

Limitações à doutrina dos frutos da árvore envenenada: sua recepção no processo civil brasileiro

Limitations on the doctrine of the fruits of the poisonous tree: applicability in the brazilian civil procedure law

Marcellus Polastri Lima*
Victor Sonegheti**

Resumo

O presente artigo tem como escopo principal discorrer acerca das exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada, criada pela Suprema Corte norte-americana, que tornam admissíveis no processo as provas ilícitas por derivação. Partindo de uma breve análise dos casos que originaram as três principais exceções – a limitação da fonte independente, a limitação da descoberta inevitável e a limitação da descontaminação – busca-se, também, tratar da aplicabilidade dessas exceções ao direito processual brasileiro, em especial ao direito processual civil.

Palavras-chave: Prova ilícita por derivação. Dignidade humana. Fonte independente. Descoberta inevitável. Descontaminação.

* Marcellus Polastri Lima: Doutor e Mestre em Direito, com ênfase em Processo Penal, pela Universidade Federal de Minas Gerais, Professor-Doutor (adjunto) na Universidade Federal-ES, na Graduação (Processo Penal) e Mestrado stricto sensu e Direito Processual Civil. Procurador de Justiça-RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro – RJ – Brasil. Email: mpolastri@terra.com.br

** Victor Sonegheti: Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Público. Membro do Grupo de Estudos de Direito Probatório do Programa de Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Vitória – Espírito Santo – Brasil; Email: victor.sonegheti@trtes.jus.br

Abstract

This article has as main purpose the analysis of the exceptions to the theory of the fruits of the poisoned tree created by the United States Supreme Court, that render admissible the evidence derived from other illegal evidences. After a brief review of the cases that led to the three major exceptions - the independent source limitation, the inevitable discovery limitation and the decontamination limitation - also seeks to address the applicability of these exceptions to the Brazilian procedural law, particularly the civil procedural law.

Keywords: *Illegal derivative evidence. Human dignity. Independent source. Inevitable discovery. Purged taint.*

Introdução

O presente artigo procura demonstrar, através de um estudo comparativo não só entre os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, mas também entre os direitos processuais civil e penal, que a proibição da utilização da prova ilícita no direito processual em geral deflui de uma maior proteção aos direitos humanos, embasada no princípio constitucional da dignidade humana, não podendo o processo ser uma “guerra” em que a verdade deva ser alcançada a qualquer preço, pois, além da dignidade humana que deve prevalecer, o princípio do devido processo legal (ou justo processo) deve sempre imperar para que se dê a validade da relação processual e, conseqüentemente, do final provimento judicial.

Antes de tudo, devem ser estabelecidos, além do conceito de dignidade humana e sua influência no processo, o conceito de prova ilícita, para se chegar à discussão sobre a prova ilícita por derivação, comumente tratada como “doutrina dos frutos da árvore envenenada” e, a partir daí, examinando a origem dessa teoria nos Estados Unidos da América, passar a examinar três de suas exceções ou limitações: a limitação da fonte independente, da descoberta inevitável e da descontaminação, principalmente em vista dos reflexos na recente reforma processual penal brasileira.

1 Do princípio da dignidade humana e sua relação com a prova ilícita

É preciso enfatizar que o princípio do *nemo tenetur se detegere* é muito mais do que o direito ao silêncio e não deflui deste, como, de forma enganosa, detecta parte da doutrina, pois esta se trata apenas de uma visão restritiva, já que, segundo Maria Elizabeth Queijo (2003, p.190):

Na realidade, o direito ao silêncio é a mais tradicional manifestação do *nemo tenetur se detegere*, mas o citado princípio não se restringe a ele. O direito ao silêncio apresenta-se como uma das decorrências do *nemo tenetur se detegere*, pois o referido princípio, como direito fundamental e garantia do cidadão no processo penal, como limite ao arbítrio do Estado, é bem mais amplo e há diversas outras decorrências igualmente importantes que dele se extraem.

Na verdade, o princípio *nemo tenetur se detegere* diz respeito ao impedimento de produção de provas que dependam da cooperação do acusado; daí se consideram ilícitas provas obtidas sem concordância do acusado, mormente se for produzida ou obtida pela acusação. Enquadradas nesse tipo de prova estão não só as intervenções corporais sem o consentimento do acusado (exames laboratoriais, teste de bafômetro, exames de DNA e até mesmo a imposição ao teste ou exame grafotécnico¹), como também a apreensão ilícita de documentos, violação do domicílio e do segredo e coleta de prova testemunhal nos casos em que o acusado se negue a fornecer tal declaração; além de exemplos outros.

Trata-se a proibição da coleta de tais modalidades probatórias de um efeito do direito à não autoincriminação do imputado, pois, segundo a doutrina dominante, este tem não só o direito de ficar em silêncio, mas também, mesmo aquele que ainda não está sendo imputado, tem o

¹ Nesse sentido, acórdão do STF de 8/9/1998, HC nº 77.135.

direito de não se submeter ou fornecer uma prova que possa incriminá-lo, torná-lo indiciado ou imputado, caso no qual tal prova passaria a se constituir ilícita (em alguns casos, dependendo da prova, ilegítima).

Seja como for, na verdade, o princípio da não autoincriminação tem sido identificado como direito fundamental, que tem por fim proteger o indivíduo contra os excessos a serem cometidos na persecução criminal pelo Estado, o qual, dessa forma, não pode cometer abusos, como violências físicas e morais, ou colher prova violando a lei ou a Constituição, mesmo que seja para o fim de apurar delitos.

Argumenta-se que, sendo o Brasil signatário de pactos e convenções internacionais ratificados e incorporados em nosso arcabouço legislativo, inclusive como direito fundamental, na forma do § 2º do art. 5º da CF², o princípio do *nemo tenetur se detegere* teria íntima relação com a proteção da dignidade humana e, por consequência, com o devido processo legal ou justo e da ampla defesa, até porque, em última instância, a integridade física é direito inerente à dignidade humana. Por isso, a já citada Maria Elizabeth Queijo (2003, p.73) vincula

² Porém, não é o que prevalece como regra. A Emenda Constitucional nº 45 alterou o art. 5º, § 3º, da CF, e, agora, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais. Ou seja, se aprovados pelo mesmo *quorum* terão força equivalente às Emendas Constitucionais. Com isso, foi respeitada pela Reforma Judiciária (EC no 45) a regra de que tais tratados e acordos internacionais, se equiparam à lei ordinária, porém, a exceção exigirá quórum idêntico ao de Emenda Constitucional (ou seja, dois terços do Congresso Nacional). No dia 3.12.08, o Pleno do STF, no HC 87.585-TO, resolveu a questão que se colocava acerca do status da norma inserida em tratados internacionais referentes a direitos humanos ratificados pelo Brasil; por maioria, aprovou-se que as normas que versem sobre qualquer direito (mesmo direitos humanos), se aprovadas antes da emenda complementar 45, independentemente de aprovação com quorum qualificado no Congresso, não importando serem tais normas provenientes de tratados internacionais, possuem apenas status supralegal, não tendo, assim valor, constitucional, só podendo o juiz aferir a convencionalidade de sobreposição ante a lei ordinária, em exame preliminar, em cada caso concreto a ser examinado. Agora, se o tratado sobre direitos humanos foi ratificado pelo Congresso após a Emenda 45, com o quorum qualificado, passam a ter o valor de Emenda Constitucional. Assim, somente os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da Constituição têm igualdade com a norma constitucional, podendo, assim, a norma que o violar ser submetida ao controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

[...] o referido direito ao *nemo tenetur se detegere*, na medida em que deve ser preservada a integridade física e moral do acusado. Não podem, assim, ser aplicadas ao acusado medidas atentatórias à sua integridade física e moral, incluindo-se as que objetivam sua cooperação na persecução penal. Cuida-se de outro direito fundamental que tutela a dignidade humana.

Assim, mesmo que se entendesse não se poder extrair o *nemo tenetur se detegere* e a utilização da prova ilícita de outros princípios constitucionais, sem dúvida, este encontraria agasalho no princípio da dignidade humana. Este é reflexo da proteção aos direitos humanos e está esculpido no inciso III, do art. 1º, da CF, tendo como norma ratificadora, como já dito, o art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira, a qual dispõe que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.60) estabelece uma nítida relação do conceito jurídico de dignidade da pessoa humana com os chamados direitos fundamentais.

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

A relação entre dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais é tão próxima que, para identificação dos direitos fundamentais, Ferrajoli (2011, p.512) se baseia em Kant, afirmando que um de seus primeiros alicerces:

[...] é o da dignidade da pessoa. A diferença e a contraposição entre direitos patrimoniais singulares e direitos fundamentais

universais e, de reflexo, entre valor relativo e valor intrínseco, entre esfera do disponível ou de mercado e esfera do indisponível ou da dignidade, pode bem ser fundada sobre a oposição kantiana entre 'aquilo que tem um preço' e 'aquilo que não admite equivalente'. 'Aquilo que tem um preço', escreve Kant, 'pode ser substituído com qualquer coisa de outro, a título equivalente; ao contrário, aquilo que é superior àquele preço e que não admite equivalente é aquilo que tem uma dignidade... Aquilo que permite que qualquer coisa seja fim a si mesmo (*Zweck an sich selbst*) não tem somente um valor relativo, e, isto é, um preço, mas tem um valor intrínseco, e isto é uma dignidade'. E isto que 'possui uma dignidade (um valor interior absoluto)', acrescenta Kant, não é outro que 'o homem considerado como pessoa', o qual 'é elevado além de qualquer preço, porque como tal (*homo noumenon*) ele deve ser protegido, não como um meio para atingir os fins dos outros e muito menos os seus próprios, mas como um fim em si: vale dizer, ele possui uma dignidade (um valor interior absoluto) por meio da qual constringe ao respeito de si mesmo todas as outras criaturas racionais do mundo'.

E é com base em um valor intrínseco da dignidade da pessoa humana que extraímos o direito à integridade física³, aí incluídos a vedação das formas invasivas e não invasivas para obtenção da prova; advindo daí, também, o direito à integridade moral ou psíquica⁴ da pessoa humana, que tem direito à privacidade, honra e imagem. Além do mais, deve ser protegida em razão de ser um ente mais fraco ante ao poderio estatal, com normas legais que tornem ilícitas condutas de obtenção de prova de modo a lhe trazer lesão ou incriminação no processo. Íntima, portanto, é a relação da dignidade da pessoa humana com a obtenção, para o processo, da prova ilícita.

³ Cf. DUDH, arts. IV e V; o Pacto ONU, arts. 7º e 8º; a Convenção Americana, arts. 5º e 6º; a Carta Europeia, arts. 3º a 5º e a Carta Africana, arts. 4º e 5º.

⁴ Cf. DUDH, arts. VI e XII; o Pacto ONU, arts. 16 e 17; a Convenção Americana, arts. 11 e 18; a Carta Europeia, art. 3º e a Carta Africana, art. 4º.

2 Prova ilícita: conceito

Como brilhantemente ressaltou o mestre colombiano Hernando Devis Echandía, a prova, assim como a ação, protege, primordialmente, o interesse da coletividade na devida e legal composição dos litígios através do processo, e somente de forma secundária persegue a proteção do interesse privado da parte, o êxito das pretensões particulares (s./d., p.119). Dentro dessa visão publicista, não se pode conceber o processo como um campo de batalha em que são permitidos todos os meios úteis para triunfar, no qual tudo é permitido na busca de um resultado favorável. É dentro dessa concepção que a proibição de admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos se insere. A Constituição Federal tratou expressamente da inadmissibilidade das provas ilícitas em seu art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal, o qual dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (ECHANDÍA, [s./d.], p.539).

Até pouco tempo, inexistia conceito legal de prova ilícita no ordenamento brasileiro, em especial por não haver qualquer necessidade de que se positivasse tal conceito, tendo em vista que tal lacuna já havia sido preenchida de forma mais do que suficiente pela doutrina e pela jurisprudência. Contudo, o legislador pátrio preferiu por fornecer uma definição do que se deve entender por provas ilícitas no *caput* do art. 157 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008), entendendo as provas ilícitas como: “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.⁵ Como bem lembra

⁵ Esta é apenas a primeira das inúmeras vezes em que nos socorremos à doutrina, à jurisprudência e à legislação processual penal no decorrer deste artigo. Ainda que nosso âmbito de pesquisa esteja focado no processo civil, não há como trabalhar a temática da prova ilícita, em especial, a da prova ilícita por derivação, sem buscar subsídios no processo penal. Primeiramente, em razão da própria origem da vedação constitucional à utilização das provas obtidas por meios ilícitos, que visou à proteção do cidadão objeto de investigação e processo penais. Em segundo lugar, toda a construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana que originou a doutrina dos *fruits of the poisonous tree* e suas limitações advêm de processos penais, não sendo, portanto, possível abordar o tema central deste artigo sem beber em fontes processuais penais.

Antonio Magalhães Gomes Filho (2009, p.266), a opção do legislador não parece ter sido a melhor, pois, longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, essa definição legal pode levar a equívocos e confusões.

Faz-se, portanto, necessário trazer um conceito doutrinário do que vem a ser a prova ilícita. Prova ilícita seria aquela que contraria o ordenamento jurídico, visto pelo prisma dilatado da Constituição, que abrange tanto a ordem constitucional e a infraconstitucional quanto os bons costumes, a moral e os princípios gerais do Direito. (CAMBI, 2006, p.69)⁶

Como se vê, a inadmissibilidade da prova ilícita foi tratada expressamente na Constituição Federal, e é um dos mais clássicos temas de debate do direito probatório, já bastante trabalhado pela doutrina e jurisprudência nacional – especialmente no campo penal –, mas que ainda suscita relevantes questionamentos, como os relacionados a limitações da doutrina da árvore envenenada.

3 As provas ilícitas por derivação: a doutrina dos frutos da árvore envenenada

O texto constitucional não se posicionou expressamente acerca da problemática das provas ilícitas por derivação, deixando a tarefa para

6 Não adotamos, aqui, a dicotomia prova ilícita/prova ilegítima, ainda reconhecida pela doutrina mais tradicional, segundo a qual provas ilícitas seriam aquelas que violariam normas de direito material e que a ilicitude ocorre no momento da prova, tendo como consequência a responsabilização referente ao direito material violado (civil, penal ou administrativo); enquanto provas ilegítimas seriam aquelas que infringiriam normas de direito processual, e a transgressão se daria no momento da sua produção no processo, servindo como limite de admissibilidade dos meios de prova. Adotamos, neste artigo, quanto à concepção da prova ilícita, a noção de prova inconstitucional defendida por Ada Pellegrini Grinover (1982, p. 271), a qual assevera que “a distinção entre ilícito material e inadmissibilidade processual pode ser superada, em uma visão unitária, na perspectiva constitucional, através da dedução da inadmissibilidade e ineficácia da prova colhida contra os direitos assegurados pela Constituição.”

a doutrina e para a jurisprudência.⁷ Provas ilícitas por derivação são aquelas provas em si mesmas lícitas, mas obtidas por intermédio de informação através de prova ilicitamente colhida, às quais se transmite a ilicitude da prova originária, sendo igualmente banidas do processo. Essa exclusão do processo decorre da aplicação da doutrina dos “frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*), cunhada pela Suprema Corte norte-americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. (GRINOVER et al., 2000, p.134-135).

A doutrina dos frutos da árvore envenenada, originada na jurisprudência norte-americana com o caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920), no qual se estabeleceu a inadmissibilidade de todas as provas obtidas com base em procedimentos policiais ilícitos, por violarem os preceitos constitucionais da IV Emenda (JUNOY, 1996, p.355)⁸. O objetivo da doutrina dos frutos da árvore envenenada era o

⁷ A lei 11.690, de 9 de junho de 2008, que alterou o regime das provas no processo penal, também buscou positivar o conceito de prova ilícita por derivação, dispondo no art. 157, § 1º do Código de Processo Penal que “são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas”. Apesar da nobre intenção de legislar no mesmo sentido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, a redação do supracitado dispositivo é extremamente lacônica, uma vez que não delimita o que são as provas derivadas das ilícitas. Entretanto, como já salientava Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p. 73), “pouco importa, assim, que uma lei ordinária venha ou não prever expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação. [...] Seria preferível que jamais se fizesse tal regulamentação, por cientificamente desnecessária, e até pela impossibilidade de se extrair do texto legal o espírito da norma violadora – que deve ser perquirido no caso concreto.”

⁸ João Gualberto Garcez Ramos (2003, p. 122-123) traz outros precedentes de inadmissibilidade de prova anteriores ao caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*. O autor cita os casos *Boyd v. United States*, 116 US 616 (1886) e *Weeks v. United States*, 232 US 383 (1914), como os primeiros precedentes, afirmando que em Boyd “desenvolveu-se a ideia de que uma prova produzida lícitamente, mas oriunda da infração de alguma das regras ou cláusulas, ou com violação de algum dos direito garantidos pela Constituição, deveria ser excluída do processo, a fim de que não tivesse qualquer efeito na determinação do fato criminoso e de sua autoria”, e que o caso *Weeks* “deixou assentado que a produção de provas ilícitas não contamina a validade do processo, mas leva à exclusão dessas provas do processo”. Segundo Garcez Ramos, o caso *Silverthorne v. United States*, 251 US 385 (1920) consolidou a doutrina dos frutos da árvore envenenada, sendo palco ainda para o delineamento das premissas básicas da exceção da “fonte independente”.

de controlar os métodos de investigação da polícia norte-americana, que, como bem lembra Picó i Junoy, caracteriza-se por se estruturar de forma bastante descentralizada, em vários pequenos departamentos autônomos, com reduzido âmbito de atuação (JUNOY, 1996, p.355). Assim, o principal objetivo da doutrina dos frutos da árvore envenenada foi o de dissuadir as forças policiais da prática de eventuais atos ilícitos no curso de suas investigações.

Contudo, a expressão *fruits of the poisonous tree*, que batiza a doutrina, só foi cunhada quase duas décadas mais tarde pelo Juiz Associado Felix Frankfurter no caso *Nardone v. United States* (1939), no qual afirmou que “proibir o uso direto das provas ilícitas, mas não pôr obstáculo a seu pleno uso indireto, somente incentivaria o uso de tais métodos, incompatíveis com as normas éticas e prejudiciais às liberdades individuais.”⁹

Entretanto, é impossível tratar da questão sem considerar as limitações impostas pela própria Suprema Corte norte-americana à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação.

3.1 Limitações à doutrina dos frutos da árvore envenenada

É inegável a importância da doutrina dos frutos da árvore envenenada e suas repercussões no processo. Contudo, a adoção de tal doutrina pela Suprema Corte norte-americana não significou uma proibição absoluta da aquisição de provas ilícitas por derivação. Foi com base no raciocínio de que as provas ilícitas por derivação não são “sagradas e inacessíveis” que a Suprema Corte criou várias exceções

⁹ Tradução livre de: “[...] *To forbid the direct use of methods thus characterized, but to put no curb on their full indirect use, would only invite the very methods deemed “inconsistent with ethical standards and destructive of personal liberty.”*” Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/308/338/case.html>>.

ao princípio de que o “fruto da árvore envenenada” deve ser excluído do processo.¹⁰

A aplicação de alguma das limitações à doutrina dos frutos da árvore envenenada exclui a contaminação da prova derivada, tornando-a lícita para todos os fins. No entanto, ainda que não seja aplicável nenhuma das limitações e a prova seja reconhecida como ilícita, ou derivada de uma prova ilícita, é possível que esse meio probatório seja admitido no processo, considerando as circunstâncias do caso concreto, desde que o direito à prova ou o valor a ser por ele tutelado se mostre mais relevante em um balanceamento de interesses e dos valores constitucionais em conflito, através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

3.1.1 Exceção da “fonte independente”

A exceção da fonte independente (*independent source exception*) foi delineada pela Suprema Corte norte-americana, em 1920, no caso *Silverthorne v. United States*, e desenvolvida no caso *Nardone v. United States*, de 1939. (GARCEZ RAMOS, 2003, p.124)¹¹ A exceção da fonte independente prevê que quando informações ou provas forem obtidas por meios ilícitos e através de uma fonte independente lícita, a prova

¹⁰ A Suprema Corte norte-americana, já no caso *Silverthorne v. United States*, estabeleceu as primeiras limitações à doutrina dos frutos da árvore envenenada. Na supracitada decisão, o juiz associado Holmes deixou bem claro que a proibição de aquisição de prova ilícita não é absoluta, afirmando que as provas obtidas ilicitamente não são sagradas ou inacessíveis (*sacred and inaccessible*). Foi na decisão do caso *Silverthorne*, juntamente com a decisão proferida no caso *Nardone v. United States*, em que se estabeleceram as bases da limitação da fonte independente (*independent source limitation*).

¹¹ Por outro lado, Antonio Magalhães Gomes Filho (2009, p.267) afirma que a exceção da “fonte independente” foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana em outro precedente, o caso *Bynum v. U.S.*, de 1960. No referido caso, o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais, que comprovaram seus relacionamentos com um roubo; a prova foi excluída porque derivada da prisão ilegal. Num segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do FBI. Assim, reconheceu-se a validade da prova, pois não mais havia conexão exclusiva com a prisão arbitrária.

ou informação não deverá ser excluída do processo. Tal exceção, de acordo com o posicionamento da Suprema Corte norte-americana, decorre do princípio que a autoridade policial não deve ser colocada em situação pior do que a que estaria se não houvesse ocorrido a obtenção ilícita da prova.

Vejam os seguintes exemplos: numa situação em que narcóticos são apreendidos após a polícia ter descoberto sua localização através de informações ilicitamente obtidas a partir de declarações prestadas por um acusado (decorrentes de uma prisão ilegal), e através de informações decorrentes do depoimento de uma testemunha, prestado dentro de todos os parâmetros de legalidade. Nesse caso, impedir que tais narcóticos sejam admitidos em juízo como prova equivale a colocar a polícia em situação pior do que a que estaria caso esta não tivesse obtido ilicitamente as informações a partir das declarações do acusado.¹² Como bem assinala Steven P. Grossman (1988, p.319), “uma coisa é dizer que a autoridade policial não deve obter vantagem através da violação de direitos individuais; bem diferente é afirmar que a violação de tais direitos colocará o indivíduo fora do alcance da lei, mesmo sendo possível provar sua culpa através de provas obtidas dentro da legalidade.”¹³

Desde que a delineou e a desenvolveu nos casos *Silverthorne v. United States* e *Nardone v. United States*, respectivamente, a Suprema Corte norte-americana já se manifestou por diversas vezes acerca da exceção da “fonte independente”, merecendo destaque os precedentes

¹² O presente exemplo nos é trazido por Steven P. Grossman (1988, p. 319) em *The doctrine of inevitable discovery: A plea for reasonable limitations*.

¹³ Tradução Livre de: “It is one thing to say that officers shall gain no advantage from violating the individual’s right; it is quite another to declare that such a violation shall put him beyond the law’s reach even if guilt can be proved by evidence that has been obtained lawfully.”

estabelecidos nos casos *Segura v. United States* (1984)¹⁴ e *Murray v. United States* (1988).¹⁵

Resta claro, portanto, o fundamento da exceção de “fonte independente”: a prova derivada tem concretamente duas origens – uma lícita e outra ilícita –, de tal modo que, ainda que suprimida a fonte ilegal, as provas trazidas ao processo pela fonte lícita subsistem, podendo ser validamente utilizado para todos os fins. (GOMES FILHO, 2009, p. 268).

3.1.2 Limitação da “descontaminação” (*purged taint limitation*)

Quase duas décadas depois de delinear as premissas da exceção da “fonte independente” no caso *Silverthorne v. United States*, a Suprema Corte norte-americana identificou outra situação em que a prova ilícita derivada não deve ser excluída do processo. No caso *Nardone v. United States*, a Corte entendeu que elementos probatórios podem ser admitidos no processo ainda que sua obtenção derive exclusivamente de uma situação ilícita. Seriam admissíveis as provas derivadas das ilícitas quando a obtenção de tais provas se der mediante circunstâncias

¹⁴ No caso *Segura v. United States*, 468 U.S. 768 (1984), os policiais prenderam em um restaurante uma pessoa que havia acabado de comprar drogas de Segura. O preso admitiu que havia comprado drogas de Segura, informação que foi utilizada para o requerimento de um mandado judicial. Seguindo Segura, os policiais entraram sem mandado na sua residência, avistaram objetos e provas ligados ao tráfico de entorpecentes, e ficaram dentro desta aguardando o mandado, que foi recebido somente 19 horas depois da entrada no apartamento. A maioria da Suprema Corte entendeu ser aplicável, também nesta situação, a limitação da fonte independente, porque as provas não estavam ligadas diretamente à ilegalidade praticada, mas ao mandado juridicamente obtido perante o juiz competente, com base em causa provável, sem relação de conexão com a ilicitude praticada.

¹⁵ No caso *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988), os policiais estavam vigiando Murray, pois tinham indícios de seu envolvimento com tráfico ilícito de entorpecentes. Após perceberem que ele e outros comparsas saíram de um armazém em dois veículos distintos, revistaram os veículos e apreenderam maconha. Em seguida, entraram no armazém sem mandado e encontraram grande quantidade da droga, sem, todavia, retirá-la, ficando apenas vigiando o local. Sem referência à diligência ilegal, obtiveram o mandado e apreenderam a droga. A Corte entendeu que a prova era válida, pois, ainda que os policiais não houvessem realizado a primeira violação, de qualquer forma, seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais.

que façam supor que os efeitos da ilicitude original tenham se “atenuado” ou “enfraquecido” quando o nexo causal entre a prova ilícita originária e a obtenção da prova derivada possa ser considerado como quebrado. Em tais situações, a prova derivada não seria mais considerada como “contaminada” pelo veneno da árvore, sendo, portanto, admissível no processo.

Assim, embora a prova seja ilícita, poderá ser utilizada no processo em razão de um acontecimento posterior, capaz de purgar o veneno, convalidando o vício, tornando os frutos obtidos imunes, pois haveria uma espécie de quebra do nexo causal com a árvore envenenada.

A Suprema Corte norte-americana teve outra oportunidade de se manifestar sobre a aplicação dessa doutrina da descontaminação (*purged taint doctrine*) em 1963, no caso *Wong Sun v. United States*¹⁶, no qual decidiu que “mesmo que a prova oral possa ser fruto de uma árvore envenenada e, portanto, inadmissível, tal inadmissão não se dará de forma automática, mesmo quando possa se vislumbrar nexo causal entre a ilegalidade originária e a prova derivada”¹⁷. Em outras palavras, a Suprema Corte afirmou que a prova ilícita por derivação não será automaticamente excluída do processo simplesmente em razão de

¹⁶ Danilo Knjnik, em *A doutrina dos frutos da árvore envenenada e os discursos da Suprema Corte na decisão* de 16-12-93 (p. 80-81), traz um resumo dos fatos do caso *Wong Sun v. United States*, o qual pedimos vênha para transcrever: “Agentes da polícia de narcóticos entraram, sem mandado, na residência de “A”, local em que o mesmo foi preso. “A”, de imediato, fez uma confissão, acusando “B” de ser o vendedor das drogas. “B”, ainda sem mandado, foi preso, prestando depoimentos que incriminavam “C”, também preso ilegalmente. Passados alguns dias, “C”, espontaneamente, prestou declarações aos agentes, confessando sua participação nos crimes. “A” e “B” invocaram em seu favor a doutrina dos frutos da árvore envenenada, postulando a respectiva exclusão. A Corte, aqui, acolhera o pedido. Foi quando “C” também requereu a exclusão, porque ele jamais teria confessado, se não existissem aquelas ilegalidades praticadas contra “A” e “B”. Apesar disso, contudo a Corte entendeu que a sua manifestação voluntária, praticada com respeito aos seus direitos fundamentais, fez com que a conexão entre a prisão e a confissão ficassem tão atenuadas que acabaram por dissipar o veneno. Seu ato pois, abstraiu a corrente causal gerada pela prova ilicitamente obtida”.

¹⁷ Tradução livre de: “[...] *that although verbal evidence can be fruit of a poisonous tree and therefore suppressible, suppression will not result automatically, even when a causal connection can be shown to exist between the original illegality and the discovered evidence.*”

que tal prova não seria obtida de outra forma que não através do ato ilícito originário. Afirmou a Suprema Corte que, em vez de aplicar essa exclusão automática, os tribunais, ao se depararem com tal situação, deveriam analisar se “a prova derivada a qual se faz objeção foi feita ou obtida por meio de exploração daquela ilegalidade originária ou se por meios suficientemente distintos capazes purgar tal ilicitude”.¹⁸

No caso Wong Sun, o acusado foi preso ilegalmente e interrogado, postulando, posteriormente, pela inadmissibilidade dessas declarações, afirmando que estas seriam produto de sua prisão ilegal. A Suprema Corte, ao analisar o caso, observou que, em razão de Wong Sun ter sido liberado após a aceitação da denúncia e ter retornado, voluntariamente, dias depois para prestar novas declarações, “a conexão entre a prisão ilegal e a declaração prestada ‘tornou-se tão tênue que havia dissipado o veneno’”.¹⁹ O fato de terem decorrido vários dias entre a prisão ilegal e o segundo depoimento do acusado enfraqueceram de tal forma os efeitos nefastos de sua prisão ilegal que seria pouco razoável afirmar que a confissão resultava de exploração da prisão ilegal.

Assim, a manifestação voluntária do acusado fez com que a conexão entre a prisão e a confissão ficasse tão atenuada que terminou por dissipar o veneno. O ato voluntário da parte convalidou o vício, quebrando o nexos causal da prova ilicitamente obtida com a ilegalidade originária.

Ainda sobre a “*purged taint limitation*”, como bem lembra Danilo Knijnik (1996, p.81), é preciso destacar o precedente estabelecido no caso *Brown v. Illinois*²⁰, no qual a Suprema Corte norte-americana discorreu acerca das hipóteses para a aplicação da doutrina da descontaminação: a existência de um lapso de tempo considerável entre

¹⁸ Tradução livre de: “*whether granting establishment of the primary illegality, the evidence to which instant objection has been made has been come at by exploitation of the illegality or instead by means sufficiently distinguishable to be purged of the premium taint*”

¹⁹ Tradução livre de: “*the connection between the arrest and statement ‘had become so attenuated as to dissipate the taint’*”.

²⁰ *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975).

a ilegalidade e a obtenção da prova; a intervenção de outros fatores; e o grau de ilegalidade na conduta do agente policial²¹.

3.1.3 Limitação da “descoberta inevitável”

Além das duas exceções já apresentadas, merece destaque, também, a “limitação da descoberta inevitável” (*inevitable discovery limitation*)²², segundo a qual “a prova decorrente de uma violação constitucional poderia ser admitida, conquanto ela fosse, inevitavelmente descoberta por meios jurídicos” (KNIJNIK, 1996, p. 77-78). Na descoberta inevitável, a prova tem, efetivamente, origem ilícita, mas as circunstâncias do caso fazem com que seja possível considerar, através de um juízo hipotético, que, mesmo suprimida a fonte ilícita, tal prova seria, mais cedo ou mais tarde, obtida por meios lícitos.

Essa limitação à doutrina dos frutos da árvore envenenada foi desenvolvida nos tribunais estaduais e tribunais de circuito norte-americanos, sendo expressamente adotada pela Suprema Corte no julgamento do caso *Nix v. Williams* (1984).²³ Para compreender plenamente a abordagem e as razões que levaram a Suprema Corte a adotar a doutrina da descoberta inevitável, é necessário um resumo dos fatos e dos dois julgamentos da Suprema Corte sobre o caso.²⁴

²¹ Em *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975), p. 609, o juiz associado Powell tratou a questão dos diferentes graus de ilegalidade que a conduta do agente policial pode atingir nos seguintes termos: “[...] *Application of the Wong Sun doctrine will generate fact-specific cases bearing distinct differences as well as similarities, and the question of attenuation inevitably is largely a matter of degree. [...] All Fourth Amendment violations are, by constitutional definition, ‘unreasonable.’ There are, however, significant practical differences that distinguish among violations, differences that measurably assist in identifying the kinds of cases in which disqualifying the evidence is likely to serve the deterrent purposes of the exclusionary rule. [...] In my view, the point at which the taint can be said to have dissipated should be related, in the absence of other controlling circumstances, to the nature of that taint.*”

²² Também chamada de “limitação da fonte independente hipotética” (*hypothetical independent source limitation*).

²³ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984). O presente caso também ficou conhecido como *Williams II*.

²⁴ Steven P. Grossman em “*The doctrine of inevitable discovery: A plea for reasonable limitations*” reconta com extremo detalhismo todos os fatos relacionados ao crime e aos dois julgamentos da Suprema Corte norte-americana que levaram à acolhida, por parte daquela Corte, da exceção da “descoberta inevitável”.

Na véspera do natal de 1968, uma menina de 10 anos desapareceu em Des Moines, Iowa. Pouco tempo depois de seu desaparecimento, Robert Williams solicitou a ajuda de um menor de 14 anos para carregar, até seu carro, um pacote enrolado em um cobertor. O menor, posteriormente, declarou ter visto “duas pernas magras e brancas” saindo de dentro do pacote. No dia seguinte, o carro de Williams foi encontrado em Davenport, localizada a 160 milhas a leste do local do crime. Logo em seguida, algumas peças de roupa que a polícia acreditava pertencerem à vítima e um cobertor similar ao utilizado por Williams foram encontrados a 60 milhas a leste do local do crime. Tais fatos tornaram Robert Williams o principal suspeito, levando a polícia a suspeitar que ele havia se desfeito do corpo da vítima em algum lugar entre o local do crime o ponto onde foram encontradas as peças de roupa e o cobertor. Com base em tais fatos, a polícia conseguiu um mandado de prisão em nome de Robert Williams e iniciou uma busca em larga escala pelo corpo da criança.

Em 26 de dezembro, enquanto as buscas pelo corpo estavam em curso, Williams se entregou às autoridades em Davenport, onde foi legalmente preso e denunciado pelo homicídio. Iniciaram-se os preparativos para conduzir Williams de volta a Des Moines de carro, acompanhado por dois policiais, tendo sido acordado entre a polícia e os advogados de Williams que ele não seria interrogado durante o transporte. Ambos os policiais que acompanhavam o acusado estavam cientes de tal acordo. Entretanto, durante a viagem, um dos policiais violou o acordo, conversando e questionando o acusado acerca da localização do corpo da vítima, alertando-o acerca da necessidade de encontrá-lo antes que este fosse encoberto pela neve, o que isso impediria a vítima de ter um enterro cristão²⁵. Após tal conversa, Williams levou os policiais ao local onde se encontrava o corpo da vítima.

²⁵ Steven P. Grossman em *“The doctrine of inevitable discovery: A plea for reasonable limitations”*, p. 315, traz o suposto discurso feito pelo policial que acompanhava Williams no curso da viagem, que ficou conhecido como *“Christian burial speech”*: *“I want to give you something to think about while we’re travelling down the road... They are predicting several inches of snow for tonight and I feel that you yourself are the only person that knows where this little girl’s body is... and if you get a snow on top of it you yourself may be unable to find it. And since we will be going right past the area [where the body is] on the way into Des Moines, I feel that we could stop and locate the body, that the parents of this little girl should be entitled to a Christian burial for the little girl who was snatched away from them on Christmas [E]ve and murdered[...]”*.

Com base nos fatos acima, Williams foi condenado pelo homicídio. Entretanto, a Suprema Corte (no caso *Brewer v. Williams*, também conhecido como *Williams I*) determinou que o caso fosse novamente julgado, por entender que a declaração prestada pelo acusado, no decorrer de sua viagem, violou seus direitos fundamentais²⁶, ressaltando que “provas acerca das condições nas quais o corpo foi encontrado e obtidas no local onde foi encontrado poderiam ser admitidas com base na teoria de que o corpo seria descoberto de qualquer forma”.²⁷

No segundo julgamento, já em 1977, foram utilizadas provas obtidas no corpo da vítima, que havia sido localizado como resultado direto do interrogatório ilegal ao qual o acusado foi submetido. A admissão de tais provas se baseou na tese de que o corpo da vítima teria sido encontrado mais cedo ou mais tarde, tendo em vista que as buscas pelo corpo já haviam se iniciado quando a polícia obteve, ilicitamente, do acusado, as informações acerca da localização do corpo. Em outras palavras, baseou-se na doutrina da descoberta inevitável.

Ao enfrentar o caso pela segunda vez – desta vez sob o nome de *Nix v. Williams* ou *Williams II* –, a Suprema Corte entendeu que a situação realmente configurava uma exceção à doutrina dos frutos da árvore envenenada, afirmando que o único requisito para a aplicação da exceção da descoberta inevitável seria a demonstração de que tais provas seriam inevitavelmente obtidas licitamente, ou seja, por uma fonte independente da ilícita, só não tendo sido em razão do aparecimento da prova ilícita nos autos. Ao adotar tal posição, a Suprema Corte rejeitou o entendimento dos tribunais inferiores de que, para a aplicação da

²⁶ A Suprema Corte considerou o caso como uma violação à sexta emenda – o direito ao aconselhamento técnico de um advogado. Em razão de a denúncia contra Williams já ter sido recebida, a Corte entendeu que o processo já havia se iniciado e que o acusado fazia jus à proteção oferecida pela sexta emenda.

²⁷ Tradução livre de: “*While neither Williams’ incriminating statements themselves nor any testimony describing his having led the police to the victim’s body can constitutionally be admitted into evidence, evidence of where the body was found and of its condition might well be admissible on the theory that the body would have been discovered in any event, even had incriminating statements not been cited by Williams*”.

doutrina da descoberta inevitável, havia a necessidade de demonstração da inexistência de má-fé por parte da polícia.

Ao decidir que a aplicação da exceção da descoberta inevitável tinha como único requisito a probabilidade da descoberta, a Suprema Corte não quis dizer que tal exceção pode ser utilizada com base em meras conjecturas. Pelo contrário, a parte que postula a utilização das provas ilícitas por derivação com base na doutrina da descoberta inevitável deve, com base em fatos concretos, passíveis de pronta verificação, provar que tal prova seria obtida, mais cedo ou mais tarde, por meios lícitos.

A legislação brasileira não tratava da limitação da descoberta inevitável até recentemente, tendo sido consagrada no novo parágrafo 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal²⁸. Apesar de referência expressa ao termo “fonte independente”, esse é mais um lapso do legislador, pois se trata, de fato, da descoberta inevitável, tendo em vista a utilização do verbo no futuro do pretérito. Mais uma vez, é necessário ressaltar que, apesar de importante a tal doutrina ser positivada, isso não era necessário para que ela fosse plenamente aplicável.

Conclusão

A Constituição Federal de 2008 adota garantias e princípios, e, dentre eles, o princípio da dignidade humana, que guarda relação com a proibição assegurada constitucionalmente da utilização da prova ilícita no processo, mormente considerado o princípio da não autoincriminação.

Apesar de a Constituição brasileira não ter adotado expressamente a doutrina dos frutos da árvore envenenada, esta parece ter sido encampada pela doutrina e pela jurisprudência nacional, inclusive do Supremo Tribunal Federal, em especial no processo penal, tendo em

²⁸ Art. 157, § 2º do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.690/2008: “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”.

vista a recente positivação da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação e de certas limitações a essa inadmissibilidade.

Mesmo que tenha sido desenvolvida no seio do processo penal, visando à proteção dos direitos fundamentais do indivíduo objeto de investigação e processo penais, a doutrina dos frutos da árvore envenenada, bem como suas limitações, é plenamente aplicável ao processo civil. O dispositivo constitucional que veda a utilização das provas obtidas ilicitamente não fez qualquer distinção ou especificação, razão pela qual a proteção dele decorrente deve ser estendida a qualquer tipo de processo, penal, cível, trabalhista e administrativo. A simples razão de o dispositivo em questão ter sido regulamentado no bojo da reforma do Código de Processo Penal não o torna inaplicável ao processo civil.

Além de tudo, o caráter publicista do processo civil brasileiro faz com que qualquer objeção à aplicabilidade da doutrina dos frutos da árvore envenenada caia por terra. É certo que as características específicas do processo civil devem ser consideradas na determinação da admissibilidade das provas ilícitas, originárias ou derivadas. Ainda que seja mais difícil vislumbrar exemplos práticos de efetiva aplicabilidade da doutrina dos frutos da árvore envenenada e de suas limitações no direito processual civil, isso não significa, automaticamente, a inaplicabilidade da teoria.

Assim, toda a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana sobre as limitações da doutrina dos frutos da árvore envenenada, mesmo tendo sido construída em casos criminais, pode ser invocada como fundamento da decisão que admite ou inadmite determinado meio de prova ilícito por derivação em um processo civil, a fim de excluir a contaminação da prova derivada e torná-la lícita para todos os fins.

No entanto, é preciso lembrar que, caso não seja possível aplicar nenhuma das limitações e a prova seja reconhecida como ilícita, ou derivada de uma prova ilícita, é possível que esse meio probatório seja admitido no processo – penal, civil, trabalhista etc. –, considerando as circunstâncias do caso concreto; desde que o direito à prova ou o valor

a ser por ele tutelado se mostre mais relevante em um balanceamento de interesses e dos valores constitucionais em conflito, através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Referências

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. Buenos Aires: Víctor P. Zavallía, 1970. t. I.

FEERAJOLI, Luigi. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Alexandre Salim e Hermes Zaneti. In: TEMAS atuais do direito: estudos em homenagem aos 80 anos do curso da UFES. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 512-532. (No prelo).

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 9.6.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 261-278.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GROSSMAN, Steven P. The doctrine of inevitable discovery: a plea for reasonable limitations. **Dickinson Law Review**, v. 92, n. 2, Winter 1988.

KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore envenenada” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. **Ajuris**: Revista

da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 23, v. 66, p. 69-97, mar. 1996.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Brown v. Illinois**, 422 U.S. 590 (1975). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/422/590/case.html>> Acesso em: 10 fev. 2012.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Murray v. United States**, 487 U.S. 533 (1988), Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/487/533/case.html>> Acesso em: 22 fev. 2012.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Nardone v. United States**, 308 U.S. 338 (1939). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/308/338/case.html>>. Acesso em: 02 fev. 2012.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Nix v. Williams**, 467 U.S. 431 (1984). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/467/431/case.html>> Acesso em: 12 mar. 2012.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Segura v. United States**, 468 U.S. 768 (1984). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/468/796/case.html>> Acesso em: 12 mar. 2012.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States**, 251 U.S. 385 (1920). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/251/385/case.html>> Acesso em: 12 mar. 2012.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Wong Sun v. United States**, 371 U.S. 471 (1963). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/371/471/case.html>> Acesso em: 22 fev. 2012.

Recebido em: 05/03/2012

Aprovado em: 24/04/2012