

Repercussões financeiras da teoria dos frutos da árvore envenenada

A metáfora dos *frutos da árvore envenenada* sempre me encantou. Ela traduz a ideia de que, uma vez obtida a prova por meio ilícito, todas as demais provas *dela decorrentes*, conhecidas como *provas por derivação*, também serão consideradas ilícitas. É como a metáfora: se a árvore está envenenada, todos os seus frutos também estarão. Embora seja um tema bastante debatido na doutrina norte-americana, com enormes bibliotecas sobre a matéria, é, na verdade, um tema universal, pois central à teoria das provas, que envolve toda a área do Direito, em especial quando se olha o âmbito da litigância, isto é, os direitos processuais. No Brasil o assunto é tratado dentre os direitos fundamentais (artigo 5º, LVI) e pela ação efetuada pela Lei 11.690/08).



Fernando Facury Scaff
advogado e professor

Os aspectos financeiros decorrentes dessa teoria são pouco estudados no

Brasil, embora haja enorme proximidade entre os aspectos processuais penais e certas áreas do Direito Financeiro, em especial no que tange à atividade de *controle*, pela qual diversos órgãos atuam como agentes do *vigiar e punir financeiro* dos eventuais infratores^[1]. Será que todas as provas coletadas devem ser jogadas no lixo, ou algo subsiste que possa ser analisado pelos Tribunais? Para manter a metáfora: *o conjunto probatório é composto por um uma árvore ou por uma floresta?*

Várias questões podem ser exploradas sobre o tema, porém nos centraremos em dois pontos: (1) o *alcance* da prova ilícita e (2) o uso desta prova ilícita por parte dos acusados.

Sobre o *alcance*, observemos como a teoria é acatada pela jurisprudência do STF no âmbito penal.

A 1ª Turma do STF, em 2004, através do HC 83.921, relatado pelo ministro Eros Grau, decidiu por unanimidade que "eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal". E arremata: "inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados", pois a "sentença condenatória (foi) embasada em provas autônomas produzidas em juízo". Com essa fundamentação, a ordem foi denegada.



Tal decisão seguiu jurisprudência anterior, como no HC 76.203, de 1998, relatado pelo ministro Nelson Jobim na 2ª Turma, quando ficou assente uma interpretação restritiva do princípio da árvore dos frutos envenenados, como se vê na afirmação: "não há violação ao direito à privacidade quando ocorre apreensão de droga e prisão em flagrante de traficante". Observa-se neste caso a aplicação da *boa-fé* na atuação dos agentes estatais, consagrando duas ideias centrais: (1) a teoria não se aplica quando se constatar que haveria uma espécie de *descoberta inevitável* daquela droga por outros meios; e que (2) essa teoria visa *coibir ações nas quais o aparato estatal age de má-fé*, burlando propositadamente as normas jurídicas protetivas dos indivíduos.

Essa linha também se identifica no RHC 90.376, relatado pelo ministro Celso de Mello em 2007, inclusive com a ressalva quanto às *fontes autônomas de prova*, afirmando que, se for demonstrada a que a fonte da prova está desvinculada de ilicitude, tais dados tornam-se plenamente admissíveis — ou seja, *o conjunto probatório não é formado por uma árvore, mas por uma floresta*; mesmo que uma esteja envenenada, outras subsistem.

Estas decisões foram proferidas enquanto vigorava a antiga redação do artigo 157 do CPP, que determinava ao juiz formar sua convicção pela livre apreciação da prova, o que foi alterado pela Lei 11.690/08, que explicitou que devem ser desentranhadas do processo as provas ilícitas, entendidas como tal aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, tal como as provas derivadas das ilícitas, devendo todas serem retiradas dos autos, por inadmissíveis. Todavia, previu expressamente duas exceções: (1) "salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou (2) quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras" (artigo 157, §1º, CPP). Normativamente, fonte independente é aquela que, por si só, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal (§2º, artigo 157, CPP).

Em 2018, no Ag.Reg.HC 156.157, o ministro Alexandre de Moraes relatou na 1ª Turma do STF caso em que foi referendado o entendimento anterior, afirmando que as provas ilícitas são constitucionalmente inadmissíveis, bem como todas aquelas delas derivadas, "mesmo quando reconduzidas aos autos de forma indireta", porém, adotou a cautela referida na nova redação do CPP, ao afirmar que permanecem "válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorreram de outras fontes", garantindo "a licitude da prova derivada da ilícita", fazendo referência ao acórdão anteriormente relatado pelo Ministro Eros Grau (HC 83.921).

Está assente no STF, portanto, a ideia aqui exposta de *floresta probatória*, que remanesce por não ter sido atingido pela *árvore envenenada*. Logo, neste ponto, a jurisprudência do STF distingue o que é prova *ilícita* e suas repercussões, das provas que podem ser aproveitadas, e consideradas *lícitas*, quando o nexo de causalidade não tiver sido contaminado.



O segundo ponto a ser analisado trata do uso da prova ilícita por parte dos acusados. O assunto é da ordem do dia no STF e no STJ, envolvendo dois políticos icônicos de nosso espectro político: [o ex-presidente Lula](#) e [um dos filhos](#) do presidente Bolsonaro. No caso Lula, recentemente o ministro Fachin reconsiderou decisão anterior [determinando o retorno dos autos](#) do HC 180.985 à 1ª instância para análise do *acervo probatório*, a despeito da existência de provas *aparentemente envenenadas* — olhou a *floresta probatória* e não apenas uma *árvore*.

O uso da prova ilícita pelos acusados decorre da análise anterior, pois, (1) se a imputação tiver decorrido *apenas* das provas contaminadas, o réu deverá ser absolvido; porém, (2) se outros elementos probatórios constantes dos autos não tiverem sido contaminados, deverá prosseguir o processo com amparo nesse conjunto probatório. Logo, *mesmo que haja uma árvore envenenada, deve-se olhar a floresta, e não apenas aquela árvore*.

Essa conclusão se encontra no HC 89032, de relatoria do Ministro Menezes Direito, bem como no HC 74113, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, e também na AP 341, relatada pelo ministro Marco Aurélio, dentre inúmeras outras que poderiam se relacionadas.

A doutrina consagra esse entendimento, com alguns passos à frente. Luis Castanho de Carvalho, comenta ser possível, no processo penal, "a livre produção das provas, assim, o acusado pode trazer aos autos provas consideradas ilícitas, frisando que, ao adotar essa forma probatória, estará sob o manto das causas excludentes de ilicitude, *in exemplis*, legítima defesa"[\[2\]](#). Logo, o uso das provas ilícitas pode ser adotado pelo próprio réu em sua defesa, mas não para sua incriminação.

Guilherme Nucci segue essa linha, ao apontar que, "se uma prova for conseguida por mecanismo ilícito, com o destino de absolver o acusado, é de ser aceita, tendo em vista que a falha judiciária necessita de qualquer maneira ser evitada (...). Assim, quando o próprio réu adquire a prova ilícita para sua absolvição está, de fato, atuando em legítima defesa, destacando-se que essa aceitação é fruto da proporcionalidade *pro reo*". E ancora seu entendimento nos direitos fundamentais do artigo 5º, LXXV, : "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Também propugnando o uso desse tipo de prova pro réu está [Juliano Breda](#), quando afirma que "se admite a prova ilícita em favor do acusado, a fim de prevenir uma condenação injusta pela inexistência ou atipicidade do fato e, também, em face da violação do devido processo legal".

Exposto o raciocínio sobre a *teoria das provas* à luz do direito processual penal, retorno às repercussões financeiras.



No âmbito tributário registra-se pelo menos um caso em que foi utilizada a teoria dos frutos da árvore envenenada no CARF (acórdão Carf nº 9303-008.694, de 2019). Neste caso, foi iniciado em paralelo ao processo administrativo fiscal federal um procedimento penal, no qual acusava-se o real importador de montar uma cadeia fraudulenta, visando sua ocultação por interpostas pessoas para, com isso, introduzir mercadorias no país de forma fraudulenta. Ocorre que o processo penal foi encerrado em face da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (HC nº 142.045/PR), porém o Carf, alegando existirem *fontes independentes de prova*, manteve a autuação, afirmando que “não serão consideradas ilícitas as provas derivadas de provas ilícitas, quando ficar demonstrado que elas poderiam ser obtidas por uma fonte independente, bastando, para tanto, que se desse andamento aos trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação fiscal processo fiscal”, o que foi criticado por [Diego Diniz Ribeiro](#), com bastante propriedade, baseando-se também em texto de [Lenio Streck](#) sobre o conceito de *fonte independente e descoberta inevitável*.

Aliás, a análise realizada por Streck neste caso é bastante percuciente quando, ao discorrer sobre as exceções da teoria dos frutos da árvore envenenada, afirma que, “nenhuma das exceções dá azo a que se faça exercícios de futurologia”. “Fosse assim, por exemplo, o Estado poderia torturar um cidadão e depois essa prova ser usada, porque, independentemente da tortura, seria descoberto o crime. Sendo mais simples: em uma leitura rasa, do parágrafo segundo do artigo 157 do Código de Processo Penal, 'lava' a ilicitude constante no parágrafo primeiro.”

Observe-se o campo aberto para essa teoria e suas exceções no que se refere às repercussões financeiras: uma *delação premiada*, na qual foi confessado o recebimento de propina (obviamente não declarada ao Fisco), e que também preveja o pagamento de indenizações, gera duas consequências financeiras: (1) *tributária*, em razão da cobrança dos valores omitidos, e outra (2) *financeira*, que diz respeito ao pagamento da indenização. Se essa *delação* tiver sido comprovadamente obtida por *tortura*, sendo nula (infringência a direito fundamental: artigo 5º, III, CF), como ficam estas repercussões financeiras? Deve-se perquirir *no caso concreto* se há um conjunto probatório que remanesça válido para fins da omissão de renda (aspectos *tributários*) e se remanesce válido o intuito indenizatório (aspectos *financeiros*). *Quais os frutos da árvore envenenada nesta floresta probatória?*

Os exemplos poderiam ser multiplicar, alcançando os efeitos financeiros e os tributários. A preocupação está no cotidiano das atividades fiscalizatórias, cada vez mais imbricadas com os aspectos penais. Foi emblemático o acordo homologado pela 13ª Vara Federal de Curitiba entre a Petrobrás e o MPF no qual era previsto R\$ 2,5 bilhões para a formação de um Fundo que o Procurador Deltan Dallagnol buscou vincular ao MPF de Curitiba, o que foi contestado pela procuradora-Geral [Raquel Dodge](#) e anulado pela ADPF 568, relatada pelo ministro Alexandre de Moraes, que determinou seu recolhimento à conta única do Tesouro Nacional. Na [ADPF 569](#), o ministro Alexandre de Moraes lista um rol de acordos firmados em que o dinheiro foi dirigido à terceiros, e determinou liminarmente que tais recursos passem a ser dirigidos à conta única do Tesouro.

Só no âmbito do MPF [34 acordos de leniência não sigilosos](#) já foram homologados, no valor de R\$ 22 bilhões, e muitos outros seguem em negociação.



Quais repercussões financeiras ocorrerão se, por acaso, a *origem* de todos esses acordos estiver maculada de alguma nulidade e essa vier a ser judicialmente declarada como tendo sido *envenenada*?

Deve-se estar atento para o fato de que o uso da *teoria dos frutos da árvore envenenada não contamina a floresta probatória*, e que as repercussões financeiras desse envenenamento devem ser analisadas em cada caso concreto à luz dessa teoria e de suas exceções, seja no âmbito tributário (como no caso do Carf, mencionado), seja no âmbito financeiro.

[1] Desenvolvi essa ideia no livro *Orçamento Republicano e Liberdade Igual*, Ed. Fórum, 2018, capítulo 4.

[2] CARVALHO, Luis G. G. Castanho de, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1993., pág. 45.

Date Created

02/03/2021