

Questão Discursiva 02701

Limitações à prova ilícita por derivação (exceções às *exclusionary rules*).

Conceitue as teorias abaixo relacionadas e discorra sobre sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro:

- a) teoria da fonte independente (*independent source*);

- b) teoria do descobrimento inevitável (*inevitable discovery*);

- c) teoria dos vícios sanados, da tinta diluída ou limitação da mancha purgada (*purged taint*);

- d) teoria da proporcionalidade (*balancing test*);

- e) teoria da destruição da mentira do imputado;

- f) teoria do risco;

- g) teoria da doutrina da visão aberta (*plain view doctrine*);

- h) teoria da renúncia do interessado.

Resposta #005667

Por: Dudusch 15 de Agosto de 2019 às 18:06

O nosso sistema repudia a introdução no processo de provas colhidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), entendendo-se como tais aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais (processuais e materiais). São absolutamente nulas e devem ser desentranhadas dos autos (art. 157, § 3º, do CPP).

Também são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas (*fruits of the poisonous tree doctrine*), nos termos do art. 157, § 1º, 1ª parte, do CPP, já que são, em tese, contaminadas pelo vício originária, com o qual têm um nexo de dependência.

Todavia, o Código de Processo Penal previu algumas exceções a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação.

Com efeito, se não evidenciado o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a prova derivada não há que se falar em inadmissibilidade da última, a qual deve ser reputada lícita.

Ademais, se a prova derivada puder ser obtida através de uma fonte independente da primeira também não há que se falar em ilicitude e, por conseguinte, em exclusão da prova.

Neste sentido, a doutrina tem procurado mitigar a teoria dos frutos da árvore envenenada no que tange a colheita da prova ilícita por derivação, estabelecendo casos em que a prova derivada não será contaminada pelo vício da prova originária.

A teoria da fonte independente (*independent source*) preconiza que se a prova ilícita puder ser obtida de outra forma, por meio de um exercício hipotético, que não tenha relação com a prova ilícita, deve ser considerada lícita e não contaminada (art. 157, § 2º, do CPP).

Já a teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*) apregoa que o descobrimento da prova de forma independente não gera o envenenamento pela prova originária, esta sim obtida de forma ilícita. Inexiste, em verdade, nexos de causalidade entre a prova contaminada e a prova subsequente oriunda de outra fonte.

No tocante a teoria da tinta diluída (ou dos vícios sanados, da mancha purgada, conexão atenuada ou contaminação expurgada – *purged taint exception*), embora não tenha acolhimento doutrinária e/ou jurisprudencial em nosso país, ela já foi acolhida perante a Suprema Corte Norte-Americana. Segundo seus defensores, é inaplicável a teoria da prova ilícita por derivação (fruto das árvores envenenadas) se o nexos causal entre a prova ilícita originária e a derivada for atenuado em razão de eventos supervenientes que afetem o curso causal (ex. A, mediante tortura, delata o comparsa B, que, por sua vez, confessa a sua participação no crime). Entende-se que a confissão de B atenuou a prova ilícita originária (tortura de B), podendo, portando, ser introduzida no processo de forma válida. Como se disse, aludida teoria não tem acolhida no Brasil.

Segundo a teoria da proporcionalidade (*balancing test*), a ilicitude da prova derivada deve ser avaliada sob uma ótica casuística, levando-se em conta os juízos de adequação (os meios devem ser aptos/idôneos para atingir os resultados), necessidade (deve-se adotar o meio menos gravoso para atingir o resultado pretendido) e de proporcionalidade em sentido estrito (o benefício trazido pelo resultado deve ser maior que os prejuízos dele advindos). Neste contexto estabelece-se uma relação de proporcionalidade a fim de verificar se a prova derivada, no contexto em que foi produzida, pode ser introduzida no processo, ou seja, se há mais vantagens do que desvantagens na sua utilização. Geralmente, a prova derivada da ilícita, mas em favor do réu, com aptidão para absolvê-lo, tende a ser admitida no processo, ainda que maculada pela prova originária (ilícita).

Quanto a teoria da destruição da mentira do imputado, entende-se que a prova obtida com inobservância das prescrições legais não é válida para demonstrar a culpabilidade do réu, porém pode ser utilizada para comprovar que o acusado está mentindo, de forma a desqualificar a sua versão dos fatos. Não tem precedente de sua adoção pelos Tribunais pátrios.

A teoria do risco consigna que a prova obtida mediante a violação da intimidade do réu é válida quando este, assumindo o risco de sua conduta, faz revelações sobre a sua participação na atividade ilícita. A propósito, o STF reconhece a validade da gravação de uma conversa por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, sobretudo quando utilizado com o propósito de defesa. A doutrina também admite a gravação por meios de câmeras de segurança.

Conforme a teoria da doutrina da visão aberta (*plain view doctrine*) deve-se considerar lícita apreensão de outros ilícitos (objetos ou documentos) visíveis ou ao alcance de todos quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão, ainda que o objeto deste seja diverso, pois não se pode admitir a continuidade do ilícito. Trata-se de uma espécie de teoria do encontro fortuito de provas (serendipidade).

Por último, a teoria da renúncia do interessado admite a licitude da prova derivada quando o acusado dispor, legitimamente, da garantia constitucional. É aplicada no direito norte-americano para mitigar a exigência de prévia autorização judicial no cumprimento do mandado de busca e apreensão. Não há notícias de sua aplicação no Brasil.