



FACULDADE EVANGÉLICA DE GOIANÉSIA
CURSO DE DIREITO

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM MATÉRIA PENAL: A
TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS**

MIRIAN ANGELITA DE SOUZA

GOIANÉSIA-GO
2017

MIRIAN ANGELITA DE SOUZA

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM MATÉRIA PENAL: A
TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS**

GOIANÉSIA-GO

2017

MIRIAN ANGELITA DE SOUZA

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM MATÉRIA PENAL: A
TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS**

Artigo Científico apresentado junto ao
Curso de Direito da FACEG -
Faculdade Evangélica de Goianésia,
como exigência parcial para a obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Rodrigo Cabral

GOIANÉSIA-GO

2017

MIRIAN ANGELITA DE SOUZA

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM MATÉRIA PENAL: A
TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS**

Goianésia, Goiás, ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Professor / FACEG

Professor Orientador

NOTA

Professor(a):

/FACEG

NOTA

Professor(a):

/FACEG

NOTA

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho, em primeiro lugar, à Paula Pillar minha filha e ao meu esposo Francisco Enoque Pereira do Nascimento.

AGRADECIMENTO

Eu quero agradecer primeiro a Deus pela minha vitória, aos meus familiares, e aos meus professores que foram meus mestres e amigos que de alguma forma compartilharão seus conhecimentos.

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM MATÉRIA PENAL: A TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS

Mírian Angelita de Souza¹
Rodrigo Cabral²

RESUMO: Este estudo tem como tema a teoria da árvore dos frutos envenenados dentre os direitos e garantias fundamentais, em matéria penal, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. A indagação que se buscou responder foi: a aplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados contribui plenamente com a concretização das previsões garantistas da Constituição Federal, de 1988, no Brasil no campo processual penal de forma a impedir condenações abusivas e arbitrárias? O objetivo geral foi compreender de que forma a teoria da árvore dos frutos envenenados, implícita no art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, é aplicada no Estado brasileiro. Os objetivos específicos foram: esclarecer sobre os direitos e garantias fundamentais atribuídos pela Constituição Federal de 1988, sobretudo aqueles referentes ao processo penal; investigar sobre as provas no processo penal, abrangendo aspectos históricos e atuais; examinar a jurisprudência brasileira quanto à aplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados. A metodologia aplicada foi a pesquisa bibliográfica, com linha dedutiva e abordagens descritiva, analítica e crítica. Dentre as conclusões alcançadas é possível apontar a de que embora a real necessidade de ponderação em situações específicas de sua aplicação, como no caso de sequestros em andamento, a não aplicação da teoria em questão não pode permitir a juridicidade legítima de arbitrariedades e abusos do Poder Público na punibilidade penal.

PALAVRAS-CHAVE: Provas Ilícitas. Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados. Constitucionalização do Direito Processual Penal. Garantismo Penal.

¹ Mirian Angelita de Souza - Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Goianésia.

² Rodrigo Cabral – Professor Orientador

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como foco a compreensão da teoria da árvore dos frutos envenenados com relação aos direitos e garantias fundamentais em matéria penal, abrangendo os âmbitos do Direito Constitucional e do Direito Processual Penal. O tema escolhido se justifica na medida em que a aplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados passou a ser acolhida apenas recentemente na história jurídica brasileira, mais apropriadamente a partir do ano de 1996, de forma que sua compreensão ainda carece de estudos específicos que considerem o sistema garantista implantado constitucionalmente.

Desse modo, a problematização da pesquisa é: a aplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados contribui plenamente com a concretização das previsões garantistas da Constituição Federal, de 1988, no Brasil no campo processual penal de forma impedir condenações abusivas e arbitrárias?

Com efeito, é preciso considerar que a Carta Magna vigente no Estado brasileiro veio findar um período em que imperava o autoritarismo da ditadura militar, no qual os acusados do processo penal não eram revestidos de direitos nem garantias apropriados ao sistema democrático atual. Assim, com a redemocratização do Estado brasileiro, o processo penal passou a ser revestido de direitos e garantias destinados aos acusados, a fim de se buscar a maior legitimidade possível para o poder de punir penalmente os indivíduos (LENZA, 2015).

O objetivo geral do estudo é compreender de que forma a teoria da árvore dos frutos envenenados, implícita no art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, é aplicada no Estado brasileiro. Os objetivos específicos são: esclarecer sobre os direitos e garantias fundamentais atribuídos pela Constituição Federal de 1988, sobretudo aqueles referentes ao processo penal; investigar sobre as provas no processo penal, abarcando aspectos históricos e atuais; examinar a jurisprudência brasileira quanto à aplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados.

A pesquisa é construída em formato de artigo científico e é dividida em três partes ou tópicos. O primeiro Tópico tem como objeto a Constituição Federal de 1988 e sua perspectiva garantista quanto ao direito processual penal. Busca-se demonstrar, nesse momento do estudo, a amplitude dos direitos e garantias

fundamentais inaugurados pela atual Carta Magna brasileira, em virtude do processo de redemocratização do Estado, bem como, as diferenças entre os direitos e as garantias fundamentais, com vistas ao aspecto garantista que passou a se evidenciar no Direito Processual Penal.

Já o segundo Tópico tem por escopo a verificação da teoria da árvore dos frutos envenenados como direito-garantia fundamental, assegurado constitucionalmente. Essa parte da pesquisa se inicia com a análise do conceito de provas, e seu papel no processo penal. Para tanto, são apresentados aspectos históricos da evolução das provas e do processo penal, de forma geral, e, também com pontos específicos brasileiros. Mais adiante, se adentra ao assunto da teoria da árvore dos frutos envenenados, propriamente, com vistas à obrigatoriedade da licitude das provas, conforme determina o art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988.

O terceiro Tópico é dedicado à análise jurisprudencial brasileira acerca da aplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados, na seara do processo penal. Nesta parte da pesquisa são apontadas questões delicadas e polêmicas referentes ao tema, como o princípio da proporcionalidade, ou teoria da razoabilidade ou do interesse predominante, assim como, o que tange à denúncia anônima.

A metodologia aplicada é a pesquisa bibliográfica, ou compilação bibliográfica. A linha de pesquisa é a dedutiva, e, as abordagens são descritiva, analítica e crítica. São utilizados doutrinadores como Guilherme de Souza Nucci (2014), Vicente Greco Filho (2012 e 2016), André Ramos Tavares (2012), José Afonso da Silva (2013), Paulo Bonavides (2013), entre outros constitucionalistas e autores da esfera processual penal. Quanto à legislação que se vale como fonte de estudo se destacam a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal. No que se refere ao exame jurisprudencial, são examinados entendimentos do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais, e, Tribunais de Justiça Estaduais.

1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA PERSPECTIVA GARANTISTA QUANTO AO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Esta parte da pesquisa se propõe a apresentar uma noção da perspectiva do Direito Processual Penal no âmbito da Constituição Federal de 1988, com ênfase nos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal. Do mesmo modo, este Tópico do artigo científico busca compreender o que são os direitos e garantias fundamentais presentes nesse documento normativo e que influenciam a esfera processual penal.

A Constituição Federal de 1988 é a norma jurídica, vigente no Estado brasileiro, revestida de maior supremacia, e, estabelece os principais elementos do Estado (SILVA, 2013). Tal assertiva demonstra que a Constituição Federal de 1988 possui tamanha hierarquia que todos os demais documentos normativos devem ser convergentes aos seus preceitos, pois é nela que se encontra disposições que revelam o Estado que se pretende construir.

Nesse aspecto, destacam-se as seguintes considerações de Tavares (2012, p. 88):

Substancialmente, a Constituição é o conjunto de normas organizacionais de determinada sociedade política. É o que ocorre, na concepção constitucionalista moderna, com as normas de organização do Estado, as normas de limitação do poder e os direitos humanos, enfim, os componentes estruturais mínimos de qualquer Estado. Juridicamente, esse conceito identifica algo que há de estar presente em todo Estado, uma vez que remete a elementos mínimos de sua estruturação.

A ponderação sobre as colocações do autor supracitado vislumbram o entendimento de que a Constituição se compõe de normas que organizam a sociedade, constando de componentes estruturais mínimos necessários a qualquer Estado. Dentre tais questões tratadas constitucionalmente estão a limitação do exercício do poder e os direitos fundamentais dos membros da respectiva sociedade, que se manifestam juridicamente no mais alto nível normativo.

No mesmo sentido, Mendes e Branco (2012, p. 57) explicam que a “Constituição assume a missão de organizar racionalmente a sociedade, especialmente na sua feição política. É o estatuto do poder e o instrumento jurídico com que a sociedade se premune contra a tendência imemorial” dos abusos de governantes.

Para esses autores, é na Constituição que se expressam as reivindicações essenciais da vida em coletividade, de modo que “retratam os

princípios que devem servir de guia normativo para a descoberta e a construção do bem comum” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 58).

Por conseguinte, os direitos e garantias indispensáveis à sociedade, individuais e coletivos, estão previstos constitucionalmente, como leciona Padilha (2014, p. 61), que ainda acrescenta sobre a Carta Magna que vigora no Estado brasileiro:

A atual Constituição é, acima de tudo, uma carta de esperança por dias melhores. Abarca direitos nunca antes tratados em textos constitucionais anteriores, é a carta mais completa da história no tocante aos direitos individuais, coletivos e sociais, é a Constituição que mais trouxe ações para tutelar esses direitos e também ampliou o âmbito de controle de constitucionalidade das leis, com o objetivo de garantir maior segurança ao sistema normativo. Não se pode negar que se trata de uma Constituição dirigente, possuindo dispositivos extremamente abertos que dependem da atuação do legislador infraconstitucional para implementação dos direitos.

Depreende-se da citação em análise que a Constituição Federal de 1988 se mostra como verdadeira quebra de paradigmas, especialmente, no que se refere aos direitos e garantias que o Estado assegura aos seus membros. A Constituição Federal de 1988 ainda dispôs de maneira inovadora acerca do controle de constitucionalidade, de forma a garantir a segurança do sistema normativo. Logo, é lícito dizer que, com o advento da atual Carta Magna, além da ampliação de direitos e garantias fundamentais, estes também passaram a ter maior proteção, pois a lei não pode ofender tais previsões.

Entretanto, é preciso considerar que há certa confusão na distinção do que são os direitos fundamentais e no que são as garantias. Se por um lado o direito pode ser considerado como uma faculdade, reconhecida normativamente, de praticar ou não certos atos, por outro lado, as garantias asseguram o exercício dos direitos, firmando-lhes segurança, segundo Miranda *apud* Bonavides (2013, p. 544) que ainda apresenta as seguintes lições:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jus racionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

De acordo com a citação em análise é possível afirmar que os direitos fundamentais são o reconhecimento da liberdade em praticar, ou não, certos atos, e, essa liberdade é assegurada por meio das garantias fundamentais. Em outras palavras, os direitos fundamentais são o reconhecimento jurídico das liberdades que o Estado deve assegurar aos seus membros, enquanto as garantias fundamentais são os instrumentos chamados para que essas liberdades não sejam reprimidas. Dessa forma, as garantias fundamentais tomam seu lugar em face à lesão ou ameaça de lesão dos direitos fundamentais, sendo, portanto, tidas como acessórias ou adjetivas dos direitos fundamentais.

Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 declara o reconhecimento de uma série de direitos, e, também estabelece as garantias necessárias para dar segurança a tais direitos, abrangendo diversos ramos jurídicos. Consequentemente, existem direitos e garantias que podem ser enquadrados na área do Direito Ambiental, do Direito de Família, do Direito do Trabalho, do Direito Penal, entre outros.

A esse respeito, Barroso (2009, p. 377) afiança que “a Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de Direito Penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria”. No entanto, tem-se que a Constituição Federal de 1988, além de influenciar diretamente no aspecto material da legislação penal, também alcança a esfera processual desse âmbito jurídico, inclusive, por meio de garantias fundamentais relativas ao processo penal. Isto é, a Carta Magna em vigor no Estado brasileiro atribui questões pontuais específicas tanto na área de Direito Penal, como do Direito Processual Penal, sobretudo quanto aos direitos e garantias fundamentais.

Nesse cenário, Nucci (2014, p. 56-57) discorre:

O direito à liberdade física é fundamental. Para amparar tal direito, surge a garantia de que ninguém será levado ao cárcere sem o devido processo legal. Para dar-se um regular processo constitucional, surge a garantia da ampla defesa, que, por sua vez, é garantida pelo contraditório. O devido processo legal também é garantido pelo direito à prova e pela não admissão, no processo, das provas ilícitas. [...] Possivelmente porque existe tal possibilidade de confusão entre direitos e garantias.

Conforme o autor supracitado, a necessidade de proteger a liberdade dos indivíduos perante o Estado, ainda que reconhecida como um direito fundamental,

justifica a previsão de garantias quando de um processo penal. Embora ainda exista conflito doutrinário sobre o que é direito e o que é garantia nesse campo, como aponta Nucci (2014), o certo é que nenhum indivíduo poderá ser julgado e cumprir pena caso os direitos e garantias fundamentais da esfera penal tenham sido violados.

Como esclarece Lopes Júnior (2016, p. 36), “existe uma íntima relação e interação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena”. Para esse autor, o processo penal se mostra como um caminho condicionante ao exercício do poder de punitivo do Estado à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal, dentre as quais devem ser observadas todas as garantias e direitos fundamentais que se inserem nesse âmbito jurídico.

Isso significa que as garantias fundamentais na esfera penal e processual penal, assim como os direitos fundamentais, são de observância essencial para que o Estado possa exercer seu poder punitivo.

Segundo Dezem (2016, p. 07), trata-se do garantismo penal, que envolvem direitos e garantias fundamentais tidas “como limitações ao abuso do poder estatal, como limitações ao poder absoluto”. Ou seja, limitam a atuação do Estado no exercício do poder punitivo, a fim de se evitar abusos e punições desnecessárias ou arbitrárias.

Nesse sentido, Reis e Gonçalves (2016, p. 92) entendem que tais direitos e garantias se vislumbram como verdadeiros princípios do processo penal, e salientam que “o legislador, sempre que aprovar novas leis processuais penais, deverá dimensioná-las dentro dos limites de referidos princípios, sob pena de serem taxadas de inconstitucionais”. Logo, sempre que uma nova lei processual penal for elaborada devem ser fielmente observados todos os direitos e garantias fundamentais que são preceituados pela Constituição Federal de 1988, considerando a supremacia desse documento normativo.

Távora e Alencar (2016, p. 13) asseveram:

que o direito processual penal “é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”.

Ocorre que sendo a Constituição Federal de 1988 o documento normativo de maior hierarquia no sistema jurídico brasileiro, suas disposições tomam ênfase na medida em que passa a delimitar o exercício do poder estatal, o que abarca a esfera processual penal. Em consonância às considerações de Távora e Alencar (2016) o processo penal se constitui na aplicabilidade de princípios e normas que regem a função jurisdicional criminal, e, tais princípios e normas que advêm da Constituição Federal de 1988 representam o sistema de valores filosóficos, sociológicos e éticos que devem ser, invariavelmente, interpretados e aplicados inovando e fortalecendo o sistema.

Com efeito, um sistema penal que não assegura os direitos e garantias dos indivíduos, quando do processo penal, não se enquadra aos preceitos do Estado Democrático de Direito. Nessa linha de ideias, destacam-se as lições de Nucci (2014, p. 58):

Os direitos fundamentais, pois, constituem-se de direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, exaltados na Constituição, e são os indispensáveis ao pleno desenvolvimento do homem e do cidadão, especialmente frente ao Estado, que tem por obrigação não somente respeitá-los, mas também assegurá-los e protegê-los. As garantias fundamentais são os instrumentos constitucionais colocados à disposição dos indivíduos e das instituições para fazer valer os direitos fundamentais.

É certo que os direitos e garantias fundamentais são essenciais para que o Estado possa assegurar a convivência social, com vistas à ordem e à paz, sem prejuízo ao pleno desenvolvimento do homem. A par disso, e levando em consideração que a Constituição Federal de 1988 institui o Estado Democrático de Direito, a proteção e defesa dos direitos e garantias fundamentais não pode ser excluída do processo criminal. Dessa forma, independentemente da nomenclatura se tratar de um direito, de uma garantia, ou um direito-garantia, que a Constituição preceitua, o Estado tem, por obrigação, o dever de assegurar.

Por seu turno, Lima (2016, p. 11) acredita que o fato da liberdade de locomoção do cidadão funcionar “como um dos dogmas do Estado de Direito, é intuitivo que a própria Constituição Federal estabeleça regras de observância obrigatória em um processo penal”.

Logo, os direitos e garantias instituídos constitucionalmente devem ser considerados como instrumentos que tutelam a liberdade dos indivíduos em face ao

poder desmensurado do Estado de punir em limitar tal direito, assim como, à aplicação de outras penas.

Oliveira (2011) coaduna com esse entendimento e ainda rementem á mudança de perspectiva que a Constituição Federal 1988 introduziu ao sistema processual penal no Estado brasileiro da seguinte maneira:

Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." (art. 52, LVII).[...] A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido; prioritariamente como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além, e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado (OLIVEIRA, 2011, p. 08).

Observa-se nas colocações do autor supracitado que até o advento da Constituição Federal, de 1988, o processo penal era conduzido no sentido de considerar a culpabilidade e periculosidade do agente, exclusivamente. No entanto, o surgimento da nova Carta Magna tornou o sistema amparado em direitos e garantias em face ao poder estatal exacerbado, findando um período em que o autoritarismo e os abusos estatais prevaleciam nessa seara.

Portanto, é a Constituição Federal de 1988 um marco jurídico que em que o Estado passa de abusivo e autoritário, capaz de ignorar os requisitos essenciais para um processo justo, para um Estado que assegura os direitos e as garantias fundamentais de todos os indivíduos, inclusive os acusados e condenados penalmente.

Nessa égide, Lima (2016, p. 10) afiança que “o Direito Penal não é um direito de coação direta”, de modo que o processo, bem como os direitos e garantias fundamentais relacionados, são de imprescindível observação na interpretação e aplicação nas regras do processo penal. Mais adiante, o mesmo autor acrescenta:

É daí que sobressai a importância do processo penal, pois funciona como instrumento do qual se vale o Estado para a imposição de sanção penal ao possível autor do fato delituoso. Mas o Estado não pode punir de qualquer maneira. Com efeito, considerando-se que, da aplicação do direito penal pode resultar a privação da liberdade de locomoção do agente, entre outras penas, não se pode descuidar do necessário e indispensável respeito a direitos e liberdades individuais que tão caro custaram para serem reconhecidos e que, em verdade,

condicionam a legitimidade da atuação do próprio aparato estatal em um Estado Democrático de Direito. [...] Há de se buscar, portanto, um ponto de equilíbrio entre a exigência de se assegurar ao investigado e ao acusado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade de maior efetividade do sistema persecutório para a segurança da coletividade (LIMA, 2016, p. 11-12).

Como se nota, a inovação jurídica no campo do processo penal, nascida com o surgimento da Constituição Federal de 1988, encontra uma questão pontual: a realização da punibilidade, em prol da proteção e segurança da coletividade, ao mesmo tempo em que se asseguram direitos e garantias fundamentais dos acusados criminalmente durante a fase do processo penal. Esse dilema, para ser solucionado, exige equilíbrio e ponderação para que haja maior efetividade do processo, de modo a proporcionar tanto a segurança da coletividade como o exercício de direitos e garantias fundamentais que caracterizam o processo penal.

Gonçalves (2016, p. 94), ao dispor sobre os preceitos constitucionais denota ao art. 157 do Código de Processo Penal, com introdução do texto que lhe foi dado pela Lei nº 11.690/2008, que determina que “as provas ilícitas devem ser desentranhadas, assim entendidas aquelas obtidas com violação a preceitos constitucionais ou legais, bem como aquelas que lhe são derivadas”. Destarte, as provas que fundamentam um processo penal, e a posterior condenação, com vistas aos preceitos constitucionais em vigor, devem ser revestidas de legitimidade e licitude.

Entretanto, a questão das provas no processo penal, especialmente o que se refere à teoria da árvore dos frutos envenenados, é aprofundada no próximo Tópico desta pesquisa.

2. A TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS COMO DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL

Tendo em mente que os direitos e garantias fundamentais que se inserem no âmbito processual penal são plenamente convergentes aos preceitos emanados do Estado Democrático de Direito, esta parte da pesquisa se volta para o exame teórico da teoria da árvore dos frutos envenenados que participa da questão das

provas. Sob o prisma da legislação vigente e entendimentos doutrinários, busca-se a realização de uma análise fundamentada cientificamente sobre esse ponto que abrange tanto o Direito Constitucional como o Direito Processual Penal.

Para dar início ao estudo proposto neste tópico da pesquisa, ressaltam-se as considerações de Tourinho Filho (2012, p. 231-232), a respeito das provas:

É sabido, diz Brichetti, que a finalidade do Direito Processual, em geral, e do Direito Processual Penal, em particular, é reconhecer e estabelecer uma verdade jurídica. Tal fim se alcança por meio das provas que se produzem e se valoram segundo as normas prescritas em lei (*L'evidenza*, cit., p. 7). Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. E o instrumento de verificação do *themaprobandum*. Às vezes, emprega-se a palavra prova com o sentido de *ação de provar*. Na verdade, provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não.

Abstrai-se dessa citação que as provas são elementos essenciais de um processo, pois, são por meio delas que se encontra a verdade dos fatos que geraram o conflito a ser solucionado pelo Poder Judiciário. Dessa forma, as provas, no âmbito do processo penal, é que irão apontar a veracidade das acusações sobre determinado crime, suas circunstâncias e peculiaridades, a fim de fundamentar a condenação ou absolvição do acusado. Ou seja, somente após a análise de todas as provas, produzidas pelas partes envolvidas ou pelo próprio juiz, é que se alcança a verdade capaz de fundamentar a aplicação de uma sanção penal.

No mesmo sentido, Lopes Júnior (2016, p. 411) afirma que “o processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico”. Isso significa que a ideia de processo penal se consubstancia na instrução do julgador, de forma que se proporcione a reconstrução histórica dos fatos que participam do crime em questão. Ou seja, “as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime)” (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 411).

Não obstante, Dezem (2016, p. 18) assevera que as provas “podem afastar ou reconhecer um fato como elemento hábil para a formação da convicção”. Com efeito, a reconstrução de fatos passados que estão relacionados ao crime em

cada caso concreto pode tanto servir para a condenação ou absolvição do acusado, a depender do convencimento do juiz.

Reis e Gonçalves (2016, p. 290) afirmam que “prova é o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância”, e acrescentam:

A dedução em juízo da pretensão punitiva pressupõe que o autor atribua ao réu a prática de determinada conduta típica, daí por que é correto dizer que a acusação sempre estará fundada em um ou mais fatos. A conclusão, pelo juiz, acerca da veracidade da acusação, portanto, subordina-se à constatação da existência de fatos pretéritos, sobre cuja ocorrência não há, em princípio, certeza. A convicção do julgador, contudo, não pode repousar em critérios arbitrários, devendo advir, necessariamente, de construção lógica, o que reclama a análise de elementos aptos a transmitir informação relativa a um fato. É a esses elementos que se dá a denominação de prova.

Observa-se que para esses autores a prova se evidencia como requisito imprescindível para o convencimento do juiz, pois, é por meio dela que se verifica a prática de uma conduta tipificada na norma penal. Ademais, a construção dos fatos que envolvem o crime em questão, a partir de uma linha lógica, não pode se valer de critérios arbitrários, já que assim, uma condenação não baseada em provas não pode ser considerada legítima. Logo, a análise desses elementos, isto é, das provas, é essencial para que uma condenação penal seja válida.

Cumprido salientar que a característica do processo penal da instrumentalidade revela que esse “é o meio para fazer atuar o direito material penal, consubstanciando o caminho a ser seguido para a obtenção de um provimento jurisdicional válido” (TÁVORA E ALENCAR, 2016, p. 14). Desse modo, é possível dizer que as provas, no âmbito do processo penal, é que fornecem subsídios para a materialização do Direito Penal de forma válida.

Contudo, é preciso considerar que as provas nem sempre tiveram o papel que atualmente ocupam dentro de um processo penal. Por sua vez, Oliveira (2011, p. 327-328) tece os seguintes apontamentos históricos a respeito do assunto:

Ao longo de toda a sua história, o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade, desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que o acusado submetia-se a determinada prova física (ou suplício), de cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão, até a

introdução da racionalidade nos meios de prova.[...] O Direito, em geral, e, mais especificamente, a partir do século XVIII, com a evolução da processualização da jurisdição, o processo penal, sempre se ocupou da reconstrução judicial dos fatos tidos por delituosos. Ora com a preocupação voltada exclusivamente para a satisfação dos interesses de uma não bem definida segurança pública, ora com a atenção também dirigida para a proteção dos interesses do acusado, sobretudo quando este passou a ocupar a posição de sujeito de direitos no processo, e não de objeto do processo.

Conforme se verifica, nos apontamentos do autor supracitado, a preocupação com o alcance da verdade dos fatos sempre foi uma constante no Direito. Entretanto, isso não significa que ao longo da história do Direito a obtenção de elementos necessários para o convencimento do julgador aconteceu de forma legítima, ou até mesmo, racional. Fato histórico que confirma esse entendimento é a utilização das ordálias que eram consideradas provas da inocência ou culpa do acusado, bem como a aceitação dos juízos de deus, ou deuses.

Ainda sobre a análise da citação de Oliveira (2011), tem-se que foi somente a partir do século XVIII que as provas começaram a tomar os contornos atuais, por meio da evolução do processo judicial. Essa transformação tem como que marca a construção do processo penal, até a forma como na contemporaneidade se encontra, teve momentos em que a preocupação foi a segurança pública, ainda que não bem resolvida, e, especialmente, a mudança de perspectiva com relação ao acusado, que passou de objeto do processo para sujeito de direitos no processo.

A par desses aspectos relacionados à evolução das provas e do processo penal ao longo da história do Direito, abstrai-se que ambas as questões se voltaram para uma perspectiva mais favorável ao acusado, buscando proporcionar condições mais concretas para um julgamento justo. Destarte, o autoritarismo do Estado, que imperou até o século XVIII, e que também esteve presente no Estado brasileiro em tempos de ditadura militar, findado apenas com a redemocratização advinda com a Constituição Federal de 1988, é divergente da ideia de direitos e garantias do acusado no âmbito penal.

Nesse ímpeto, Bulos (2014, p. 500) informa que a Constituição Federal de 1988 “previu princípios fundamentais, ao contrário das constituições pregressas, que não demarcaram, logo no intróito, as garantias do homem e da sociedade”. Ou seja, enquanto as Constituições pretéritas às de 1988 não se dispunham à estabelecer

garantias dos indivíduos e da sociedade, em relação ao próprio Estado, a nova Carta Magna as reserva logo de início, inclusive, por meio de princípios fundamentais. No mesmo sentido, Greco Filho (2012, p. 24) assevera que todas as disposições “constitucionais de direitos supõem a existência de alguns direitos básicos da pessoa humana, os quais pairam, inclusive, acima do Estado, porquanto este tem como um de seus fins principais a garantia desses direitos”.

Isso exposto, ressaltam-se as considerações de Nucci (2014, p. 303) sobre as provas, na perspectiva atual do processo penal no Estado brasileiro:

São todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo. Na lição de CLARIÁ OLMEDO, é o método ou procedimento pelo qual chegam ao espírito do julgador os elementos probatórios, que geram um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso [...]. Os meios de prova podem ser lícitos – que são admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos – contrários ao ordenamento. Somente os primeiros devem ser levados em conta pelo juiz. Em relação aos meios ilícitos, é preciso destacar que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito.

De acordo com a citação em análise, as provas no processo penal na atualidade jurídica brasileira são voltadas para a busca da verdade dos fatos, quando de uma acusação penal. Ademais, considerando que as provas é que irão fundamentar a decisão do magistrado, bem como o fato de que o Brasil é instituído como um Estado Democrático de Direito, somente serão válidas para o processo penal as provas que se enquadram como lícitas. Logo, toda prova ilícita deve ser excluída do processo, sejam elas as que desobedecem os comandos normativos explícitos ou implícitos, sendo que nestes, abrangem os princípios estabelecidos, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a necessidade de que as provas sejam lícitas no processo penal se vincula ao fato de que as leis brasileiras são elaboradas pela própria sociedade, ainda que por meio de seus representantes, de modo a limitar o exercício estatal de punir, em vistas ao histórico de arbitrariedades e autoritarismo que já vigorou. Isto é, não pode o Estado punir penalmente um indivíduo sem que haja fundamentação em provas, cuja produção se encontre plenamente condizente com a ordem normativa vigente.

Nesse cenário, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVI, determina dentre os direitos e garantias fundamentais que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 2017, *online*). Isso demonstra que o constituinte de 1988 se atentou em assegurar que ninguém será condenado penalmente pelo Estado com base em provas ilícitas.

Lima (2016, p. 113), por seu turno, analisa a referida disposição constitucional da seguinte forma:

Logicamente, caso uma determinada prova tenha sido produzida com violação a normas de direito material, há de ser reconhecida sua ilicitude (CF, art. 5º, LVI), com o seu conseqüente desentranhamento dos autos, bem como de todas as demais provas que com ela guardem certo nexos causal (**teoria dos frutos da árvore envenenada**). Isso, todavia, não significa dizer que todo o inquérito será considerado nulo. Afinal, é possível que constem da investigação policial elementos de informação que não foram contaminados pela ilicitude originária (teoria da fonte independente). (grifo nosso).

A leitura da citação em comentário permite o entendimento de que não apenas a prova ilícita é proibida, mas também as demais provas que tenham certo nexos causal, ou ligação com a prova ilícita. Trata-se de um direito-garantia estabelecido como fundamental, pela Constituição Federal de 1988, que constitui a teoria dos frutos da árvore envenenada. Em outras palavras, as provas lícitas que tenham sido produzidas a partir de uma prova ilícita, não são consideradas no âmbito do processo penal. Contudo, cumpre salientar que nesses casos, o que é tido como inválido se refere apenas às provas, e não ao processo ou ao inquérito, desde que os mesmos não tenham tido origem numa ilicitude originária, ou seja, não se pautem exclusivamente em elementos contaminados.

No mesmo sentido, o art. 573, § 1º, do Código de Processo Penal em vigor no Estado brasileiro dispõe que “A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência” (BRASIL, 2017, *online*). O referido dispositivo legal, dessa maneira, determina a nulidade de atos em um processo penal sempre que os mesmos dependam ou sejam consequência de um ato nulo. Nesse caso, provas que estejam vinculadas a uma prova ilícita, devem, portanto, ser também anuladas do processo.

Sendo assim, conforme apontam Távora e Alencar (2016, p. 164), “caso o ato não seja repetido, ainda que por impossibilidade, a sua valoração na sentença

ensejará a nulidade do processo”. Logo, vislumbra-se a possibilidade de que a prova ilícita que contamina as demais em uma ação penal, caso não seja produzida novamente, de forma lícita, pode gerar, até mesmo, a anulação de todo o processo.

Avultam-se ainda as disposições constantes no art. 157, do Código de Processo Penal, introduzidas por meio da Lei nº 11.690, de 2008, e denotadas por Lima (2016):

Art. 157³. 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.

A teoria da árvore envenenada, contida nos termos legais em comento, determina que havendo nexo de causalidade entre uma prova ilícita e as demais, estas deverão ser refeitas de maneira que independem daquela, para que então possam ser consideradas válidas para o processo.

Em outras palavras, todas as provas do processo devem ser lícitas, e caso haja alguma prova ilícita que contamine as demais, deve-se buscar a nova produção de provas que sejam independentes daquela que, por si só, já é considerada nula por decisão judicial e desentranhada do processo, sob pena de contaminar toda a ação que nela se fundamenta.

Lopes Júnior (2016, p. 476) acrescenta sobre a teoria da árvore dos frutos envenenados:

O princípio da contaminação tem sua origem no caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, em 1920, tendo a expressão *fruit so the poisonou stree* sido cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nardone v. United States*, em 1937. Na decisão, afirmou-se que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”. A lógica é muito clara, ainda que a aplicação seja extremamente complexa, de que se a árvore está

³ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988

envenenada, os frutos que ela gera estarão igualmente contaminados (por derivação).

Segundo o autor supracitado, a teoria da árvore dos frutos envenenados, teve sua origem nos Estados Unidos, e, com ela nasceu o princípio da contaminação. As lições de Lopes Júnior (2016) ainda demonstram que esse princípio se relaciona diretamente com a proteção do direito da liberdade pessoal, de modo que não pode o Estado punir um indivíduo com base em um poder arbitrário, que admite a quebra da lei para a condução de uma condenação que distorce a norma democrática.

Como exemplo prático da teoria da árvore dos frutos envenenados, ou do princípio da contaminação, Dezem (2016, p. 212) coloca a seguinte situação: “se por meio de interceptação telefônica sem autorização judicial chega-se a outra prova, está também será ilícita por derivação daquela”. Ou seja, caso uma prova só seja produzida em face a uma interceptação telefônica sem autorização judicial, ilegal, a mesma não poderá ser utilizada no processo penal.

Em consonância a isso, Lima (2016, p. 56) explana sobre ao direito fundamental que consiste na não produção de provas contra si mesmo, que pode, caso violado, incorrer no princípio da contaminação:

Diante do teor expresso do art. 5º, LXIII, da CF, segundo o qual o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, não nos convence a tese de que não é necessária a advertência quanto ao direito ao silêncio sob o argumento de que ninguém pode alegar o desconhecimento da lei. Com o objetivo de se evitar uma autoincriminação involuntária por força do desconhecimento da lei, deve, sim, haver prévia e formal advertência quanto ao direito ao silêncio, sob pena de se macular de ilicitude a prova então obtida. O acusado deve ser advertido, ademais, que o direito ao silêncio é uma garantia constitucional, de cujo exercício não lhe poderão advir consequências prejudiciais.

O direito ao silêncio, que integra a noção de não produção de provas contra si mesmo, é assegurado constitucionalmente. Assim, uma auto incriminação involuntária, que tenha sido obtida ilegalmente, e, considerada ilegal, não pode ser aceita no processo penal. Todavia, isso não significa que toda confissão é ilegal ou ilícita, de modo a corromper ou contaminar as demais provas que dela emanam, mas sim, é ilícita e nula apenas aquela confissão em que tenha sido obtida ilegalmente, o que abrange a não advertência quanto ao direito ao silêncio.

Por outro lado, Távora e Alencar (2016, p. 163) entendem que “os vícios ocorridos no inquérito policial não atingem a ação penal”. Para esses autores, o inquérito policial é dispensável, de modo que não é essencial ao processo, e, conseqüentemente, não tem o condão de contaminar a ação penal, ainda eivado de vícios, como os que participam da violação do princípio da contaminação, embora se consubstancie num direito-garantia fundamental.

Desse modo, fica evidente que a teoria da árvore dos frutos envenenados, e conseqüentemente a aplicação do princípio da contaminação, não é pacífica entre a doutrina. Logo, o próximo Tópico deste artigo científico se vale da análise jurisprudencial sobre o tema, de forma que se busca compreender o entendimento dos tribunais brasileiros quanto à teoria da árvore dos frutos envenenados e da aplicação do princípio da contaminação.

3. APLICABILIDADE DA TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

As arbitrariedades e irracionalidades que integram o abuso do poder de punir do Estado participam da história da evolução do processo penal. Porém, com o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, tem-se em mente que, na atualidade, são inadmissíveis as condenações penais que não observam plenamente todos os requisitos constitucionais e legais que envolvem o devido processo, inclusive o que se refere à licitude das provas que fundamentam uma condenação. Assim sendo, esta parte da pesquisa tem como objeto o exame da jurisprudência brasileira, com adendos doutrinários, acerca da aplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados e do princípio da contaminação no processo penal.

Nucci (2014, p. 75) assevera que “de nada adianta, pois, a Constituição proibir a prova obtida por meios ilícitos, uma vez que aprova secundária serviu para condenar o réu, ignorando-se que ela teve origem em prova imprestável”. De fato, o art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, determina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 2017, *online*), e, tendo a regulamentação desse direito-garantia realizada pelo Código de Processo Penal, a

teoria da árvore dos frutos envenenados ganha amplo significado no âmbito da ação criminal no Estado brasileiro.

Em consonância à teoria da árvore dos frutos envenenados, observa-se a seguinte ementa emanada do julgamento da Apelação Criminal APR 200850010152630, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

PROCESSO PENAL E PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. NULIDADE DA PROVA INICIAL. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA NULIDADE NÃO ARGUÍDA PELA ACUSAÇÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. I - A Justiça Federal possui competência para o julgamento do crime de contrabando e descaminho, expressamente prevista na Constituição Federal em seu Artigo 109, IV. II - No caso em foco, todo o trâmite probatório, inclusive a denúncia, foi baseado em Mandado de Busca e Apreensão autorizado por juízo manifestamente incompetente, qual seja, Juízo Estadual da Vara de Inquéritos Criminais. III - Nulidade da prova, que contaminou todas as demais, dela derivadas. Aplicabilidade da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. IV - Impossibilidade de anulação do processo, ab initio, considerando que o acusado foi absolvido e o recurso é exclusivo do Ministério Público Federal, o qual não pleiteou o reconhecimento da nulidade. Incidência da Súmula nº 160 do Supremo Tribunal Federal. V - Recurso não provido. (TRF-2 - APR: 200850010152630, Relator: Desembargador Federal Marcello Ferreira De Souza Granado, data de julgamento: 05/02/2014, Primeira Turma Especializada, data de publicação: 19/02/2014).

A partir da leitura dessa ementa em análise, tem-se que cuida de um caso concreto no qual toda a ação penal se baseia em ato nulo, incidindo a aplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados. Em questão, ocorre que o mandado de busca e apreensão, que resultou na coleta de provas, foi autorizado por juízo manifestamente incompetente, o que decorre na ilicitude das provas produzidas e que baseavam o processo. Por conseguinte, o réu foi absolvido, e o recurso do Ministério Público é no sentido de anular todo o processo a fim de nova instauração da ação penal. Todavia, o juízo desse Tribunal é de que tal nulidade deveria ter sido alegada no decorrer do processo, e não após o seu fim.

Nesse caso em específico, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região se utiliza da Súmula nº 160 do Supremo Tribunal Federal que se apresenta nos seguintes termos: “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício” (BRASIL, 2017, *online*). Assim, a teoria da árvore dos frutos envenenados é aceita e

aplicada para fins de absolvição do réu em face à inércia do Ministério Público no devido tempo.

Outra situação que cabe a essa pesquisa demonstrar quanto à aplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados e princípio da contaminação é a hipótese de incidência de prova ilícita que baseia uma ação penal que tenha sido construída em outro processo. É o caso do julgamento do Habeas Corpus HC 74361 AM 0074361-37.2011.4.01.0000, decidido pelo Tribunal Regional da 1ª Região:

Ementa: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. CONTAMINAÇÃO EM OUTRO PROCESSO. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. A prova ilícita, colhida mediante interceptação declarada nula, contamina o outro processo, uma vez que a segunda interceptação é fruto da primeira. Frutos da árvore envenenada. [...]. Acórdão: A Turma, por maioria, vencido o Juiz Murilo Fernandes de Almeida, concedeu a ordem de habeas corpus impetrado em favor de ADALTO CARNEIRO PORTELA FILHO, para excluir do processo a interceptação telefônica colhida ilicitamente. (TRF 1- HC: 74361 AM 0074361-37.2011.4.01.0000, Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto, Data de Julgamento: 06/03/2012, Terceira Turma, Data de Publicação: e-DJF1 p.517 de 16/03/2012)

Como se verifica na leitura da ementa e do acórdão em questão, ainda que a prova ilícita tenha sido colhida em decorrência de outro processo, a ação penal que tenha por fundamento tal prova é afetada. Logo, é possível afirmar que, no Estado brasileiro, a teoria da árvore dos frutos envenenados é aplicada até mesmo quando a prova ilícita tenha sido produzida em outro processo, pois não pode ser a mesma acolhida em face ao seu veneno.

No mesmo sentido, “a teoria da árvore dos frutos envenenados é uma metáfora legal que faz comunicar o vício da ilicitude da prova obtida com violação a regra de direito material a todas as demais provas produzidas a partir daquela” (TRT-2 - RO: 00009344720145020046 SP 00009344720145020046 A28, Relator: Ivani Contini Bramante, Data de Julgamento: 18/08/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: 28/08/2015).

Contudo, é preciso destacar que a teoria da árvore dos frutos envenenados só tem o poder de anular um processo quando se vislumbra impossível a nova produção de provas, e, dessa vez, de forma lícita. É o que se verifica na ementa da Apelação Criminal: ACR 4912 GO 2007.35.00.004912-9, apreciada pela mesma Corte, o Tribunal Regional da 1ª Região:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. PROVA AUTÔNOMA. 1. Materialidade do crime de moeda falsa devidamente comprovada. Autoria comprovada, em face da confissão efetuada por meio de mensagem de texto em celular encontrado em poder do réu e depoimento testemunhal. 2. Inaplicabilidade da Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados, uma vez que o acusado foi preso em flagrante e as notas falsas foram encontradas em seu poder, em razão da busca pessoal. Não há que se falar que a prova obtida - apreensão das cédulas falsas - é ilícita, por ser derivada de revista, não autorizada por juiz. 3. Apelação a que se nega provimento (TRF-1 - ACR: 4912 GO 2007.35.00.004912-9, Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto, Data de Julgamento: 05/12/2011, Terceira Turma, Data de Publicação: e-DJF1 p.247 de 19/12/2011).

A decisão em comento trata de uma Apelação Criminal que busca a aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados, pois, a confissão encontrada em mensagem de texto de celular se deu de forma ilegal. A defesa do acusado alega que a referente confissão envenena as demais provas e invalida o processo. Contudo, a teoria da defesa não foi aceita, já que o acusado foi preso em flagrante diante do fato de que as cédulas de dinheiro falsas foram encontradas em seu poder, nada tendo relação com a confissão encontrada.

Nessa situação específica, não existia nexos de causalidade entre a prova ilícita e as demais provas. Greco Filho (2016, p. 162) explica que embora ilicitude da prova não comungar com a “necessidade de se apontar norma constitucional ou legal violada”, ou seja, a ilicitude pode ser implícita na lei ou na Constituição, quando da contaminação, “somente será considerada ilícita a prova de corrente se evidente o nexos de causalidade”.

Não obstante, o Tribunal de Justiça do Estado de Paraná fala em teoria das fontes independentes, no acórdão atribuído ao julgamento do Habeas Corpus: HC 14746373 PR 1474637-3. Segundo essa decisão, a aplicação da teoria das fontes independentes é prevista no artigo 157, parágrafo 2º do Código de Processo Penal, e, “afasta a incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada”, diante da inexistência de nexos de causalidade entre a prova ilícita e as demais (TJ-PR - HC: 14746373 PR 1474637-3 (Acórdão), Relator: Roberto De Vicente, Data de Julgamento: 28/01/2016, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1740 16/02/2016).

Nesse cenário, Lima (2016, p. 836-837) remete ao período em que no Brasil, o Supremo Tribunal Federal rechaçou aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados. Conforme esse autor, inicialmente, prevaleceu o entendimento do Min. Moreira Alves, “segundo o qual a dicção normativa empregada pelo constituinte no art. 5º, LVI, claramente sufragou a tese de que somente devem ser consideradas inadmissíveis no processo as provas ilícitas em si mesmas”, ou seja, não incluídas as provas que tenham sido obtidas por meio daquelas ilícitas, consideradas apenas como pistas. Isso se deu no ano de 1995. Lima (2016, p. 836-837) ainda acrescenta:

No entanto, já no ano de 1996, o Pleno do Supremo Tribunal Federal voltou a se manifestar sobre o assunto, tendo-se posicionado favoravelmente à adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, [...]. Nesse primeiro julgado favorável à adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, o Supremo Tribunal Federal não fez qualquer ressalva quanto às regras de exclusão relativas à aplicação desse princípio. Posteriormente, todavia, firmou-se o entendimento de que provas obtidas por meios ilícitos contaminam única e exclusivamente aquelas que são exclusivamente delas decorrentes.

Da leitura dessa citação abstrai-se que o acolhimento da teoria da árvore dos frutos envenenados na jurisprudência brasileira passou a ocorrer apenas às vésperas do século XXI. O posicionamento da Suprema Corte, em face à interpretação do art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal de 1988, que assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, exceto por ordem judicial (BRASIL, 2017, *online*), reconheceu que provas que tenham sido contaminadas pelo veneno de ilicitude anterior não podem ser utilizadas para fins de condenação penal. Contudo, nesse primeiro momento da teoria da árvore dos frutos envenenados no Brasil, a Suprema Corte não dispôs sobre as possibilidades de seu afastamento, o que veio a ocorrer posteriormente, de modo que somente as provas com nexos de causalidade, produzidas exclusivamente por meio de prova ilícita, é que são consideradas contaminadas.

Por sua vez, Távora e Alencar (2016, p. 164) explicam, a despeito desta divergência, “que caso a inicial acusatória esteja embasada tão somente em inquérito viciado, deverá ser rejeitada por falta de justa causa, diga-se, pela ausência de lastro probatório mínimo e idôneo ao início do processo”. Ou seja, sendo um processo penal baseado em prova ilícita, e, quando as demais provas estão contaminadas por aquela, a respectiva ação penal é considerada contaminada

pelo inquérito policial viciado. Os referidos autores citam como exemplo a confissão mediante tortura, e tendo dela decorrido todo o material probatório em detrimento do suposto autor do fato, este se encontra contaminado.

Nesse sentido, ressalta o seguinte trecho da ementa emanada do julgamento do Habeas Corpus HC: 228460 MS 2011/0302731-1, pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...] 4. Impossível o reconhecimento da nulidade completa da persecução penal, pela ampla aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada", pois, como se sabe, a incidência da referida doutrina não pode ser irrestrita, se a Acusação utiliza-se de outros meios de provas que não aqueles supostamente viciados para embasar o procedimento criminal. 5. No caso, não ocorre o alegado constrangimento ilegal, pois não há na documentação trazida aos autos pela Defesa - a quem incumbe a correta instrução do remédio constitucional do habeas corpus -, a comprovação inequívoca de que o procedimento penal instaurado deu-se, única e exclusivamente, com fundamento em denúncia anônima, e não com base em outro elemento desvinculado da medida que se inquina de ilegal, posteriormente produzido durante a investigação. 6. Ordem de habeas corpus não conhecida. (STJ - HC: 228460 MS 2011/0302731-1, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 22/10/2013, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 05/11/2013).

O que se observa no trecho da decisão em apreciação é que raramente a teoria da árvore dos frutos envenenados será causa de reconhecimento da nulidade completa da persecução penal, o que inclui o inquérito policial e o respectivo processo. Isso porque, na possibilidade de formação de provas que sejam desvinculadas daquela que deu causa à contaminação das demais, nem o processo, nem o inquérito, podem ser considerados viciados. Logo, com prova desvinculada daquela ilícita, tanto a investigação quanto o processo são válidos, sem prejuízo do descarte dos elementos probatórios contaminados.

Ademais, ressalta-se que quando a defesa busca se valer da aplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados, a mesma deve utilizar dos meios processuais adequados, como se observa na ementa do Habeas Corpus: HC 0000130011463, avaliado pelo Tribunal de Justiça de Roraima:

HABEAS CORPUS - PEDIDO DE TRANCAMENTO DAS AÇÕES PENAS - LEI DE TÓXICOS - APREENSÃO DE DROGAS NA RESIDÊNCIA DO PACIENTE - PROCEDIMENTO QUE NÃO TERIA OBSERVADO O DEVIDO PROCESSO LEGAL E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE

ENVENENADA - IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO EM SEDE DE HABEAS CORPUS - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO PARQUET GRADUADO - ACOLHIMENTO - AÇÃO DE RITO CÉLERE - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - PRECEDENTES - WRIT NÃO CONHECIDO. - Dada a estreiteza dos limites de cognição do Habeas Corpus, resta inviável o conhecimento de matéria controversa, relativa à ofensa ou não do devido processo legal e da garantia à inviolabilidade do domicílio, resultando em produção ilícita de provas. Necessidade de ampla dilação probatória, o que é indubitavelmente incompatível com o rito célere do manda mus. - Writ não conhecido em conformidade com o parecer ministerial. (TJ-RR - HC: 0000130011463, Relator: Des. Mauro Campello, Data de Publicação: DJe 05/11/2013).

A aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados pode levar ao trancamento de ações penais, ou ainda, na absolvição do acusado criminalmente. Em face disso, a discussão sobre a incidência ou não do princípio da contaminação deve ser feita com o uso do rito adequado, e não em sede de Habeas Corpus. Isso porque, a complexidade dessa teoria não condiz com a celeridade atribuída a esse remédio constitucional. Conseqüentemente, o Habeas Corpus, ou Writ, como denominado na ementa em exame, só pode vir a ser impetrado quando já reconhecida a aplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados no decorrer do processo.

Além disso, Lopes Júnior (2016, p. 477) assevera que “o maior inconveniente é a timidez com que os tribunais tratam da questão, focando no ‘nexo causal’ de forma bastante restritiva para verificar o alcance da contaminação”. Para esse autor, a ideia de proporcionalidade que os tribunais brasileiros vêm aplicando, em detrimento da teoria da árvore dos frutos envenenados, foge da noção de integridade judicial, da qual se espera não dar aprovação judicial aos abusos e às provas colhidas em violação das normas legais e constitucionais.

Sobre a teoria da proporcionalidade, Nucci (2014, p. 75-76) apresenta o seguinte entendimento:

Quanto à possibilidade de se acolher a prova ilicitamente produzida, parcela da doutrina costuma trabalhar com a teoria da proporcionalidade (“teoria da razoabilidade” ou “teoria do interesse predominante”), cuja finalidade é equilibrar os direitos individuais e os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos. Sustentam os defensores dessa posição que é preciso ponderar os interesses em jogo, quando se viola uma garantia qualquer. Assim, para a descoberta de um sequestro, libertando-se a vítima do cativo, prendendo-se e

processando-se criminosos perigosos, por exemplo, seria admissível a violação do sigilo das comunicações, como a escuta clandestina. Essa teoria vem ganhando muitos adeptos atualmente, sendo originária da Alemanha.

Ao contrário da ideia de nulidade de todas as provas contaminadas pela ilicitude de outra, surgem teorias, que têm fundamentação no equilíbrio entre os direitos individuais e os interesses da sociedade, denominadas teorias da proporcionalidade, da razoabilidade ou do interesse predominante. Essa perspectiva entende que embora uma prova seja ilícita, ou contaminada pela ilicitude de outra, os interesses da sociedade devem prevalecer com relação às garantias e aos direitos do acusado.

Sobre a discussão da admissibilidade da teoria da proporcionalidade, da razoabilidade ou do interesse predominante, o que se pode afirmar que há uma linha muito tênue que se precisa atentar: a relativização dos direitos e garantias fundamentais instituídos pela Constituição Federal de 1988. Isso porque, creditar ao poder estatal a possibilidade de condenação penal sem o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais pode resultar no retorno de um autoritarismo e de abusos já superados, ao mesmo tempo em que, muitas vezes, a proporcionalidade se faz necessária, como no exemplo citado por Nucci (2014), quando da necessidade de descoberta de cativo de um sequestro em andamento, ainda que por meio de interceptação telefônica não autorizada judicialmente.

Por fim, questão relevante sobre o tema se encontra nos casos de denúncia, ou delação, anônima. Acerca desse ponto, sobressai o acórdão do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117.988 RS:

[...] PERSECUÇÃO PENALE DELAÇÃO ANÔNIMA. As autoridades públicas não podem iniciar qualquer medida de persecução (penal ou disciplinar), apoiando-se, unicamente, para tal fim, em peças apócrifas ou em escritos anônimos. É por essa razão que o escrito anônimo não autoriza, desde que isoladamente considerado, imediata instauração de “persecutio criminis”.— Nada impede que o Poder Público, provocado por delação anônima (“disque-denúncia”, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “com prudência e discricção”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem promover, então, em caso positivo, a formal instauração da “persecutio criminis”, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças

apócrifas[...]. (STF, RO em HC 117.988 RS, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Redator do Acórdão: Ministro Celso De Mello, Data de Publicação DJE 26/02/2015 - ATA Nº 17/2015. DJE nº 37, divulgado em 25/02/2015).

Dentre as provas ilícitas, que devem ser abolidas do processo penal, estão as que baseiam, de forma exclusiva, as denúncias ou delações anônimas. Isto é, a denúncia anônima não autoriza a imediata instauração da persecução penal, ainda que em sede de inquérito. No entanto, quando de uma delação anônima, a Polícia Judiciária pode perfeitamente averiguá-la, com prudência e discrição, buscando conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados. A partir dessa verificação, e encontradas provas das alegações, pode o Poder Público, por fim, instaurar o inquérito investigativo que venha a subsidiar o processo penal.

Desse modo, é lícito dizer que a denúncia ou delação anônima somente será caracterizada ilícita, a ponto de incorrer na teoria da árvore dos frutos envenenados, caso seja a única fonte que deu origem à investigação. Caso ela sirva como informação que o Poder Público considere necessária sumária averiguação, antes da existência do inquérito que nela se pautar, não há de se falar em contaminação. Tal entendimento coaduna com a realidade criminal brasileira, na qual aqueles que realizam denúncias, muitas vezes, sofrem perseguição e retaliação por parte dos criminosos, de modo que a impossibilidade da delação anônima certamente impediria o conhecimento dos fatos que envolvem os crimes cometidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível verificar com a realização desta pesquisa que a teoria da árvore dos frutos envenenados possui um viés garantista no âmbito do processo penal. Destarte, a Constituição Federal de 1988 se evidencia como um documento normativo que inovou significativamente no que se refere às limitações estatais em face às liberdades individuais dos membros da sociedade. Ou seja, é a nova Carta Magna uma norma que reconhece que o Estado não pode intervir na vida privada, sobretudo quando do Direito Penal, sem que esteja em plenitude com a legalidade democrática.

Desse modo, a reconstrução pretérita dos fatos que envolvem os crimes, quando do processo penal, deve se fundamentar, exclusivamente, nos meios de provas que a lei autoriza. Contudo, caso haja ilegalidade na obtenção de provas da conduta ilícita, as mesmas devem ser consideradas nulas, inclusive, as provas lícitas que tenham origem em uma prova ilícita, isto é, com nexos de causalidade evidenciado. Trata-se, portanto, da teoria da árvore dos frutos envenenados.

Por fim, constatou-se que a aplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados contribui com a concretização das previsões garantistas da Constituição Federal, de 1988, no Brasil no campo processual penal de forma impedir condenações abusivas e arbitrárias, porém, ainda encontra posicionamentos conservadores que se fundamentam na necessidade de equilíbrio entre os direitos individuais e os interesses da sociedade, de forma a trazer uma percepção que pode referente à relativização dos direitos e garantias fundamentais instituídos pela Constituição Federal de 1988. Embora a real necessidade de ponderação em situações específicas de sua aplicação, como no caso de sequestros em andamento, a não aplicação da teoria em questão não pode permitir a juridicidade legítima de arbitrariedades e abusos do Poder Público na punibilidade penal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed., atual. (em apêndice texto da Constituição Federal de 1988, com as Emendas Constitucionais até a de nº 71, de 29.11.2012). São Paulo: Malheiros, 2013.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20 de Fevereiro de 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 20 de Fevereiro de 2017.

BRASIL. **Lei nº 11690, de 09 de Junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em 26 de Fevereiro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: HC: 228460 MS 2011/0302731-1**. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data de Julgamento: 22/10/2013. T5 - Quinta Turma. Data de Publicação: DJe 05/11/2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24659163/habeas-corpus-hc-228460-ms-2011-0302731-1-stj>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117.988 RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Redator do Acórdão: Ministro Celso De Mello. Data de Publicação DJE 26/02/2015. ATA Nº 17/2015. DJE nº 37, divulgado em 25/02/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=117988&classe=RHC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 28 de Fevereiro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 160**. É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício. Data de Aprovação da Sessão Plenária de 13/12/1963. Fonte de Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 87. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=160.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 26 de Fevereiro de 2017.

BRASIL Tribunal de Justiça de Roraima. **Habeas Corpus: HC 0000130011463**. Relator: Desembargador Mauro Campello, Data de Publicação: DJe 05/11/2013. Disponível em: <<https://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294651335/habeas-corpus-hc-130011463>>. Acesso em 28 de Fevereiro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Habeas Corpus: HC 14746373 PR 1474637-3 (Acórdão)**. Relator: Desembargador Roberto De Vicente. Data de Julgamento: 28/01/2016. 2ª Câmara Criminal. Data de Publicação: DJ: 1740 16/02/2016. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/305968059/habeas-corpus-hc-14746373-pr-1474637-3-acordao>>. Acesso em 27 de Fevereiro de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Criminal: ACR 4912 GO 2007.35.00.004912-9**. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Data de Julgamento: 05/12/2011. Terceira Turma. Data de Publicação: e-DJF1 p.247 de 19/12/2011. Disponível em: <<https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21172545/apelacao-criminal-acr-4912-go-20073500004912-9-trf1>>. Acesso em 27 de Fevereiro de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Habeas Corpus HC: 74361 AM 0074361-37.2011.4.01.0000**, Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Data

de Julgamento: 06/03/2012. Terceira Turma. Data de Publicação: e-DJF1 p.517 de 16/03/2012. Disponível em: <<https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21591568/habeas-corpus-hc-74361-am-0074361-3720114010000-trf1>>. Acesso em 26 de Fevereiro de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação Criminal**: APR: 200850010152630. Relator: Desembargador Federal Marcello Ferreira De Souza Granado. Data de Julgamento: 05/02/2014. Primeira Turma Especializada. Data de Publicação: 19/02/2014. Disponível em: <<https://trf2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24969744/acr-apelacao-criminal-apr-200850010152630-trf2>>. Acesso em 25 de Fevereiro de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Recurso Ordinário**: RO 00009344720145020046 SP 00009344720145020046 A28, Relator: Ivani Contini Bramante. Data de Julgamento: 18/08/2015. 4ª Turma. Data de Publicação: 28/08/2015. Disponível em: <<https://trt2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/312040583/recurso-ordinario-ro-9344720145020046-sp-00009344720145020046-a28>>. Acesso em 27 de Fevereiro de 2017.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Manual de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed., rev. e atual. (até a Emenda Constitucional nº 71, de 29.11.2012). São Paulo: Malheiros, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 3. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.