desses fatos pode ser obtidos a partir de uma fonte independente, ele poderá ser utilizado como prova como qualquer outro, mas os fatos conhecidos por meio de erros do próprio governo não podem ser utilizados por ele, se obtidos pela forma proibida.”⁵³

Foi quase duas décadas depois, porém, que surgiu efetivamente o termo *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore venenosa) pela lavra do Justice Frankfurter, em *Nardone v. United States*⁵⁴, julgado em 1939. No caso, Frank C. Nardone recorreu de suas condenações por contrabando, ocultação de álcool⁵⁵ e conspiração.

Em primeira instância, o Tribunal Distrital não havia permitido ao advogado do réu o questionamento como a acusação havia utilizado informações incriminadoras de Nardone – essas informações eram produto de escuta telefônica ilegal. No recurso, a defesa arguiu que as provas obtidas em violação a uma lei estavam sujeitas a exclusão, pois haviam sido obtidas também em violação a um direito garantido por aquela lei. A Suprema Corte reverteu as condenações porque elas foram fundamentadas em provas obtidas com violação ao *Communications Act de 1934*⁵⁶ – essas evidências consistiam em mensagens telefônicas interceptadas sem autorização judicial e foram consideradas “*inconsistent with ethical standards and destructive of personal liberty*”⁵⁷.

A respeito do caso Pitler comentou que foi ali que “Suprema Corte definiu o procedimento para determinar quando uma evidência é derivada de uma fonte ilegal”⁵⁸, ao

supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

⁵³ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, 392 (1920) In: PITLER, Robert M. **The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized**, 56 Calif. L. Rev. 579 (1968). p. 591. Disponível em: < <https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss3/2/>>. Acesso em: 21/09/2019.

Texto original: The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that no merely evidence so acquired shall not be used before the Cour but that it shall no be used at all. Of course this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government’s own wrong cannot be used by it in the way proposed.

⁵⁴ Disponível em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>>. Acesso em 21/09/2019.

⁵⁵ Nos Estados Unidos, no período de 1920 a 1933, vigorou a Lei Seca (*Prohibition*) que banii a fabricação, transporte e venda de bebidas alcoólicas para consumo em todo território nacional.

⁵⁶ Lei de Comunicações de 1934. Em tribunais federais americanos, todas as provas obtidas em violação a essa lei são consideradas inadmissíveis – sejam as evidências obtidas das próprias conversas interceptadas, sejam as evidências obtidas pelo uso do conhecimento adquirido com essas conversas.

⁵⁷ Tradução livre: “Incompatíveis com padrões éticos e em detrimento de liberdades pessoais”.

⁵⁸ PITLER, Robert M. **The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized**, 56 Calif. L. Rev. 579 (1968). p. 647. Disponível em: < <https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss3/2/>>. Acesso em 21/09/2019.

Texto original: The Supreme Court set out the procedure for determining whether evidence is derived from an ilegal source in *Nardone v. United States*.

consignar que o acusado deverá ter a oportunidade de provar ao juiz que aquela prova era fruto de uma prova ilícita, ao passo que a acusação também terá a oportunidade para provar a origem independente de ilicitude da prova em questão. Ele também ponderou que, em *Nardone v. United States*, para que seja aplicada a doutrina dos frutos da árvore venenosa, deve-se analisar caso a caso confiando-se no aprendizado, bom senso, senso de justiça e coragem dos magistrados.

Assim, com base nos casos *Silverthorne Lumber & Co. v. United States* e *Nardone v. United States*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu pela inadmissibilidade de todas as provas obtidas com base em procedimentos policiais ilícitos por sua clara violação aos preceitos constitucionais da Quarta Emenda. Superada a etapa de breve conceituação e enquadramento histórico da doutrina dos frutos da árvore venenosa, cumpre passar à análise de como essa doutrina se enquadra dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O constituinte de 1988 vedou categoricamente a utilização de provas obtidas ilicitamente no processo. O art. 5º, inc. LVI, da CF, ao mencionar ‘meios ilícitos’, refere-se tanto “aos meios que ultrapassam a ilicitude” quanto “àqueles obtidos através de expedientes desonestos”⁵⁹. A despeito dos já mencionados aspectos positivos da redação do art. 5º, inc. LVI, da CF, é de rigor denunciar que o legislador não se posicionou quanto ao tema das provas ilícitas por derivação, deixando, assim, aos cuidados da doutrina e da jurisprudência a busca pela solução mais adequada às questões que viriam a surgir.

Com efeito, a primeira recepção da doutrina dos frutos da árvore venenosa foi no âmbito jurisprudencial: no julgamento do *habeas corpus* nº 69.912-RS, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, perante o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em meados de 1993. A despeito deste *leading case* ser da área do processo penal, é de rigor a sua análise para melhor compreensão de como o STF “adjudicou a cultura processual brasileira, através da mediação do princípio constitucional da ilicitude da prova, a conhecida e polêmica doutrina norte-americana dos ‘frutos da árvore venenosa’”⁶⁰.

Ademais, em face da carência de maiores lições sobre o tema das provas ilícitas por derivação no âmbito do processo civil, é necessário se voltar para os ensinamentos do direito

⁵⁹ SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. **As provas no cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 53

⁶⁰ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. **AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, mar. 1996. p. 61.

processual penal. Assim sendo, brevemente se discorrerá sobre o arresto proferido no *habeas corpus* nº 69.912-RS.

Na espécie, o Plenário entendeu pela nulidade daquele feito desde o inquérito policial, vez que “a prova base do próprio inquérito, a notícia em si do crime, foi obtida mediante meio ilícito”⁶¹, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio. O *writ* foi impetrado requerendo a anulação de um processo criminal, em trâmite perante uma vara criminal da Comarca de Porto Alegre, e o desentranhamento de uma prova oriunda de interceptação telefônica.

O paciente havia sido denunciado por tráfico de drogas. A diligência policial que acarretou a apreensão das drogas e a sua prisão em flagrante havia sido precedida por meses de investigação com escutas telefônicas. Na época (1993) ainda não havia sido editada a Lei de Interceptações Telefônicas (Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996), sendo o uso de escutas telefônicas ilegais e inconstitucional, de sorte que as provas obtidas pela apreensão do material e do flagrante, apesar de teoricamente terem sido produzidas em observância à lei, também haviam sido maculadas pela ilegalidade da interceptação telefônicas.

O Relator, zelando pelo preceituado no art. 5º, inc. LVI, da CF, exarou que “essa doutrina da invalidade probatória do ‘fruit of the poisonous tree’ é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita”⁶². Analisando o percurso da ilicitude perpetuada o longo do processo, o Relator reconheceu a relação genética entre os frutos da escuta telefônica e as provas utilizadas para embasar a condenação do paciente:

“Eu disse que, pelo próprio histórico contido na sentença e nos acórdãos, essas provas são frutos da árvore venenosa. Quais são essas provas? Basicamente, a apreensão da droga e declarações de um dos corréus no flagrante. **Como se chegou à informação de que na farmácia havia cocaína trazida pelo corréu Jaime, que lá estava hospedado? Pela interceptação telefônica ilícita: logo, as provas são fruits of the poisonous tree**”⁶³. (grifou-se)

Daí a importância de se observar o histórico da prova ilícita. E o Ministro continuou o exame: desde a juntada da prova que deu início ao inquérito policial – que considerou ser

⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, *Habeas Corpus* nº 69912, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Relator p/ Acórdão Min. Carlos Velloso, julgado em 30/06/1993, DJ 26/11/1993. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 22/09/2019.

⁶² *Idem*.

⁶³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, *Habeas Corpus* nº 69912, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Relator p/ Acórdão Min. Carlos Velloso, julgado em 30/06/1993, DJ 26/11/1993. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 22/09/2019.

“consequência das informações obtidas pela gravação clandestina das conversas telefônicas”⁶⁴ – até a sua influência para a propositura da ação penal pelo *parquet*. Por fim, ponderou que de nada adiantaria vedar o ingresso da degravação das conversas telefônicas no processo se fosse permitido o aproveitamento das informações decorrentes dela, visto que isso de modo algum iria reprimir a atividade ilícita da autoridade:

“Dado essa patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subseqüentemente colhidas, não é possível apegar-se a essas últimas – frutos da operação ilícita inicial – sem, de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada”

Desse modo, não vejo, sem infidelidade aos princípios, como fugir da nulidade radical do procedimento nele incluídos o inquérito e a prisão em flagrante”.⁶⁵ (grifou-se)

Observe-se aqui que, como a prova derivada ilícita já estava inserida no processo, não havia cabia se falar em inadmissibilidade, mas sim em seu desentranhamento e anulação do processo desde a fase investigatória. Acompanhando o voto condutor, o Ministro Ilmar Galvão aproveitou para consignar que “a prova colhida pelo meio ilícito contamina de nulidade insanável todas as demais provas dela consequentes, sob pena de [...] abrir-se uma larga porta para a burla da vedação constitucional”⁶⁶. E embasando-se na doutrina de Grinover e em perfeita observância ao devido processo legal, explicou que “[a] ilicitude original da prova transmite-se, por repercussão, a outros dados probatórios que nela se apoiem, dela derivam ou nela encontrem o seu fundamento causal”⁶⁷, votando assim pela concessão da ordem:

“A absoluta ineficácia probatória dos elementos de convicção – cuja apuração decorreu, em sua própria origem, de comportamento ilícito dos agentes estatais – torna imprestável a prova penal em questão, subtraindo, assim, à própria condenação judicial o suporte que lhe dá consistência.”⁶⁸

A despeito de ter passado mais de duas décadas desde esse julgamento do HC, as razões de decidir do Supremo Tribunal Federal até hoje servem de fundamentação para outras decisões proferidas tanto pelas cortes superiores quanto pelos tribunais de segundo grau. A importância desse julgado foi tão grande que ele afeta processos regidos pelo rito processual penal e pelo rito processual civil.

⁶⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, *Habeas Corpus n° 69912*, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Relator p/ Acórdão Min. Carlos Velloso, julgado em 30/06/1993, DJ 26/11/1993. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 22/09/2019.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Idem.*

Não se pode deixar de mencionar a extrema relevância do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do ROMS 5352/GO⁶⁹. Nesse caso, Maria Sueli Neves de Oliveira teve suas conversas telefônicas com seu amante gravadas pelo seu marido. Foi descoberto que ela ministrava às suas filhas menores o medicamento “Lexotan”, para que elas não descobrissem seu caso extraconjugal. As gravações telefônicas geraram uma ação penal movida em face de Maria Sueli.

Quando do julgamento do recurso ordinário em mandado de segurança, o Ministro Adhemar Maciel entendeu que como o marido não participou das conversas e que a gravação não havia sido permitida por juiz natural, pois ainda não havia lei que regulamentasse a matéria, a interceptação telefônica era ilegal. Sendo ilegal a gravação que deu ensejo à instauração do processo criminal, este também estava maculado pela ilegalidade, devendo tal evidência ser desentranhada – tudo por força da doutrina das provas ilícitas por derivação. Entendeu-se, no fim, que não havia provas livres de contaminação suficientes a sustentar a condenação pleiteada.

Apenas em 2008 que o tema foi abordado pelo poder legislativo. A reforma do Código de Processo Penal de 2008 (CPP – Lei 11.690/2008), caminhando ao encontro do que já vinha sendo decidido pela jurisprudência e preceituado pela doutrina pátrias, censurou também o uso das provas ilícitas por derivação. Além disso, também foi importado do ordenamento jurídico norte-americano as limitações à regra de exclusão:

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

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

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

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.⁷⁰

A positivação da doutrina dos frutos da árvore venenosa pode ser sido revolucionária no âmbito legislativo, contudo, ela não era nenhuma novidade dentro dos tribunais, desde

⁶⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, **Recurso em Mandado de Segurança nº 5.352-0/GO (95.0003246-5)**, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 26/03/1996, DJ 09/05/1996. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22/09/2019.

⁷⁰ BRASIL, República Federativa do. **Código de Processo Penal**, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 19/09/2019.

1993. Essa “novidade” foi amplamente incorporada pelo Poder Judiciário brasileiro e vem sendo aplicada até hoje.

Apesar disto, na seara do processo civil, encontra-se o mesmo problema que o da Constituição Federal, ou até mais grave: o Código de Processo Civil (CPC) sequer menciona à proibição às provas ilícitas. Como já visto, o art. 369 do CPC permite que as partes empreguem “todos os meios legais, como os moralmente legítimos”, mesmo os não listados naquele código para comprovar as suas alegações de fato e direito:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz⁷¹.

À vista disso, faz-se uma interpretação *a contrario sensu* do mencionado dispositivo legal: as provas podem ser produzidas tanto pelos meios típicos listados no CPC quanto por meios atípicos, desde que sejam lícitos e moralmente admissíveis. Ou seja, não podem ser produzidas provas por meios ilícitos. Se o legislador já restou silente quanto ao tema das provas ilícitas em si, não surpreende que o mesmo código processual também não mencione as provas ilícitas por derivação. Quanto às lacunas legislativas deixadas pelo Código de Processo Civil e até mesmo pela Constituição Federal, Avolio já avisava que “[a] doutrina e a jurisprudência ainda não chegaram a uma posição pacífica, quer no direito comparado, quer no direito brasileiro, em que pese à recente regulamentação da matéria”⁷².

Em seus comentários ao Código de Processo Penal, à luz da reforma de 2008, Pacelli alerta que a integração da doutrina dos frutos da árvore venenosa pode enfrentar, no plano prático, algumas dificuldades “em razão de não se apresentar tão simples assim a definição de derivação”. Na verdade, o obstáculo está em encontrar o nexos de causalidade entre a prova ilícita e os resultados obtidos pela prova supostamente lícita, para daí, se determinar que houve contaminação pela derivação:

“Nesse quadro, a nova redação do art. 157, § 1º e §2º, CPP, embora proveitosa, ao se referir expressamente a duas situações nas quais seria possível vislumbrar a não contaminação da prova ilícita, ao mesmo tempo em que buscava definir o âmbito da contaminação, **não parece suficiente para resolver todas questões teórica e prática envolvidas, a partir da necessidade de identificação do real significado e**

⁷¹ BRASIL, República Federativa do. **Código de Processo Civil**, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19/09/2019.

⁷² AVOLIO, Luiz Francisco Torquatto. **Prova ilícita**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 82.

extensão do chamado ‘nexo de causalidade’ na derivação da ilicitude.”⁷³ (grifou-se)

Marinoni e Arenhart também exigem um forte nexo causal e jurídico entre as provas para que se reconheça que a prova derivada seja realmente uma consequência da ilícita, de modo que essa teoria da contaminação somente teria “sentido quando a eliminação da segunda prova traz efetividade à tutela dos direitos fundamentais”⁷⁴. Os doutrinadores prezam pela necessidade da ponderação, no caso concreto, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos:

“Ora, ninguém pretende negar que o art. 5º, LVI, da CF realizou uma ponderação entre a efetividade da proteção ao direito material e o direito à descoberta da verdade. Porém, tratando-se de processo civil, é incontestável a necessidade de uma segunda ponderação, o juiz, mediante a aplicação do postulado da proporcionalidade, poderá admitir eficácia à prova ilícita.”⁷⁵

A doutrina majoritária que recepcionou a doutrina dos frutos da árvore venenosa foi encabeçada por Grinover que defendia a inadmissibilidade das provas secundárias por força da “transmissão da ilicitude da obtenção da prova às provas derivadas”⁷⁶. Avolio comenta que a autora adotou “posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais”⁷⁷. A censura às provas ilícitas por derivação também é defendida por Cambi que avisa que se não for assim corre-se o risco de “[se] legitimar a máxima do *“male captum, bene retentum”* (mal colhida, mas bem conservada)” pela retirada do caráter ilícito da prova, com a finalidade de punir o infrator.

No mesmo sentido, zelando pelo princípio do devido processo legal, Raboneze e Brasileiro de Lima ao enfatizarem que “[a] aceitação das provas ilícitas derivadas importaria, levada às últimas conseqüências, na cessação da eficácia do art. 5º, LVI da Constituição Federal”⁷⁸, pois “[d]e nada adianta dizer que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos se essa ilicitude também não se estender às provas que dela derivam”⁷⁹.

⁷³ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 351

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 308.

⁷⁵ MARINONI, *loc. cit.*

⁷⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquatto. *Prova ilícita: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 86.

⁷⁷ AVOLIO, *loc. cit.*

⁷⁸ RABONEZE, Ricardo. **Provas Obtidas por Meios Ilícitos**. 2. ed. Síntese: Porto Alegre. 1999, p. 37

⁷⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 7ª ed., ver., ampl. E atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 646.

Badaró também entende ser “[c]orreta a previsão legal da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação”⁸⁰. Explica que “[n]ão se pode admitir a utilização da prova ilícita por derivação, **sob pena de burlar a própria inadmissibilidade da prova ilícita**”⁸¹ sendo necessário “admitir um efeito reflexo da prova ilícita, que atinge as provas – em si lícitas – que dela derivam”⁸².

Em uma posição intermediária, Wambier e Talamini pregam pela restrição ao emprego da doutrina dos frutos da árvore venenosa apenas aos casos extremamente graves, pois, para eles no processo civil, “[os] valores em jogo são significativamente distintos daqueles envolvidos no processo penal”⁸³. Os autores refletem sobre os aspectos positivos e negativos do acolhimento dessa doutrina:

“Discute-se sobre a aplicabilidade ao processo brasileiro da "teoria dos frutos da árvore envenenada", que considera que o ilícito na obtenção da prova contamina não apenas o resultado havido, mas até as provas subsequentes que só puderam ser produzidas graças à obtenção da prova ilícita. Por um lado, **tal teoria impede o emprego de artifícios destinados a legitimar a prova ilícita - no sentido de se atingir determinado resultado probatório por meios ilícitos e depois torna-se a produzir tal resultado por um meio lícito, de que jamais se teria cogitado, se não fosse a prévia descoberta pela via ilícita.** Mas, por outro lado, **aponta-se o risco de se inviabilizar o próprio direito fundamental à prova, mediante tal "contaminação"**⁸⁴. (grifou-se)

Ressalvas também são feitas por Pacelli e Cambi, a despeito de o último ter-se posicionado favorável à adoção da doutrina dos frutos da árvore venenosa. O lembrete de Pacelli é que “[p]ode-se e deve-se recorrer, ainda mais uma vez, ao critério da *razoabilidade* (ou proporcionalidade, que, ao fim e ao cabo, tem o mesmo destino: a ponderação de bens e/ou o juízo de *adequabilidade* da norma de direito ao caso concreto”⁸⁵. O autor entende que devem ser adotados “critérios orientados por uma ponderação de cada interesse envolvido no caso concreto, para se saber se toda a atuação estatal investigatória estaria contaminada, sempre, por determinada prova ilícita”⁸⁶, isso porquê pensa que se prevalecer irrestritamente o entendimento de que todas as provas derivadas de uma prova ilícita serão contaminadas,

⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 408.

⁸¹ *Ibidem*. p. 409.

⁸² BADARÓ, *loc. cit.*

⁸³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. Volume 2. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 252.

⁸⁴ WAMBIER. *loc. cit.*

⁸⁵ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. P. 351.

⁸⁶ PACELLI. *loc. cit.*

“será muito mais fácil ao agente do crime furtar-se à ação da persecução penal. bastará ele mesmo *produzir* uma situação de ilicitude na obtenção da prova de seu crime, com violação a seu domicílio, por exemplo, para trancar todas e quaisquer iniciativas que tenham por objeto a apuração daquele delito então noticiado.”⁸⁷

Na mesma toada, Cambi analisa a regra de exclusão das provas contaminadas com um senso crítico, pois, enquanto é válida e racional a proibição de obtenção de provas por intermédio de um ato ilícito – visando a repulsão de provas obtidas mediante tortura – há também “situações excepcionais em que a obtenção da prova, por meios considerados racionais (não tortuosos, cruéis ou infamantes), embora ilícito (v.g. furto de cartas íntimas), sejam os únicos meios de provas a existência de determinados fatos”⁸⁸.

Mirabete, por sua vez, posiciona-se pela prevalência da eficácia do dispositivo constitucional somente no tocante às provas ilícitas e não às derivadas, pois “a lei ordinária não prevê a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação”⁸⁹. Os defensores desse posicionamento também sustentam que a parte interessada pode provocar alguma irregularidade para excluir importantes elementos de prova e assim frustrar a busca pela verdade processual.

Conforme esposado, pode-se perceber que a doutrina da prova ilícita por derivação não foi uniformemente abraçada pelos doutrinadores pátrios, havendo divergências sobre a sua aplicação seja no campo do direito processual civil ou penal. A partir de agora, passar-se-á a uma análise como a doutrina dos frutos da árvore venenosa vem sendo empregada pelo Poder Judiciário brasileiro, mais de vinte anos depois do famoso *leading case* do STF.

Em 2012, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), pela lavra do Relator Desembargador Vicente de Abreu Amadei, reformou sentença que havia condenado Maria José Barros e outra ré por improbidade administrativa (art. 9º, *caput*, inc. I da Lei n. 8.429/92), no processo nº 0014176-54.2006.8.26.0053. O magistrado acolheu a tese defensiva de declaração de ilicitude de uma gravação clandestina que maculou todas as provas decorrentes dela.

No caso, uma gravação audiovisual tomada em um gabinete privado de um vereador foi objeto de matéria jornalística veiculada por conhecida rede de televisão nacional. Partindo dessa notícia, as investigações foram iniciadas e assim proposta a ação de improbidade administrativa pelo Ministério Público.

⁸⁷ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, *loc. cit.*

⁸⁸ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 116

⁸⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquatto. **Prova ilícita**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 87.

Por meio de percuciente análise sobre o percurso da prova originária (a gravação clandestina) e sua influência na produção das provas secundárias (depoimentos e transcrições), o Relator constatou que a primeira prova foi obtida ilicitamente. Como a gravação não foi feita em repartição pública ou em ambiente de trânsito ou acesso público, mas sim em local privado, ela ofendeu o direito à intimidade dos envolvidos. Também ponderou que tanto a prova documental (a degravação da fita) quando a prova oral produzida em audiência foram diretamente influenciadas e contaminadas pela ilicitude da gravação ilegal da matéria jornalística.

Por fim, o Relator explicou por que não consideraria para formar seu convencimento as outras provas restantes (prova pericial, contábil e depoimentos judiciais desvinculados da gravação), esclarecendo que essas provas lícitas não eram fortes o suficiente para “afirmar a ocorrência de condutas ilícitas ímprobos dos réus” das quais se teria apenas “fumaça, não certeza probatória” que se faria necessária para a condenação das rés:

“Entretanto, das referidas provas, documental e pericial, não se pode afirmar qual a origem ou a fonte econômica dessa diferença nem traçar vinculação necessária entre as contribuições dos assessores do parlamentar e a diferença (a maior) de tais créditos bancários.

Por outro lado, **da prova testemunhal lícita reunida é possível concluir apenas situação de contribuições voluntárias dos assessores para partido político, para as estruturas do gabinete e para movimentos populares.** [...]

Enfim, **em prova lícita alguma dos autos é possível dar lastro à afirmação** de (a) contratação fraudulenta de servidores comissionados, para não trabalhar, observando que a notícia de assessores prestando serviços externos não se pode tomar como equivalente a de funcionários “fantasmas”; (b) constrangimento, compulsoriedade, falta de voluntariedade ou de espontaneidade na entrega da parte dos vencimentos ao partido político, às despesas de gabinete e de auxílio aos movimentos populares; (c) apropriação, pelos réus, dos valores dados aos assessores a título de contribuição para os fins acima referidos.”⁹⁰ (grifou-se)

Destarte, o TJSP estabeleceu que a prova ilícita “não pode ser considerada pelo julgador como elemento de convicção para a decisão, pois tanto para a ética como para o direito, os fins não justificam os meios (art. 5º, LVI, CF)” e que a “derivação da ilicitude por aproveitamento relevante de uma prova na formação de outra, justifica aplicar a teoria ‘fruits of the poisonous tree’”⁹¹.

Em consonância com o posicionamento da corte paulista, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) também já entendeu pela aplicação da doutrina quando do julgamento de um recurso de apelação cível nº 1.451.446-4 e reexame necessário em uma

⁹⁰ ESTADO DE SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Primeira Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível 0014176-54.2006.8.26.0053**, Relator Desembargador Vicente de Abreu Amadei, julgado em 06/03/2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 05/10/2019.

⁹¹ *Idem*.

ação declaratória de nulidade de ato administrativo e reintegração de cargo público cumulada com reparação de danos materiais. No caso em apreço, o *parquet* apelou da sentença que desfez uma decisão administrativa que foi embasada em prova ilícita e em outras provas que foram produzidas ao longo do processo e contaminadas pela prova originária. O apelado era efetivo da Polícia Militar do Paraná e foi excluído administrativamente de seu cargo. Ocorre que o procedimento administrativo foi lastreado em uma prova que já havia tido sua ilicitude declarada pelo próprio TJPR.

O TJPR afirmou que a doutrina dos frutos da árvore venenosa também se aplica no processo administrativo, conforme já exarado pela Ministra Laurita Vaz no julgamento do EDcl no MS n. 13.099/DF, e que, na espécie, “as provas colhidas no âmbito administrativo esta[vam] maculadas, porque foram obtidas por derivação da interceptação telefônica, havendo ‘contaminação pelo veneno’. Confira-se a fundamentação do Relator a respeito da prova derivada e eivada de ilicitude:

“Não obstante o ESTADO DO PARANÁ sustente que todo o acervo probatório acostado ao processo administrativo disciplinar revela a incompatibilidade da conduta do apelado com a moralidade da Polícia Militar do Paraná, **o que se denota é que as provas colhidas no âmbito administrativo estão maculadas, porquanto foram obtidas por derivação da interceptação telefônica, havendo “contaminação pelo veneno”**. E é lícito ao Poder Judiciário averiguar tal sorte de ilegalidade, não havendo que se falar em intromissão no mérito administrativo.

Ora, a prova testemunhal produzida no âmbito do processo administrativo disciplinar consistiu na oitiva das testemunhas, que são justamente os próprios Policiais Militares responsáveis pela escuta e gravação da prova ilegal. Tanto assim é que a decisão administrativa combatida embasou-se no reconhecimento da prática dos fatos n. 01 e 01, ao passo que as testemunhas inquiridas (movs. 1.57 a 1.63) **apenas reafirmam o que foi descoberto tão somente pela interceptação telefônica.**”⁹² (grifou-se)

De igual sorte, Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), vem, há alguns anos, empregando a doutrina das provas ilícitas por derivação e deliberando pela inadmissibilidade de provas derivadas daquelas obtidas em inobservância os princípios do contraditório e da ampla defesa. Em observância à doutrina dos frutos da árvore venenosa e adaptando ao processo civil a fundamentação exarada pelo Ministro Celso de Mello no HC 93.050/RJ, a Quarta Turma do TRF4, atribuiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento nº 0004157-18.2010.4.04.0000. No caso, reconheceu-se que “o Ministério Público Federal embasou a inicial da ação civil pública com base nas informações que obteve em face da quebra de

⁹² ESTADO DO PARANÁ, Tribunal de Justiça, Quarta Câmara Cível, **Apelação Cível 1.451.446-4**, Relator Desembargador Abraham Lincoln Calixto, julgado em 01/03/2016. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 05/10/2019.

sigilo, posteriormente julgada ilegal” o que tornou a prova ilícita que veio a “contamina[r] com sua ilicitude a ação civil pública com nela embasada”⁹³.

Já nos autos do agravo de instrumento nº 5027822-70.2013.4.04.0000/PR, a Terceira Turma do TRF4 manteve integralmente decisão de primeiro grau que reconheceu a nulidade probatória utilizada para a formação da convicção do Ministério Público Federal para propor ação civil pública por ato de improbidade administrativa. A partir da informação de que as provas que embasaram a inicial do *parquet* eram oriundas de interceptação telefônica realizada ainda na fase do inquérito policial, mas foram declaradas manifestamente ilícitas pelo Supremo Tribunal, o Juízo *a quo* determinou o seu desentranhamento do processo, proferindo que seria “forçoso concluir que sem a interceptação telefônica dificilmente se chegaria à conclusão da existência de variação patrimonial a descoberto”⁹⁴. Nos termos do *decisum*: “se os documentos indiciários que compõem a petição inicial baseiam-se apenas em provas obtidas de forma reconhecida como ilícita ou derivada desta, não há como subsistir”⁹⁵.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) no julgamento da apelação do mandado de segurança nº 0382557-12.2013.8.19.0001⁹⁶ também entendeu pela contaminação de prova derivada. O *writ* foi impetrado por Wanderson Alves Vieira em face de ato coator do Presidente da Comissão Permanente De Inquérito Administrativo da Superintendência de Inteligência do Sistema Penitenciário, da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro (SEAP/SISPEN), pugnando a oitiva de testemunhas arroladas pelo impetrante e desentranhamento de documentos arrolados em procedimento administrativo disciplinar movido naquela instituição. Em primeiro grau, segurança foi denegada pelo juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro/RJ.

Em sede de apelação, o impetrante arguiu que a documentação acostada nos autos do procedimento administrativo tratava-se de conteúdo de postagens pessoais em grupo fechado do *Facebook* que foi utilizado sem autorização judicial para a instauração daquele procedimento. A Corte entendeu que foi violado o direito constitucional da inviolabilidade do sigilo da correspondência do apelante, resguardado pelo art. 5º, inc. XII da CF. O Relator

⁹³ QUARTA REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Quarta Turma. *Agravo de Instrumento nº 0004157-18.2010.4.04.0000*, Relator Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, DJe 09/03/2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>. Acesso em: 11/10/2019.

⁹⁴ QUARTA REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Terceira Turma. *Agravo de Instrumento nº 5027822-70.2013.4.04.0000*, Rel. Juiz Federal Nicolau Konkel Junior, j. 03/04/2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>. Acesso em: 11/10/2019.

⁹⁵ QUARTA REGIÃO, *loc. cit.*

⁹⁶ ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível, *Apelação Cível nº 0382557-12.2013.8.19.0001*, Relator Desembargador Peterson Barroso Simão, j. 22/07/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>. Acesso em: 11/10/2019.

asseverou que “a quebra da inviolabilidade e a ponderação da intimidade com outros interesses a que elas se contraponham sujeitam-se à cláusula de reserva de jurisdição” de modo que o juiz deveria “analisar todos os aspectos da quebra do direito constitucional”⁹⁷. Assim, a documentação foi considerada prova ilícita por ter violado diretamente o direito fundamental previsto no art. 5º, inc. XII da CF, o que restou por contaminar toda a instauração do procedimento administrativo disciplinar. Nos termos do *decisum*:

“Convém salientar ainda que, nos termos da teoria dos frutos da árvore envenenada, quaisquer outros meios de prova aptos a fundamentar a aplicação de sanção ao servidor que tenham sido retiradas dos autos do procedimento apuratório em questão **serão consideradas provas ilícitas por derivação, já que decorridas exclusivamente da prova ilícita obtida anteriormente.** [...] [N]ão há qualquer indício de que as provas utilizadas no processo disciplinar seriam inevitavelmente obtidas por meios legais (teoria da descoberta inevitável), resta flagrante a ilicitude de toda a prova produzida na instrução do PAD. Assim, **não se vislumbra qualquer hipótese de exceção à chamada teoria da prova ilícita por derivação a afastar a nulidade que macula todo o procedimento administrativo.**”⁹⁸ (grifou-se)

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), também já aplicou a doutrina dos frutos da árvore venenosa, na apelação cível nº 70042410357, em que manteve sentença que reconheceu a contaminação de um testemunho obtido a partir de uma prova ilegal em aresto assim ementado:

APELAÇÃO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. [...] INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEI Nº 9.296/96. PROVA ILÍCITA. DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. **Considerada ilícita em processo criminal**, trânsito em julgado, interceptação telefônica realizada em desatendimento à Lei nº 8.296/96, **resta cominado no testemunho de policial militar que comandou a operação de prisão do réu a partir da prova ilegal, não podendo ser considerado para apuração de atos de improbidade administrativa.** Aplicação da doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada. Aplicação do disposto no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal. Precedentes do STF. (TJRS, Apelação Cível nº 70042410357, Relator Desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro, 22ª Câmara Cível, j. 26/05/2011, DJ 30/05/2011)⁹⁹ (grifou-se).

No caso, o Ministério Público ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra Custódia Bergues da Silva e Elói Braz Sessim, perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Tramandaí/RS. Foi acolhido o argumento defensivo que a interposição da

⁹⁷ ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível, *Apelação Cível nº 0382557-12.2013.8.19.0001*, Relator Desembargador Peterson Barroso Simão, j. 22/07/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>. Acesso em: 11/10/2019.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, *Apelação Cível nº 0173829-32.2011.8.21.7000*, Relator Desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 26/05/2011, DJ 30/05/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em 11/10/2019.

ação foi lastreada em prova ilícita – interceptação telefônica emprestada de processo-crime em que pendia julgamento, à época do ajuizamento, a respeito da ilicitude dessa prova.

O Relator observou que os apelados haviam sido absolvidos na esfera criminal, em razão do mesmo fato objeto da ação de improbidade, e que havia sido reconhecida a ilicitude da prova consistente em interceptação telefônica. Considerou-se também que o resto do acervo probatório “não embasava a procedência da ação”, “notadamente a oral, [por ser] frágil, não se mostrando apta”¹⁰⁰ a comprovar as alegações do *parquet* de dano ao erário e dolo do agente com intuito de lesar o Município de Cidreira/RS. Por fim, o magistrado constatou que as declarações da testemunha em que o Ministério Público embasava a sua tese, não poderiam ser consideradas para fins de apuração de eventuais atos de improbidade administrativa, pois o “testemunho restou contaminado, aqui se aplicando a Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (*Fruits Of The Poisonous Tree*’), havendo previsão expressa na Constituição Federal, art. 5º, LVI”¹⁰¹.

Interessante observar que, na espécie, o reconhecimento da contaminação no processo cível foi influenciado diretamente pelo julgamento da mencionada ação penal. O próprio TJRS entendeu que a interceptação telefônica foi produzida sem autorização judicial em dissonância ao preceituado na Lei nº 9.296/96, não podendo legitimar sentença condenatória, portanto ilícita. A ilicitude da interceptação telefônica afetou todas as provas dela decorrentes, dado que o órgão acusador não se desincumbiu de demonstrar a licitude da prova produzida.

Por fim, surpreendentemente, traz-se um julgado da Justiça Eleitoral. O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) também reconheceu a ilicitude de um grampo telefônico feito sem autorização judicial, o qual gerou uma segunda escuta de outra conversa tida em meio privado, e assim o contaminou com sua ilicitude. O Relator Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto entendeu que, além de as provas originárias e derivadas serem ilícitas, não havia indícios robustos da prática de captação ilícita de sufrágios no caso em questão para fundamentar a propositura da ação de investigação judicial eleitoral que foi julgada improcedente (AgRg no REsp Eleitoral nº 539-80.2012.6.14.0087)¹⁰².

¹⁰⁰ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, *Apelação Cível nº 0173829-32.2011.8.21.7000*, Relator Desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 26/05/2011, DJ 30/05/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em 11/10/2019.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, *Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 539-80.2012.6.14.0087/PA*, Relatora Ministra Luciana Lóssio, j. 15/03/2016, DJe 25/04/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisooes/jurisprudencia>>. Acesso em: 12/10/2019.

Em que pese esteja claro que a doutrina do *fruits of the poisonous tree* tenha sido recepcionada pelas cortes brasileiras, é preciso observar que no campo do processo civil, os magistrados ainda se veem obrigados a emprestar-se das lições da doutrina e da jurisprudência penais. Outrossim, não se pode esquecer que a ausência de regulamentação legal da matéria pelo CPC e as discordâncias doutrinárias a respeito do tema de nada ajudam aos aplicadores do direito.

3 LIMITAÇÕES À PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

3.1 DAS PRINCIPAIS LIMITAÇÕES À PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

A despeito da importância da consagração da doutrina de desentranhamento da prova ilícita por derivação, é de se reconhecer que a sua vigência “está longe de ser absoluta e irrestrita”¹⁰³, dado que ela “somente tem sentido quando a eliminação da segunda prova traz efetividade à tutela dos direitos fundamentais”¹⁰⁴. A própria Suprema Corte norte-americana “desenvolveu mecanismos para atenuar ou, mesmo, afastar a aplicação dessa teoria”¹⁰⁵ com base em critérios utilizados para determinar a ausência conexão de antijuridicidade entre a prova originária e a lícita, quebrando-se a cadeia lógica de causas e consequências. Esses mecanismos devem ser aplicados de maneira excepcional “sob pena de violação de todo o sistema de garantias previsto na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais que o Brasil se obrigou a cumprir”¹⁰⁶.

A doutrina clássica reconhece como quatro as principais limitações à doutrina dos frutos da árvore venenosa. São elas: (i) a limitação da descoberta inevitável (*The Inevitable Discovery Limitation*); (ii) limitação da fonte independente (*The Independent Source Limitation*); (iii) limitação da descontaminação ou do vício expurgado (*The Purged Taint Limitation*); e (iv) limitação da boa-fé (*The Good Faith Limitation*).

Outras limitações também são esparsamente mencionadas pela doutrina. Enquanto Knijnik traz a limitação da expectativa legítima e pessoal, originada pelo caso *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978)¹⁰⁷, Brasileiro de Lima cita as hipóteses: de limitação pela teoria do risco; de limitação da destruição da mentira do imputado; da doutrina da visão aberta; de limitação da renúncia do interessado; de limitação da infração constituição alheia; e de limitação da infração constitucional por pessoas que não fazem parte do órgão policial¹⁰⁸. Essas mencionadas hipóteses estão longe de serem aceitas amplamente e sequer há material disponível que seja suficiente para o seu adequado estudo, razão pela qual esse trabalho somente abordará as quatro primeiras mencionadas.

¹⁰³ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. AJURIS: Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul, mar. 1996. p. 77.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 309.

¹⁰⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 3. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 538.

¹⁰⁶ DEZEM, *loc. cit.*

¹⁰⁷ KNIJNIK, *op. cit.* p. 83.

¹⁰⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo pena: volume único*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019. *passim*.

Seguindo a mesma metodologia utilizada ao longo do capítulo anterior, passar-se-á ao estudo das definições das limitações e das suas origens no direito norte-americano. Por fim, analisar-se-á as suas recepções pelo direito brasileiro.

3.1.1 A Limitação da Fonte Independente

A limitação da fonte independente (*Independent Source Limitation*) quebra o nexo de causalidade entre a prova ilícita originária e a prova secundária por considerar-se que essa segunda prova poderia ter sido obtida por uma fonte totalmente independente livre de ilicitude. Assim, não há que se falar em derivação ou contaminação pela ilegalidade, muito menos em inadmissibilidade ou exclusão de uma prova que de fato é proveniente de uma fonte autônoma, portanto, válida. Cambi explica que “[o] critério da fonte independente versa acerca da hipótese em que a obtenção da prova não está diretamente ligada à ilegalidade praticada, vale dizer, não guarda nenhuma relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita”¹⁰⁹.

Ou seja, para que se aproveite a prova supostamente derivada, deve estar cabalmente comprovado que a sua origem foi de uma fonte autônoma e sem relação com a ilicitude de outras provas. Ainda, essa evidência de origem independente deve ser suficiente por si só para formar o convencimento do magistrado, não podendo haver qualquer influência daquelas provas manifestamente ilícitas.

Há, contudo, fortes críticas a essa limitação, tanto por parte da doutrina processualista penal quanto por parte dos doutrinadores de processo civil. Machado sustenta que “a ‘teoria mitigada dos frutos da árvore venenosa’ no fundo, é uma improbidade lógica”, recomendando cautela por parte do aplicador do direito para que não se resulte numa “disfarçada flexibilização do princípio constitucional que veda a utilização de prova ilícita no processo”.

Coadunando com entendimento de Marinoni e Arenhart de que “não há propriamente exceção à teoria da árvore venenosa”¹¹⁰, Badaró ressalva que, na verdade, essa exceção sequer pode ser chamada exceção, sendo dispensável e necessária, pois “[s]e não há um nexo de causalidade entre uma prova, isto é, a prova originária ilícita, e a outra, a prova dela derivada,

¹⁰⁹ CAMBI, Eduardo. *et al. Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 635.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convencimento**: de acordo com o CPC de 2015. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 311.

em si, lícita, nem mesmo se coloca o problema da prova ilícita por derivação”¹¹¹. Para Bain e Kelly, “o problema com ‘a exceção da fonte independente’ começa quando a fonte ilegal e a fonte legal da evidência estão tão misturadas que torna questionável se a fonte legal é realmente uma ‘fonte independente’”¹¹².

Em síntese, são duas as principais críticas. A primeira é que, como não há a relação de causalidade entre as provas, sequer poderia se falar que a fonte independente é uma limitação à *exclusionary rule*, pois a própria regra exige a incidência desse nexos causal. E a segunda é que a limitação da fonte independente não pode ser utilizada para eliminar a regra de exclusão das provas ilícitas por derivação em detrimento à proteção de direitos fundamentais. À luz do caso concreto, a limitação deve ser meticulosamente examinada para se verificar que se a alegada fonte foi, de fato, descoberta por meios independentes ou se a fonte autônoma, de fato, teve sua própria descoberta por meios ilícitos¹¹³.

A primeira menção à *Independent Source Limitation* foi ao próprio julgamento do caso *Silverthorne v. United States*¹¹⁴, pela Suprema Corte que, apesar de consagrar a doutrina do *fruits of the poisonous tree*, também deixou a entender que seriam admissíveis as provas obtidas em violação à Constituição, contanto que se pudesse chegar até elas por uma fonte autônoma. Knijnik comenta que “ficou estabelecido no caso *Silverthorne*, que os fatos obtidos através de uma violação constitucional não seriam, necessariamente, inacessíveis ao tribunal, desde que pudessem ainda ser provados por uma fonte independente”¹¹⁵.

A solidificação da limitação da fonte independente deu-se nos casos *Bynum v. United States* 262 F.2d 465 (D.C. Cir. 1958); *Bynum v. United States* 274 F.2d 767 (D.C. Cir. 1960); *Segura v. United States*, 486 U.S. 796 (1984); e *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988), nos quais não foi identificada a conexão de antijuridicidade entre as provas, justamente pelo fato de que delas poderia ter sido obtida por uma fonte autônoma.

¹¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 410.

¹¹² BAIN, Jeffrey M.; Kelly, Michael K. **Fruit of the Poisonous Tree: Recent Developments as Viewed Through Its Exceptions**, 21 U. Miami L. Rev. 615 (1977). Disponível em: <<https://repository.law.miami.edu/umlr/vol31/iss3/5/>>. Acesso em: 17/11/2019.

Texto original: The problem with the “independent source” exception arises when the illegal source and the legal source of evidence are so comingled as to make it questionable whether the legal source is truly an “independent source”.

¹¹³ PITLER, Robert M. **The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized**, 56 Calif. L. Rev. 579 (1968). p. 627. Disponível em: < <https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss3/2/>>. Acesso em 04/11/2019.

¹¹⁴ Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>>. Acesso em: 09/11/2019.

¹¹⁵ KNIJNIK, Danilo. A "doutrina dos frutos da árvore venenosa" e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. **AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Mar. 1996. p. 76.

O caso *Bynum v. United States*¹¹⁶ 262 F.2d 465 (D.C. Cir. 1958), foi julgado em 1958 pela Corte de Apelações do Distrito de Columbia. O recorrente Clayborne Bynum havia se dirigido a uma delegacia de polícia para obter informações sobre seu irmão que lá estava detido. Os agentes policiais, desconfiados da participação de Clayborne em outro crime, o prenderam sem mandado judicial e colheram suas impressões digitais. Posteriormente, esse material foi utilizado como evidência em processo criminal que o acusava de ter cometido um roubo – aquele que os policiais já tinham suspeitas. A acusação tentou equiparar as impressões digitais colhidas em sede policial com as deixadas pelo autor do delito no local do crime. A Corte de Apelações contrabalanceou a proteção do indivíduo, dada pela Quarta Emenda, com a alta confiabilidade da evidência. No fim, acolheu o argumento da defesa de que a prova das impressões digitais inadmissível, pois maculada pela ilicitude da prisão. Também considerou que a prisão ocorreu sem causa provável. Clayborne Bynum restou absolvido.

Dois anos depois, em *Bynum v. United States*, 274 F.2d 767 (D.C. Cir. 1960)¹¹⁷, esse julgamento foi revertido pela Corte de Apelações do Distrito de Columbia, e Clayborne Bynum restou condenado pelo mesmo crime. Desta vez, a acusação apresentou outras impressões digitais que estavam em uma acervo do FBI, obtidas muito antes daquela detenção ilegal na delegacia. A nova prova foi aceita pela Corte de Apelações, sendo considerada válida por ter sido obtida a partir de uma fonte independente e desvinculada da prova ilícita anterior.

Sobre a reviravolta desse julgamento, Pitler enfatizou outro problema da limitação da fonte independente: as autoridades policiais facilmente poderiam se inclinar a realizar buscas ilegais na tentativa de achar evidências de atos ilícitos e, se a busca restasse positiva, então tentar encontrar causas prováveis e independentes para fundamentar um mandado de prisão ou um mandado de busca e apreensão¹¹⁸.

Em *Segura v. United States*¹¹⁹, julgado em 1984, agentes do departamento de combate ao tráfico da cidade de Nova Iorque vigiavam os movimentos de quatro suspeitos – Rivudalla-Vidal, Parra, Segura e Colon – de envolvimento em operações de tráfico de drogas.

¹¹⁶ Disponível em: < <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8755&context=ylij>>. Acesso em: 04/11/2019.

¹¹⁷ Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/274/767/361270/>>. Acesso em: 04/11/2019.

¹¹⁸ PITLER, Robert M. *The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized*, 56 Calif. L. Rev. 579 (1968). p. 626/627. Disponível em: < <https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss3/2/>>. Acesso em: 05/11/2019.

¹¹⁹ Disponível em:<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/796/>>. Acesso em: 04/11/2019.

Em momento oportuno, os agentes detiveram Rivudalla-Vidal e Parra, companheiros de Segura, que estavam portando cocaína. Em sede de interrogatório policial, Rivudalla-Vidal indicou ter comprado a droga apreendida de Segura.

A partir dessa informação, os agentes deslocaram-se até o apartamento de Colon, também supostamente envolvido esquema criminoso, onde detiveram o proprietário e Segura e o detiveram lá até obterem mandados legais de prisão e de busca e apreensão, o que viria acontecer somente no dia seguinte. A permanência dos agentes no apartamento em nenhum momento havia sido autorizada por Colon. Em posse do mandado, apreenderam drogas e outras evidências que embasaram o pedido de condenação da acusação. Em um primeiro momento, o Tribunal Distrital entendeu que as provas deveriam ser suprimidas do julgamento por força da entrada e permanência ilegais no apartamento.

A decisão foi revertida pelo Tribunal de Apelações que não aplicou a regra de exclusão por considerar que a evidência posta em dúvida tinha uma fonte independente, qual seja, o resultado do mandado válido de busca e apreensão. O ponto crucial foi que o mandado seria obtido de qualquer forma, com base nas informações antes careadas pela polícia e no depoimento de Rivudalla-Vidal, independentemente da atividade policial ilegal, e, assim, consequentemente, o objeto do crime seria conhecido.

Em 1988, a limitação da fonte independente foi reafirmada pela Suprema Corte no julgamento de *Murray v. United States*¹²⁰. À época, agentes federais vigiavam Murray e outros suspeitos de atividades ilegais envolvendo também tráfico de drogas, quando observaram os acusados encontrando-se em um armazém. Ato contínuo, o agentes adentraram no local e encontraram evidências de tráfico de drogas, porém nada fizeram com aquele material até obterem um mandado judicial de busca e apreensão. Foi instaurado o processo criminal e Murray restou condenado pelos crimes de conspiração, posse e distribuição de drogas.

As Cortes acolheram o argumento acusatório que “a polícia tinha indícios suficientes para obter um mandado de busca, em virtude de possível delito de contrabando”¹²¹ e que, em nenhum momento, sobreveio ao conhecimento do juízo competente o fato da invasão de domicílio. Desta forma, a fundamentação judicial para a concessão do mandado de busca e apreensão estava imaculada. Outrossim, restou consolidado que a *Independent Source Limitation* permite a introdução de evidências inicialmente descobertas durante ou como

¹²⁰ Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/>>. Acesso em: 05/11/2019.

¹²¹ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. **AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Mar. 1996. p. 76.

consequência de uma busca ilegal, mas posteriormente obtidas independentemente de atividades legais não contaminadas pela ilicitude inicial¹²².

No mesmo sentido das já mencionadas críticas à limitação da fonte independente, Knijnik, comentando *Murray v. U.S.*, observou que “[h]ouve, contudo, votos vencidos que advogaram a fundamentação profilática da *exclusionary rule*:

a aplicação da limitação por fonte independente, no caso, poderia encorajar policiais inescrupulosos a, primeiro, certificar-se ilegalmente do crime, para só depois requerer, conforme o caso, o mandado, que sempre lograria sucesso.”¹²³

Já no direito brasileiro, em tese, a *Independent Source Limitation* foi recepcionada na reforma do Código de Processo Penal em 2008, pela nova redação do art. 157, §§ 1º e 2º. A Constituição Federal e o Código de Processo Civil também nada dizem sobre as limitações à doutrina dos frutos da árvore venenosa. A despeito disso vale lembrar que o enunciado nº 301 do Fórum Permanente de Processualistas Civis permitiu a aplicação por analogia as limitações previstas nesses dois parágrafos ao processo civil¹²⁴. Confirma-se o dispositivo processual penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.
 § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, **ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.**
 § 2º **Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova**¹²⁵. (grifou-se)

Com o devido acatamento, ousa-se a dizer que o legislador foi infeliz ao redigir os mencionados parágrafos. A leitura do parágrafo primeiro leva à errônea confusão de que os casos em que não se evidencie o nexo de causalidade são diferente dos casos em que as provas derivadas possam “ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Essas hipóteses tratam do mesmo instituto jurídico, assim não havendo que se falar em uma coisa ou

¹²² Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/#tab-opinion-1957628>>. Acesso em: 04/11/2019.

¹²³ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. **AJURIS: Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul**. Mar. 1996. p. 77.

¹²⁴ Enunciado nº 301: (art. 369). Aplicam-se ao processo civil, por analogia, as exceções previstas nos §§1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal, afastando a ilicitude da prova. (Grupo: Competência e invalidades processuais). Aprovado em Belo Horizonte/MG (05 a 07 de dezembro de 2014).

¹²⁵ BRASIL, República Federativa do. **Código de Processo Penal**, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 08/11/2019.

outra. Repete-se: “a teoria da fonte independente baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal”¹²⁶.

Já o parágrafo segundo classifica como 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 de prova”. Essa é a definição exata de outra previsão de aproveitamento de prova, a da limitação pela descoberta inevitável – objeto de análise no próximo subcapítulo.

Quanto à limitação da fonte independente, Nery Jr. pontua que ela deve ser interpretada restritivamente à luz do CPP, não podendo, de modo algum, considerar a aplicação da prova derivada se ela violar um direito fundamental. E continua:

“[A] *independent source* deve ser aplicada não de maneira apriorística, **mas tendo em vista as particularidades e ponderações de cada caso concreto**, sendo admissíveis as provas derivadas das ilícitas quando restar demonstrada a inexistência de nexo de causalidade entre ambas. Se a independência não puder ser demonstrada cabalmente, ou seja, se restar qualquer dúvida sobre isso, a prova deve ser considerada ilícita, pois **prevalece o preceito do *in dubio pro reo* na valoração da prova**. Assim, o CPP 157 §1º, comporta interpretação restritiva, porquanto se não puder ser demonstrada, de maneira inequívoca, a inexistência de nexo de causalidade entre ambas as provas, a prova derivada deverá ser considerada ilícita.”¹²⁷

A importação das limitações à doutrina dos frutos da árvore venenosa restou bagunçada, e até desonesta, não sendo sequer observadas as corretas definições das limitações da fonte independente e da descoberta inevitável. Sobre a questão, Dezem alerta que “a experiência democrática brasileira ainda é recente e não se pode comparar com a experiência norte-americana”¹²⁸. Se o próprio texto legal está equivocado, é temeroso pensar no que pode ocorrer na solução de casos concretos pelo aplicador do direito, quando for permitida uma prova ilícita por derivação em detrimento à direitos fundamentais.

3.1.2 A Limitação da Descoberta Inevitável

Essa limitação preceitua pela admissibilidade da prova contaminada, desde que seja comprovado que ela poderia ter sido descoberta inevitavelmente por outros meios jurídicos idôneos. A limitação da descoberta inevitável (*Inevitable Discovery Limitation*), também

¹²⁶ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 350.

¹²⁷ NERY JÚNIOR, Júnior, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 12. ed., rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 314.

¹²⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 3ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 539.

conhecida por limitação da fonte hipotética, é a mais inovadora e controversa pois aqui, efetivamente, reconhece-se a inconstitucionalidade da prova derivada por ela ter sido maculada pela ilicitude da prova originária. Não há qualquer discussão quanto ao ponto, “[a] questão é avaliar se, mesmo assim, essa prova seria hipoteticamente encontrada por meios jurídicos”¹²⁹. E se constatando que mesmo que a prova ilícita originária nunca tivesse existido, a prova derivada teria sido inevitavelmente descoberta uma hora ou outra, será feita vista grossa à essa conexão de antijuridicidade.

Avena sintetiza que “ao tempo da ilegalidade que resulta na produção da prova considerada ilícita por derivação, já está presente, no plano fático-jurídico, a situação que faz com que se conclua que tal prova, de qualquer maneira, viria aos autos da investigação ou do processo de forma lícita”¹³⁰. Assim, a ideia é de completa preservação da prova derivada, não a reputando nula ou ineficaz:

“A lógica do salvamento da segunda prova está em que não há motivo para retirar eficácia de uma prova que trouxe uma descoberta que muito provavelmente seria obtida. Dessa forma seria possível dizer que nem todos os frutos da árvore venenosa são proibidos, pois alguns podem ser aproveitados.

*Ou seja, **embora a segunda prova seja considerada derivada da ilícita, ela produz efeitos no processo.** Com isso estaria quebrado o nexo de antijuridicidade entre a prova ilícita e a prova derivada.”¹³¹ (grifou-se)*

A respeito dessa limitação, Marinoni e Arenhart alertam que a descontaminação da prova pela descoberta inevitável de maneira alguma busca isentar aqueles que violaram a lei atuando de modo ilícito, mas, em respeito à busca pela verdade, aproveitar uma evidência que inevitavelmente iria sobrevir. Não por outra razão, o Pitler ressaltou que para que essa limitação seja estabelecida, a acusação terá a complexa tarefa de demonstrar ao Tribunal que as provas apresentadas teriam sido obtidas por meio de fontes legais de informação, mesmo que o ato ilegal nunca tivesse ocorrido; além disso, deverá ilustrar como esse fato ocorreu efetivamente e como foi produzida a evidência¹³².

¹²⁹ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. **AJURIS: Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul**. Mar. 1996. p. 78

¹³⁰ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019. p. 341.

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 309/310.

¹³² PITLER, Robert M. **The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized**, **56 Calif. L. Rev. 579 (1968)**. p. 629. Disponível em: < <https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss3/2/>>. Acesso em: 07/11/2019.

Texto original: To establish the exception the prosecution must satisfy the court, as a fact, that the proffered evidence *would* have been acquired through lawful sources of information even if the illegal act had never taken place. Since such act did in fact occur and, further, did in fact produce the evidence, this is not a simple task.

A gênese da limitação pela descoberta inevitável foi no julgamento do caso *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984)¹³³ pela Suprema Corte dos Estados Unidos, quando Robert Williams foi preso preventivamente como principal suspeito do desaparecimento de uma menina de 10 anos, na cidade de Des Moines em Iowa. O mandado de prisão foi concedido pela justiça com base no depoimento de um menor de 14 anos, que relatou atitudes suspeitas de Williams, e em outras evidências como peças de roupa supostamente pertencentes à vítima e o carro do suspeito que estavam em locais próximos ao desaparecimento. Enquanto estava sob custódia, Williams confessou a prática do crime informando a um dos agentes policiais a localização do corpo da vítima e ainda ressaltou a necessidade de encontra-lo antes que fosse encoberto pela neve, o que impossibilitaria a realização de uma cerimônia cristã.

Em um primeiro julgamento, Williams foi condenado por homicídio, contudo, por força de um *habeas corpus*, impetrado em outro caso - *Brewer v. Williams*, 430 U.S. 387 (1977)¹³⁴ - a Corte de Iowa reverteu a condenação por entender que a declaração do réu foi obtida em violação à direito fundamental tutelado pela Quarta Emenda. A questão controversa era que, por um lado, Williams havia se entregue à polícia sob a condição de que não fosse interrogado durante seu transporte, contudo, por outro lado, ele espontaneamente admitiu o crime e informou o paradeiro do corpo.

Procedeu-se a um segundo julgamento em que Williams restou novamente condenado por homicídio. A Suprema Corte entendeu que o caso era uma situação excepcional à aplicação regra de exclusão da prova (*exclusionary rule*), por ter ficado amplamente demonstrado que o corpo realmente seria uma descoberta inevitável, pois sequer havia sido apresentada como prova a confissão do réu na presença da autoridade policial, sendo somente admitidas as evidências relativas ao corpo. Quanto a esse caso paradigmático, Knijnik menciona que “ficou claro que tal conclusão – se ocorreria ou não, inevitavelmente, a descoberta não pode basear-se em meras conjecturas”¹³⁵, mencionando que é ônus da acusação o estabelecimento por preponderância da prova que a informação inexoravelmente teria sido descoberta por meios legais.

Conforme já exposto, teoricamente, a reforma de 2008 do Código de Processo Penal trouxe a limitação da descoberta inevitável. A lei buscou prever a limitação da fonte independente, porém descreveu exatamente a definição da descoberta inevitável, ao admitir

¹³³ Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>>. Acesso em: 04/11/2019.

¹³⁴ Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/430/387/>>. Acesso em: 08/11/2019.

¹³⁵ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. **AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Mar. 1996. p. 78.

uma prova que pode ser descoberta “seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Denzem ressalva “que não fora esta a teoria [a da fonte independente] positivada no sistema” e sim “fora positivada a teoria da descoberta inevitável, também chamada de exceção da fonte hipotética independente”¹³⁶. No mesmo sentido, Pacelli, ao comentar a limitação da descoberta inevitável refere que no caso de *Nix. v. Willians* “se realizava uma diligencia equiparável ao desenvolvimento dos chamados ‘atos típicos de praxe, próprios ou inerente à investigação ou instrução criminal’, referidos no art. 157, §2º, do CPP”¹³⁷.

A crítica de Nery Jr. é mais forte ao passo que ele acusa a *Inevitable Discovery Limitation* de ser inconstitucional, porque a sua construção “baseia-se em juízos hipotéticos, ou meras suposições e conjecturas, dificilmente conciliáveis com as exigências provenientes do princípio da presunção de inocência (CF 5º LVII)”¹³⁸. O autor ainda sustenta que a prova proveniente de uma descoberta inevitável é ilícita e ineficaz, pois a sua origem é de um juízo hipotético que não é suficiente para legitimar violações aos direitos fundamentais.

3.1.3 A Limitação da Descontaminação

A limitação da descontaminação, ou do vício expurgado ou diluído ou atenuado (*Purged Taint Limitation*), permite a admissão da prova derivada por considerar que a sua ligação com a prova ilícita é tão tênue que não chegou a haver contaminação. Aqui há o reconhecimento de um “acontecimento posterior que elimin[a] qualquer efeito da prova ilícita sobre a formação da convicção judicial”¹³⁹. Esse evento deve ser capaz de purgar o veneno, tornando a segunda prova passível de admissão no processo.

A prova secundária ainda é considerada derivada, ou seja, reconhece-se o nexo causal, contudo ele é atenuado e enfraquecido de maneira que o vício é convalidado e a segunda prova sequer é considerada como contaminada. Assim explica Knijnik:

“[A]lude-se à Limitação da Descontaminação (The Purged Taint Limitation), segundo a qual, **embora ilícita a prova, poderá intervir no processo de apropriação um acontecimento capaz de purgar o veneno, imunizando assim os respectivos frutos obtidos.** Tal acontecimento simplesmente tornaria secundários

¹³⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 3ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 539.

¹³⁷ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. P. 351.

¹³⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 12. ed., rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 194.

¹³⁹ CAMBI, Eduardo. *et al.* **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 636

os vínculos da prova com a violação do Direito Constitucional. Assim, a chamada “intervenção de um ato independente” - como, por exemplo, a posterior confissão espontânea e de conformidade aos direitos fundamentais do acusado ou de um terceiro - que quebram os vínculos causais com a árvore envenenada, faz com que essa prova não seja vista como sendo obtida a partir de uma exploração daquela ilegalidade.”¹⁴⁰ (grifou-se)

O julgamento de *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975)¹⁴¹, estabeleceu as três hipóteses de atenuação do vício: (i) a existência de um largo espaço de tempo entre a ilegalidade e a obtenção da prova; (ii) a intervenção de fatores independentes e adicionais; e (iii) o grau de ilegalidade na conduta do agente policial¹⁴². Nesse caso, Richard Brown tinha sido preso sem causa provável ou mandado judicial, ocasião em que prestou declarações que posteriormente foram utilizadas para indiciá-lo por assassinato. A Corte Estadual de Illinois entendeu que, apesar de a prisão ter sido ilegal, as declarações de Brown eram admissíveis, porque ele havia recebido a Advertência de Miranda¹⁴³, e rompiam com o nexos causal da prisão ilícita.

No fim, a Suprema Corte reverteu o julgamento por considerar que a Advertência de Miranda não foi suficiente para afastar os direitos de Brown assegurados pela Quarta Emenda. Ainda, consolidou-se o entendimento que para que o vício da ilicitude fosse dissipado, para que a mancha fosse diluída, os casos deveriam ser examinados à luz de fatores como a proximidade temporal da prisão com a confissão; as circunstâncias intervenientes no caso concreto, e, principalmente, a intensidade da ilegalidade da conduta das autoridades.

Em *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978)¹⁴⁴, o policial Biro, ao conversar com Hennessey, funcionária de uma floricultura, percebeu a existência de um envelope suspeito na gaveta do balcão. Sem que a funcionária percebesse, Biro averiguou que o envelope continha dinheiro e indícios da prática de jogos ilegais por um terceiro. Ele comunicou o fato aos seus superiores que, meses depois, colheram os depoimentos daquele terceiro, chamado Ceccolini, e de Hennessey.

Após ser condenado pelo Tribunal Distrital, Ceccolini requereu a supressão do testemunho de Hennessey e a exclusão da evidência colhida por meio da consulta ao envelope. A Corte de Apelações do Segundo Circuito entendeu que o grau de atenuação entre a colheita ilegal do envelope por Biro e o testemunho de Hennessey não foi suficiente para dissipar o

¹⁴⁰ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. **AJURIS: Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul**. Mar. 1996. p. 79.

¹⁴¹ Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/422/590/>>. Acesso em: 09/11/2019.

¹⁴² KNIJNIK, *op. cit.*, p. 81

¹⁴³ A Advertência de Miranda (*Miranda Warning*) é uma advertência dada a quem for detido pela polícia de seu direito de permanecer em silêncio e de dispor de um representante legal para defender-se.

¹⁴⁴ Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/268/>>. Acesso em: 11/11/2019.

nexo causal de ilicitude. Contudo, a Suprema Corte julgou que o depoimento de Hennessey foi “feito por livre e espontânea vontade e sem referência à descoberta de Biro, [e] atenuou o vínculo genético com a ilicitude inicial”¹⁴⁵.

No âmbito do direito processual brasileiro, é aplicação da contaminação expurgada é controversa. Muitos doutrinadores sequer fazem menção a esta limitação quando tratam das limitações à doutrina dos frutos da árvore venenosa, cingindo-se a citar somente as limitações da fonte independente e da descoberta inevitável.

Há quem defenda que a limitação teria sido receptada pela reforma processual penal de 2008, também pelo parágrafo primeiro do art. 157, na parte que menciona-se a admissibilidade da prova ilícita por derivação quando “não evidenciado o nexo de causalidade”¹⁴⁶. Contudo, com sem desmerecer essa parte da doutrina, no presente trabalho, adota-se a posição de que “não restou clara a sua adoção pelo legislador”¹⁴⁷ e reforçando-se, novamente, a ideia que o art. 157 apenas consolidou, ou tentou consolidar, a limitação da fonte independente e a limitação da descoberta inevitável, apesar da confusão já apontada e criticada.

A letra da lei elimina qualquer existência do nexo causal, entretanto, como já exposto em subcapítulo antecedente, esse seria o caso de aplicação da limitação da fonte independente. A limitação pela contaminação expurgada não exclui a relação de causalidade, a qual é distante e muito tênue, mas ainda está presente. Nesse sentido, Mendonça atenta que “o caso concreto caso e a jurisprudência poderão confrontar-se com situações em que o nexo seja tão distante entra a prova ilícita e a prova obtida que se poderia pensar em um afastamento (ao menos normativo) deste nexo”¹⁴⁸.

Destarte, conclui-se que a aplicação desta limitação ao processo brasileiro depende da interpretação do magistrado que, ao se deparar com um caso concreto, deverá fazer um juízo de valor a respeito do nexo de causalidade entre a prova originária ilícita e a prova derivada. Se entender que o referido nexo é presente, porém fraco, é o caso de aplicação do vício diluído; se entender que não há nexo de causalidade, é fonte independente.

¹⁴⁵ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. **AJURIS: Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul**. Mar. 1996. p. 80.

¹⁴⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 543.

¹⁴⁷ DE MENDONÇA, Andrey Borges. *Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008. p. 177.

¹⁴⁸ *Idem*.

3.1.4 A Limitação da Boa-Fé

A quarta e última limitação à regra de exclusão das provas ilícitas por derivação é a limitação da limitação da boa-fé (*Good Faith Limitation*), “ao que parece, a mais discutível de todas e nem sempre aceita”¹⁴⁹. O seu cerne está na admissibilidade da prova ilícita derivada quando estiver demonstrado, sem qualquer dúvida razoável, que a atuação do agente estatal - que provocou a ilicitude originária - se deu de boa-fé.

Knijnik lembrou que “a limitação ora referida liga-se diretamente à concepção segundo a qual a *exclusionary rule* objetiva reprimir ilegais equivocadas por parte da polícia”¹⁵⁰. Quanto ao ponto, vale a revisão de Pitler a respeito dos possíveis impactos causados pela admissão da prova ilícita pela limitação da boa-fé:

"Este teste não vale como uma revisão adequada [da teoria dos frutos da árvore venenosa], uma vez que o depoimento e a conduta policial podem tornar-se em um apelo por um " registro frio ". Além disso, como seria extremamente difícil provar que um policial violou deliberadamente à lei, o teste de "boa fé" poderia facilmente resultar numa aprovação generalizada de violações à lei. Ainda, parece justo retomar que os erros policiais típicos são erros honestos por policiais superzelosos ou mal treinados”¹⁵¹.

Em 1984, a Suprema Corte norte-americana manteve a condenação proferida pela Corte de Apelações do Nono Circuito, no caso *United States v. Leon*, 468 U.S. 89 (1984)¹⁵². Neste caso, oficiais do Departamento de Polícia da cidade de Burbank/CA, partindo das declarações de um informante confidencial, deflagraram operação de investigação de tráfico de drogas e passaram a vigiar os suspeitos. O policial Rombach fez uma declaração juramentada resumindo a operação e requereu a expedição de mandados de prisão e de busca e apreensão. Na posse do mandado legalmente expedido por uma autoridade judicial competente, apreendeu drogas de propriedade de Ricardo Del Castillo e Alberto Leon.

A princípio, a evidência seria legal e válida se, posteriormente à diligência policial, o mandando não tivesse sido considerado inválido porque faltava uma causa provável que

¹⁴⁹ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. **AJURIS: Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul**. Mar. 1996. p. 81.

¹⁵⁰ KNIJNIK, *loc. cit.*

¹⁵¹ PITLER, Robert M. *Fruit of The Poisonous Tree Revisited and Shepardized*, **Calif. L. Rev.** **579** (1968). p. 583/584 Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss3/2/>. Acesso em: 09/11/2019.

Texto original: “This test does not lend itself to adequate review since the testimony and demeanor of the police officer could be reflected on appeal only by a ‘cold record’. In addition, since it would be extremely difficult to prove that a police officer deliberately violated a statute, the ‘good faith’ test could easily result in wholesale affirmance of statutory violations. Moreover, it seems fair to resume that typical police errors are honest mistakes by overzealous or undertrained police officers”.

¹⁵² Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/>>. Acesso em: 09/11/2019.

justificasse a sua emissão. Em um primeiro momento, o Tribunal Distrital concluiu que a declaração do policial Rombach era insuficiente para estabelecer uma justa causa prova. A decisão foi mantida pelo Tribunal de Apelações. A Suprema Corte reverteu o *decisum* consignando, em síntese, que a *exclusionary rule* foi projetada para impedir a conduta abusiva e imprópria dos agentes governamentais, mas que um policial agindo de boa-fé e dentro dos limites do direito não estaria violando à Quarta Emenda, desde que a sua confiança na determinação de uma causa provável para o requerimento do mandado seja objetivamente razoável.

A limitação da boa-fé não foi positivada pelo ordenamento jurídico brasileiro, tão pouco é vista com bons olhos pela maioria da doutrina que, muitas vezes, sequer comenta a sua existência. A maior parte das críticas são no sentido de que a boa-fé do agente estatal no momento da produção da prova não seria suficiente para afastar a sua ilicitude. Há, contudo, quem sustente que se deva verificar a questão da proporcionalidade, contrabalanceando-se se os direitos garantidos pela prova contaminada não seriam mais valiosos do que os direitos violados.

3.2 A APLICAÇÃO DAS LIMITAÇÕES À PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Considerando que legislador foi silente também quanto à questão das limitações à doutrina da prova ilícita por derivação, quando da elaboração da Constituição Federal de 1988 e do Novo Código de Processo Civil, faz-se necessária a interpretação e aplicação subsidiária desses institutos por meio da legislação criminal, nos termos do Enunciado nº 301 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. A confusão legislativa, no tocante às limitações da fonte independente e da descoberta inevitável, também deixou ao encargo da doutrina e da jurisprudência a solução mais adequada para os casos concretos e até a elaboração de uma melhor definição do que seriam as limitações à luz do direito brasileiro. Em razão disso, agora se procederá a uma breve análise de decisões de tribunais de justiça e tribunais regionais federais que abordaram o tema.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgando o agravo de instrumento nº 2223148-95.2018.8.26.0000, apenas citou a possibilidade de serem admitidas as provas ilícitas por derivação, contudo não mencionou qual limitação foi ou seria aplicada para aquele caso concreto. Tratou-se de ação de exclusão de sócia de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, cumulada com pedidos de condenação em obrigação de não

concorrência, de condenação em perdas e danos e de apuração de haveres, em trâmite perante a 3ª Vara da Comarca de Mogi-Mirim/SP, a sócia Denise Antônio Bueno interpôs agravo de instrumento em face de decisão que deferiu tutela de urgência para afastá-la da administração da sociedade. Dentre outros inúmeros argumentos, a agravante sustentou que as provas trazidas à inicial pelos agravados José Luiz Antônio, Cláudia Cristina Celestino Antônio e Super Watts Indústria Elétrica Ltda. teriam sido obtidas de forma ilícita, em violação ao art. 5º, inc. LVI, da CF. A agravada Cláudia teria invadido salas privadas, acessado e-mails e o sistema de computador pessoais, e furtado documentos pessoais, tudo da agravante.

A 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP afastou as alegações da recorrente consignando que era tão grande “o elenco de provas, antes mesmo do início da fase instrutória do processo, que a alegação rest[ou] sem sentido”¹⁵³. O Relator aproveitou para reforçar a ideia “da validade da prova derivada da ilícita, quando, em sua obtenção forem observados os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal”¹⁵⁴.

Já o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES) acolheu a alegação ministerial de incidência de limitação às provas ilícitas por derivação, nos autos da apelação e remessa necessária nº 080454-55.2006.8.08.0024¹⁵⁵. Na origem, tratava-se uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada perante a 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registros Públicos, Meio Ambiente e Saúde de Vitória/ES, que foi extinta sem resolução de mérito pelo Juízo *a quo* que fundamentou que a prova que deu início ao processo seria ilícita e teria contaminado todas as outras decorrentes dela, pela incidência da doutrina dos frutos da árvore venenosa. A prova em questão havia sido obtida ilegalmente pela Receita Federal por meio de violação de sigilo bancário sem qualquer autorização judicial e foi repassada para o Ministério Público que entendeu pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa e pela instauração de processo criminal. O STJ no RHC nº 41.931/ES, relacionado com esse processo, declarou a ilicitude daquela prova.

¹⁵³ ESTADO DE SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial, **Agravo de Instrumento nº 2223148-95.2018.8.26.0000**, Relator Desembargador César Ciampolini, j. 20/02/2012, DJe 27/02/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 15/11/2019.

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, Tribunal de Justiça, **Apelação/ Remessa Necessária nº 080454-55.2006.8.08.0024**, Relator Desembargador Fernando Estevam Bravin Ruy, j. 05/07/2018. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisp.cfm>. Acesso em: 15/11/2019.

O órgão ministerial arguiu que “a teoria dos frutos da árvore envenenada não alcança as provas independentes e de descoberta inevitável”¹⁵⁶, de sorte que o STJ não havia determinado o trancamento da ação penal oriunda da mesma quebra de sigilo; que a prova relativa aos procedimentos administrativos públicos restava suficiente para demonstrar a fraude que seria descoberta de qualquer forma; e que “os agentes públicos envolvidos agiram com boa-fé na observância de regular procedimento administrativo”¹⁵⁷, assim, deveria incidir a limitação da boa-fé. O TJES proveu o apelo por entender que a extinção precoce do feito não possibilitou uma análise percuciente das provas produzidas, o que violou o devido processo legal. Ainda, restou exarado que a sentença havia retirado a oportunidade do Ministério Público de provas que as provas poderiam ser provenientes de uma fonte independente ou seriam descobertas inevitavelmente.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve integralmente decisão do juízo da 3ª Vara Federal Cível de Curitiba/PR que autorizou a quebra do sigilo fiscal e bancário de Leoni Terezinha Schmitt em ação de improbidade administrativa. O relator exarou entendimento no sentido de que “a ilicitude das provas produzidas no procedimento administrativo [...] não obsta a produção lícita dessas provas nos autos originários”¹⁵⁸.

A magistrada de primeiro grau ponderou a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas e das dela derivadas pelo art. 5º, inc. LVI da CF e pelo art. 157, §§1º e 2º do CPP, não deixando de analisar a questão dos meios admissíveis de prova à luz do art. Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73)¹⁵⁹, consignando que “à falta de norma civil que discipline de modo mais específico quais provas podem ser consideradas derivadas ou independentes das ilícitas, recorre-se à norma processual penal como parâmetro interpretativo da questão”¹⁶⁰. E assim passou a julgar se “as provas requeridas pelo MPF [seriam] contaminadas”:

“[R]econhece-se, à par da existência de prova ilícita no processo, a possibilidade de utilização de outra prova que por si só seria capaz de conduzir ao fato objeto da

¹⁵⁶ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, Tribunal de Justiça, **Apelação/ Remessa Necessária nº 080454-55.2006.8.08.0024**, Relator Desembargador Fernando Estevam Bravin Ruy, j. 05/07/2018. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisp.cfm>. Acesso em: 15/11/2019.

¹⁵⁷ *Idem*.

¹⁵⁸ QUARTA REGIÃO, Tribunal Regional Federal, Quarta Turma. **Agravo de Instrumento nº 5020680-78.2014.4.04.0000/PR**, Relator Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior, j. 02/12/2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>. Acesso em: 16/11/2019.

¹⁵⁹ A redação do art. 332 do CPC/73 é quase que semelhante com a redação do atual art. 369 do CPC/15, no tocante aos meios de prova. Veja-se: “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa” *in*: BRASIL, República Federativa do. *Código de Processo Civil*, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/impresao.htm>. Aceso em 15/11/2019.

¹⁶⁰ QUARTA REGIÃO, *loc. cit.*

prova por meio autônomo, ou seja, por meio lícito. No presente caso, a parte ré limitou-se a alegar a contaminação das provas requeridas pelo MPF, **mas não logrou demonstrar**, efetivamente, **qual o nexo de causalidade que ensejaria a alegada contaminação**".¹⁶¹ (grifou-se)

A fundamentação desse *decisum* também não deixa claro qual seria a limitação adotada pela magistrada, contudo não se pode negar que a doutrina dos frutos da árvore venenosa foi refutada por se concluir que a desconsideração de provas ilicitamente produzidas não poderia impedir nova “produção lícita de provas, mediante autorização judicial e sob o crivo do contraditório e da ampla defesa”¹⁶². O TRF4 manteve decisão também muito semelhante nos autos do agravo de instrumento nº 5020685-03.2014.4.04.0000/PR¹⁶³.

Nesses três julgados trazidos, os tribunais aplicaram de forma genérica e ampla as limitações à prova ilícita por derivação. Não restou claro qual seria a limitação mais adequada para cada um dos casos concretos. Com a devida vênia às razões de decidir dos arestos, aparentemente, pode-se concluir que nem os próprios magistrados entenderam as definições e as hipóteses de aplicação dos institutos que eles mesmos utilizaram para fundamentar as suas decisões.

No julgamento do agravo de instrumento nº 0149545-33.2012.8.26.0000, o TJSP claramente adotou a *independent source limitation* para admitir em um processo cível o uso de provas que poderiam ser derivadas de uma prova ilícita. O recurso foi interposto pela Companhia Açucareira de Penápolis, José Silvestre Viana Egreja e Celso Viana Egreja em face de decisão que decretou a desconsideração inversa da personalidade jurídica das sociedades pertencentes aos agravantes, com o bloqueio de seus ativos financeiros e bens móveis. Na origem, o processo era uma execução de título extrajudicial fundada em instrumento particular de cessão de créditos representados por duplicatas mercantis.

Os agravantes arguíram que a decisão de desconsideração foi proferida em desrespeito aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa por ter se fundamentado em cima de provas, juntadas em 1º grau pela agravada, que teriam sido declaradas ilícitas por derivação pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento de *habeas corpus* impetrado em face de inquérito policial instaurado pela Polícia Federal de Araçatuba/SP do IPL, já havia declarado que as referidas provas eram ilícitas por derivação. A Corte esclareceu que, na verdade, o STJ apenas declarou nulo um despacho, específico, proferido nos autos

¹⁶¹ QUARTA REGIÃO, Tribunal Regional Federal, Quarta Turma. **Agravo de Instrumento nº 5020680-78.2014.4.04.0000/PR**, Relator Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior, j. 02/12/2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>. Acesso em: 16/11/2019.

¹⁶² *Idem*.

¹⁶³ *Idem*.

daquele IPL, que decretou uma interceptação telefônica e as informações colhidas em consequência da determinação judicial. Contudo, em momento alguma, haviam sido declaradas como nulas, pela contaminação, outras provas obtidas no inquérito.

O relator adotou a *independent source limitation*, na medida em que analisou o percurso daquelas provas, entendeu que elas seriam dissociadas da prova declarada ilícita, assim, não estando contaminadas, por terem sido obtidas por fonte autônoma de conhecimento. Para sustentar seu entendimento, o acórdão colacionou decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da questão da ilicitude por derivação (HC nº 93.050-6/R, j. 10/06/2008; HC nº 91.867/PA, j. 24/04/2012; HC nº 106.244/RJ, j. 17/05/2011). Na espécie, a constatação da confusão patrimonial, que levou à desconsideração da personalidade jurídica, deu-se por inúmeras provas documentais, como atas de assembleias, acordos comerciais, comprovantes de transferências de cotas societárias, fichas cadastrais da Junta Comercial do Estado de São Paulo, e depoimentos, além daquelas declaradas ilícitas pelo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

“Ora, em se cuidando de provas originariamente dissociadas daquela considerada ilícita isto é, daquelas não contaminadas, **fundadas em fonte autônoma de conhecimento**, passam ao largo da inadmissibilidade resultante da transgressão do devido processo legal, **não se lhes aplicando a “doutrina da ilicitude por derivação”**”.¹⁶⁴ (grifou-se)

Em outra oportunidade, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do agravo de instrumento nº 2051164-09.2019.8.26.0000, também empregou a fonte independente, ao admitir o uso de elementos trazidos pelo Ministério Público por considerar que eles teriam sido embasados em provas de origem autônomas. O caso trata tanto do tema das limitações às provas ilícitas por derivação, quanto da prova emprestada – que de sorte alguma é objeto de estudo do presente trabalho, razão pela qual não serão analisadas as partes da decisão que tangenciem esse segundo tema.

O processo era uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida em face de **Ciro Spadácio e** **Ciro Spadácio Engenharia e Construção Ltda.** Paralelamente tramitava ação penal, oriunda da comarca de Fernandópolis/SP, na qual o Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus* (HC nº 129.646/SP), havia reconhecido a ilicitude de interceptações telefônicas relacionadas à Operação Fratelli. Ocorre que estava pendente o julgamento de agravo regimental interposto em face à decisão monocrática preferida nos

¹⁶⁴ ESTADO DE SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Décima Segunda Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento nº 0149545-33.2012.8.26.0000**, Relator Desembargador José Reynaldo, j. 07/11/2012, DJe 18/11/2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 16/11/2019.

autos daquele *writ*. Assim sendo, o magistrado da ação de improbidade administrativa manteve a indisponibilidade de bens dos agravados, entendendo que existiam “consideráveis indicativos de realização de provas por fonte independentes daquelas consideradas nulas pelo E. Supremo Tribunal Federal”¹⁶⁵. Em face à essa decisão, os agravantes sustentaram que a decretação, pelo STF, da invalidade das decisões proferidas do juízo penal ocasionaria, conseqüentemente, a exclusão das provas produzidas em razão daquelas decisões, por estarem contaminadas pela ilicitude por derivação.

O Tribunal negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo a decretação de indisponibilidade de bens, por entender que “mesmo se excluídas as interceptações telefônicas, subsist[iam] indícios de participação dos agravantes no conluio objeto dos autos” os quais eram “aparentemente fundados em provas de origem autônomas, obtidas por fontes independentes daquelas consideradas nulas pelo C. Supremo Tribunal Federal [...]”¹⁶⁶.

Sobre a adoção da limitação da descoberta inevitável tem-se o julgamento da apelação cível nº 0005089-60.2010.4.03.6102/SP, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) que afastou o argumento de Suzelei de Castro Franca que um lançamento fiscal feito em face dela deveria ser anulado por ter, supostamente, sido efetuado com base em provas ilícitas, obtidas por meio de quebra de sigilo bancário e de busca e apreensão de documentos de outra pessoa jurídica. *In casu*, Suzelei ajuizou ação anulatória de débito fiscal, perante a 6ª Vara Federal de Ribeirão Preto/SP, que foi julgada improcedente. Em suas razões, sustentou que como as provas obtidas pela Receita Federal, para instaurar o processo administrativo de auto de infração, haviam sido declaradas como ilícitas pelo STJ no RHC nº 16.414, elas não poderiam ser utilizadas para comprovar as supostas ilegalidades cometidas por ela.

O TRF3 manteve a sentença, consignando que o *decisum* do STJ não tinha sido violado e que nele discutiu-se “acerca das provas necessárias para a comprovação da prática de crimes materiais contra a ordem tributária”¹⁶⁷ e que as ilicitudes cometidas pela apelante “acabariam sendo descobertas pelo Fisco no âmbito de suas atividades de fiscalização, mesmo que não tivessem sido realizadas as assinaladas medidas de busca e apreensão e de quebra de

¹⁶⁵ ESTADO DE SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Quinta Câmara de Direito Público. **Agravo de Instrumento nº 2051164-09.2019.8.26.0000**, Relatora Heloísa Martins Mimessi, j. 12/08/2019, DJe 13/09/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 16/11/2019.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ TERCEIRA REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Terceira Turma. **Apelação Cível nº 0005089-60.2010.4.03.6102/SP**, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, 3ª Turma, j. 23/05/2019, DJe 30/05/2019. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 16/11/2019.

sigilo bancário”¹⁶⁸. Extrai-se da fundamentação o acolhimento das limitações à doutrina dos frutos da árvore venenosa pela Corte Federal, principalmente, quanto à limitação da descoberta inevitável:

“Ainda que assim não fosse, convém destacar que a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree doctrine*) admite limitações, como a da doutrina da fonte independente (*independent source limitation*) e a limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*). **Segundo tais teorias limitadoras, não haveria que se falar em nulidade se a prova pudesse ter sido descoberta independente ou inevitavelmente, por meio de atividades investigatórias lícitas realizadas sem qualquer relação com a suposta prova ilícita.**

No caso em comento, compulsando os autos, verifica-se que o lançamento de ofício decorreu da participação de atos jurídicos simulados com a finalidade de acobertar omissão de receitas tributáveis, decorrentes de trabalho exercido em pessoas jurídicas e remunerado como *pro labore*, [...].

Ademais, os ilícitos foram cometidos pelo autor dentro de um esquema fraudulento que envolvia uma miríade de negócios jurídicos simulados, interposição de pessoas jurídicas, ausência de contabilização de lançamentos e de operações bancárias, conforme restou constatado no Termo de Verificação Fiscal, na Representação Fiscal, na decisão administrativa da Receita Federal e nos demais documentos fornecidos pelo próprio autor ou obtidos pela Receita Federal por meio de outras apurações, que não apenas as medidas de busca e apreensão e de transferência do sigilo bancário.

Logo, compulsando os autos, verifica-se que as ilicitudes eram de tal monta que **acabariam sendo descobertas pelo Fisco no âmbito de suas atividades de fiscalização, mesmo que não tivessem sido realizadas as assinaladas medidas de busca e apreensão e de quebra de sigilo bancário.**”¹⁶⁹ (grifou-se)

O TRF3 proferiu outra decisão, de fundamentação quase idêntica, em que acolheu e aplicou a descoberta inevitável, na apelação cível nº 0005151-32.2012.4.03.6102/SP¹⁷⁰.

A despeito de se entender ser positiva a recepção dessas limitações pelo Poder Judiciário brasileiro, verifica-se que, em um primeiro momento, o aplicador do direito simplesmente unificou as limitações da fonte independente e descoberta inevitável, tratando-as como se fossem a mesma teoria. Entretanto, logo depois, o Relator consigna que as ilicitudes acabariam sendo descobertas de uma forma ou outra, o que é a hipótese de incidência da limitação da descoberta inevitável. Aparentemente, a confusão da redação do art. 157 do CPP também provocou que os julgadores se equivocassem ao aplicar às limitações, misturando as definições da limitação pela fonte independente e da descoberta inevitável.

¹⁶⁸ TERCEIRA REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Terceira Turma. **Apelação Cível nº 0005089-60.2010.4.03.6102/SP**, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, 3ª Turma, j. 23/05/2019, DJe 30/05/2019. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 16/11/2019.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ TERCEIRA REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Terceira Turma, **Apelação Cível nº 0005151-32.2012.4.03.6102**, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, j. 22/05/2019, DJe 29/05/2019. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 16/11/2019.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho foi desenvolvido com o intuito de se estudar o tema da prova ilícita por derivação e as suas limitações, principalmente à luz do direito processual civil brasileiro. No início, buscou-se analisar, brevemente, o universo do direito probatório, com enfoque nas provas vedadas, em que se inserem as provas ilícitas e ilegítimas, até, por fim, chegar-se nas complexas provas ilícitas por derivação.

Foi referido que a doutrina dos frutos da árvore venenosa e as suas limitações se desenvolveram pelas decisões da Suprema Corte norte-americana e, como é inerente ao sistema de *Common Law*, elas foram paulatinamente integradas ao sistema jurídico dos Estados Unidos. Lá a incorporação dessa doutrina foi muito mais orgânica do que no Brasil que, como visto, não passou pelo mesmo fenômeno e nem poderia ter passado, por força do sistema de *Civil Law*.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal foi pioneiro ao aplicar a doutrina dos frutos da árvore venenosa para decidir o *habeas corpus* nº 69912/RS, sendo seguido, aos poucos, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos tribunais inferiores. Todavia, para que se pudesse garantir uma tutela adequada aos direitos garantidos por trás da doutrina dos frutos da árvore venenosa, não bastaria o seu acolhimento por parte da jurisprudência, sendo necessária a sua positivação pelo legislador. E isso foi feito, conforme demonstrado, pela reforma do Código de Processo Penal, em 2008. Não foi tão perspicaz, entretanto, o legislador do novo Código de Processo Civil que sequer mencionou a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas, quanto menos das derivadas delas, limitando-se a prever os meios típicos de prova ou os atípicos, desde que estes estejam dentro da moralidade (art. 369 do CPC).

Destarte, o que resta, tanto para um acadêmico de Direito, quanto para um juiz, um desembargador ou até um ministro, é realizar uma ginástica mental, aplicando por analogia ao processo civil, o que está previsto no Código de Processo Penal, e sempre se atentando à respeitar os princípios e regras preceituados na Constituição Federal. Resta o questionamento se não seria mais inteligente uma reforma do art. 369 do CPC que positive, de uma vez por todas, a inadmissibilidade das provas ilícitas e das provas contaminadas por elas.

Conclui-se, também, que a reforma do diploma de processo penal foi feliz tão somente no tocante à preceituação da inadmissibilidade das provas derivadas, pois, não é possível entender precisamente quantas e quais limitações foram positivadas. Aparentemente, a limitação da fonte independente está prevista no art. 157, §§1º e 2º, do CPP, contudo há fortes dúvidas se a limitação da descoberta inevitável restou positivada ou não.

Todos essas falhas legislativas acarretam em dificuldades aos aplicadores do direito em face aos casos concretos. Como visto, na maioria dos casos, quando é reconhecida a ilicitude da prova derivada, isto é feito de forma ampla, genérica e até repetitiva, de sorte que, muitas vezes, sequer é analisada a existência ou não do nexo de causalidade entre as duas provas. E quando se decide pelo aproveitamento da prova contaminada, não é possível, em grande parte das vezes, extrair qual limitação foi aplicada à espécie.

A complexidade do tema somada as falhas e as lacunas legislativas da Constituição Federal, do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal, acarretam, no fim, em nada mais do que um flagrante despreparo dos magistrados quando se deparam com casos de provas ilícitas por derivação. Enfim, isso tudo demonstra que, aparentemente, o ordenamento jurídico brasileiro, mesmo vinte anos depois da decisão STF no *habeas corpus* nº 69.912-0-RS, ainda não conseguiu absorver precisamente a doutrina dos frutos da árvore venenosa e suas limitações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRE, Isabel. **Provas Ilícitas em Processo Civil**. Almedina: Coimbra, 1998.
- AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**: atipicidade, liberalidade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquatto. **Prova ilícita**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª ed. Rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BAIN, Jeffrey M.; Kelly, Michael K. **Fruit of the Poisonous Tree: Recent Developments as Viewed Through Its Exceptions**, 21 U. Miami L. Rev. 615 (1977). Disponível em: <<https://repository.law.miami.edu/umlr/vol31/iss3/5/>>.
- BONZI, Marcel José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- _____. **Código de Processo Civil**, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.
- _____. **Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>.
- _____. **Código de Processo Penal**, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.
- CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *et al.* **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- CANOTILHO, JJ. Gomes. [coord.] **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.
- CARNELUTTI, Francesco. **La Prueba Civil**. 2ª edición. Ediciones Depalma Buenos Aires, 1989.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Curso de Derecho Procesal Civil**. Traducción y complación: Enrique Figueroa Alfonzo y Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V. México: Harla, 1997.

DE MENDONÇA, Andrey Borges. **Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008.

DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (organizador). **Prova cível**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita: um estudo comparado**. Tradução: Nereu José Giacomoli. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **O de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed., rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Totalmente revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades pública e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. P. 99.

KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. **AJURIS: Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul**. Mar. 1996.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 7ª ed., ver., ampl. E atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, JJ. Gomes (coord.). São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.

MOREIRA, José Barbosa. Provas Atípicas. **Revista de Processo**, nº 76. P. 144/155.

NERY JÚNIOR, Júnior, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo)**. 12. ed., rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PITLER, Robert M. **The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized**, 56 *Calif. L. Rev.* 579 (1968). P. 591. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss3/2/>>.

RABONEZE, Ricardo. **Provas Obtidas por Meios Ilícitos**. 2. ed. Síntese: Porto Alegre. 1999.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar Silva. **As Provas no Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum e de conhecimento e tutela provisória)**, v. 2, 16ª ed., reformulada e aplicada de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, **Recurso em Mandado de Segurança nº 5.352-0/GO (95.0003246-5)**, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 26/03/1996, DJ 09/05/1996. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **Habeas Corpus nº 69912**, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Relator p/ Acórdão Min. Carlos Velloso, julgado em 30/06/1993, DJ 26/11/1993. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, **Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 539-80.2012.6.14.0087/PA**, Relatora Ministra Luciana Lóssio, j. 15/03/2016, DJe 25/04/2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/esaj/jurisprudencia/>>.

ESTADO DE SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Décima Segunda Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento nº 0149545-33.2012.8.26.0000**, Relator Desembargador José Reynaldo, j. 07/11/2012, DJe 18/11/2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>.

ESTADO DE SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial, **Agravo de Instrumento nº 2223148-95.2018.8.26.0000**, Relator Desembargador César Ciampolini, j. 20/02/2012, DJe 27/02/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>.

ESTADO DE SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Primeira Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível 0014176-54.2006.8.26.0053**, Relator Desembargador Vicente de Abreu Amadei, julgado em 06/03/2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>.

ESTADO DE SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Quinta Câmara de Direito Público. **Agravo de Instrumento nº 2051164-09.2019.8.26.0000**, Relatora Heloísa Martins Mimessi, j. 12/08/2019, DJe 13/09/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>.

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, Tribunal de Justiça, **Apelação/ Remessa Necessária nº 080454-55.2006.8.08.0024**, Relator Desembargador Fernando Estevam Bravin Ruy, j. 05/07/2018. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisp.cfm>.

ESTADO DO PARANÁ, Tribunal de Justiça, Quarta Câmara Cível, **Apelação Cível 1.451.446-4**, Relator Desembargador Abraham Lincoln Calixto, j. 01/03/2016. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>>.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível, **Apelação Cível nº 0382557-12.2013.8.19.0001**, Relator Desembargador Peterson Barroso Simão, j. 22/07/2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>>.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, **Apelação Cível nº 0173829-32.2011.8.21.7000**, Relator Desembargador

Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 26/05/2011, DJ 30/05/2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>.

QUARTA REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Terceira Turma. **Agravo de Instrumento nº 5027822-70.2013.4.04.0000**, Rel. Juiz Federal Nicolau Konkel Junior, j. 03/04/2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>.

QUARTA REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Quarta Turma. **Agravo de Instrumento nº 0004157-18.2010.4.04.0000**, Relator Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, DJe 09/03/2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>.

QUARTA REGIÃO, Tribunal Regional Federal, Quarta Turma. **Agravo de Instrumento nº 5020680-78.2014.4.04.0000/PR**, Relator Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior, j. 02/12/2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>.

QUARTA REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Quarta Turma. **Agravo de Instrumento nº 5020685-03.2014.4.04.0000/PR**, Relator Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior, j. 02/12/2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>.

TERCEIRA REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Terceira Turma. **Apelação Cível nº 0005089-60.2010.4.03.6102/SP**, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, 3ª Turma, j. 23/05/2019, DJe 30/05/2019. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>.

TERCEIRA REGIÃO, Tribunal Regional Federal. Terceira Turma, **Apelação Cível nº 0005151-32.2012.4.03.6102**, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, j. 22/05/2019, DJe 29/05/2019. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>.

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

Estados Unidos da América

- *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).
- *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939).
- *Bynum v. United States*, 262 F.2d 465 (D.C. Cir. 1958)
- *Bynum v. United States*, 274 F.2d 767 (D.C. Cir. 1960)
- *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975).
- *United States v. Ceccolini*, 435 U.S. 268 (1978).
- *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).
- *United States v. Leon*, 468 U.S. 89 (1984).
- *Segura v. United States*, 486 U.S. 796 (1984).
- *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988).