

A TEORIA DA MANCHA PURGADA E SUA RECEPÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO

MUNIR SALEH SILVA¹; DANIEL BROD RODRIGUES DE SOUSA²;

¹Universidade Federal de Pelotas – munirsalehsilva@gmail.com

²Universidade Federal de Pelotas – brodsousa@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a teoria da mancha purgada, também conhecida como da tinta diluída, conexão atenuada, contaminação expurgada ou dos vícios sanados. Trata-se de tese desenvolvida no sistema jurídico norte-americano que configura uma exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada.

O trabalho visa perquirir a possibilidade de recepção desta teoria pelo direito processual penal brasileiro, questão que é controvertida e ainda prematura na doutrina e jurisprudência nacional, por permear divergência na interpretação do art. 157, §1º, do CPP/41. Para tanto é necessário examinar as teorias penais e processuais penais ligadas a este dispositivo legal.

A inadmissibilidade das provas ilícitas fora consagrada no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 5º, LVI, da CF/88, e reforçada no *caput* do art. 157, do CPP, consoante redação dada pela Lei nº 11.690/08. Este último diploma legal ainda introduziu três parágrafos neste enunciado, dos quais merece atenção o primeiro que prevê a contaminação das provas derivadas das ilícitas, todavia já determinando exceções, nos seguintes termos: “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”.

Desta maneira, a lei processual recepcionou a teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada, a qual afirma a contaminação, por parte de uma prova ilícita, a todas aquelas que se derivarem desta. Ela foi desenvolvida a partir de uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920 (CAPEZ, 2016 e LOPES JR, 2016).

Outrossim, o legislador adotou, no § 1º do aludido art. 157, do CPP, as teorias que limitam a diretriz da prova ilícita por derivação, sendo que a doutrina diverge ao tentar identificar quais concepções limitadoras foram positivadas. Primeiramente, observa-se o delineamento previsto na segunda parte deste citado parágrafo, a qual diz serem admissíveis as provas derivadas das ilícitas quando “puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. E então, o legislador fixa, no § 2º deste artigo, o significado de fonte independente, como sendo “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”. A enorme maioria dos doutrinadores assenta que se trata aqui da teoria da descoberta inevitável, proveniente de decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Nix vs. Williams*, em 1984. Conforme entende LIMA (2017), CAPEZ (2016), OLIVEIRA (2017), LOPES JR (2016), TÁVORA; ALENCAR (2016), NUCCI (2016), DEZEM (2015).

Contudo, a doutrina diverge ao buscar qual teoria é extraída da primeira parte do art. 157, § 1º, do CPP, que prevê a admissibilidade das provas derivadas das ilícitas “quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras”. A maioria entende que este trecho refere-se tão somente à limitação da fonte

independente (*independent source limitation*), a qual afirma a autonomia absoluta da prova supostamente derivada, sustentando que quando não há nexo causal entre esta e a ilicitude, ela é fruto de uma árvore diferente daquela envenenada, razão pela qual não poderia ser contaminada por esta. São adeptos a esta visão: TÁVORA; ALENCAR (2016), CAPEZ (2016), LOPES JR (2016).

Lado outro, parte da doutrina concebe que este trecho do dispositivo, além de versar sobre a teoria da fonte independente, também abrange a chamada teoria da mancha purgada (*purged taint limitation*), a qual afasta a incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada por haver uma grande distância entre a prova ilícita e a derivada, que extingue o nexo causal direto entre ambas as provas (LIMA, 2017). Nessa senda: “Esta teoria acabou por ser positivada com a reforma processual, ao dispor-se, no § 1.º do art. 157” (DEZEM, 2015, p. 440).

A teoria da mancha purgada tem origem em decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Wong Sun vs. US*, em 1963, a qual relata que policiais entraram em um domicílio sem causa provável (requisito legal) e prenderam ilegalmente Toy, que logo acusou Jonny, o qual, por seu turno, responsabilizou Wong Sun, resultando na prisão ilegal de todos. Dias depois após Sun ter sido libertado, ele retorna à delegacia e confessa voluntariamente o crime perante os policiais. Desse modo, a Suprema Corte entendeu que a primeira ação dos policiais contaminou as demais provas, com exceção da confissão de Wong Sun, que, por ter sido voluntária, tornou a conexão com a prova ilícita atenuada, modo a desaparecer o nexo causal (LEMOS, 2016).

2. METODOLOGIA

Para analisar se o art. 157, § 1º, do CPP, recepcionou esta teoria, optou-se pela adoção de método hipotético-dedutivo, cuidando-se, por conseguinte, de pesquisa básica estratégica, descritiva, qualitativa, utilizando procedimentos bibliográficos e documentais, quais sejam a lei brasileira, diversas doutrinas nacionais e norte-americana, bem como jurisprudências da Suprema Corte dos EUA e do STJ.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

No presente trabalho realizou-se um estudo dos posicionamentos de diversos autores, pelo qual se verifica que, de todos os pesquisados nacionais, apenas TÁVORA; ALENCAR (2016), LIMA (2017) e DEZEM (2015) abordaram a aludida teoria expressamente, e os dois últimos afirmaram que ela encontra amparo no art. 157, § 1º, do CPP. Além disso, autores como LOPES JR (2016) e OLIVEIRA (2017), envolvidos com a elaboração do novo CPP, em que pese não fizessem menção à limitação da tinta diluída, dissertaram no sentido de que a lei não é clara quanto ao verdadeiro significado e extensão da relação causal na derivação da ilicitude.

Com efeito, a discussão sobre a recepção desta teoria pelo CPP está centralizada no significado e extensão de nexo causal. Ora, de início percebe-se que o legislador não seria redundante a ponto de prever expressamente a exceção por ausência de nexo causal apenas para significar que são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não forem derivadas das ilícitas. De forma análoga, verifica-se que a lei sobre este tema sempre se preocupou em estabelecer o equilíbrio entre os limites éticos do Estado e o poder punitivo como forma de garantir a efetividade da norma, pois na CF fora proibida a utilização de provas ilícitas, mas de maneira abrangente, e o CPP dispõe que a

prova também pode ser ilícita por derivação, no entanto estabelecendo exclusões. Ademais, na Lei nº 11.690/08, nota-se recepções expressas das teorias norte-americanas sobre o tema, consolidando-se, assim, uma exceção relacionada ao nexo causal, sendo, por conseguinte, nítida sua intenção de recepcionar a teoria da mancha purgada, única efetiva exceção nestes moldes.

Imprescindível destacar ainda que a teoria da mancha purgada foi integrada expressamente ao sistema jurídico brasileiro em decisão pioneira do STJ, ao acolher prova remotamente derivada da ilícita, em razão de atenuação da relação de causalidade, nos seguintes termos:

Desse modo, mesmo que se considerasse ilegal a atuação do agente infiltrado segundo o padrão legal brasileiro, a atitude da pessoa “B17” de contribuir espontaneamente com a investigação – transferindo aos investigadores documentação que estava em sua posse e que pertenceria à pessoa investigada na Suíça – é circunstância interveniente na cadeia probatória que atenua ao nexo causal com a prova tida por ilícita pelo julgado suíço [...] admissível no processo, como incidência da teoria do nexo causal atenuado ou da mancha purgada (APn 856/DF. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. DJe 06/02/2018. CE. Acórdão, p. 19 e 20. Acessado em 24/08/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1643708&num_registro=201001847200&data=20180206&formato=PDF).

Após minuciar a doutrina e jurisprudência estadunidense, averigua-se que o nexo causal com a ilicitude pode ser diluído por três fatores principais: i) lapso temporal entre as provas; ii) menor relevância da ilicitude; e iii) colaboração voluntária de um envolvido. Além disso, existem elementos subsidiários que podem ser ponderados, como a intenção de quem produziu a prova ilícita e circunstâncias posteriores intervenientes capazes de enfraquecer a ligação entre a ilicitude e a prova. Todavia, ao apreciar o feito, pode o juiz exigir a configuração de mais de um fator, principal ou secundário, para reputar expurgada a ilicitude entre as provas, como entendeu a Suprema Corte dos EUA no caso *Brown vs. Illinois*, em 1975 (BLOOM; BRODIN, 2006 e EMANUEL, 2009).

4. CONCLUSÕES

Diante o exposto, valorando-se dos meios tradicionais de exegese (literal, sistemático e histórico), foi possível identificar a intenção do legislador em recepcionar, no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da mancha purgada, pela a inclusão do § 1º no art. 157, do CPP, apartando o posicionamento que considera contaminada qualquer evidência cuja produção guarda, com a prova ilícita, o mínimo envolvimento, ainda que remoto, indireto e até hipotético.

Por fim, a pesquisa apresenta ampla contribuição no combate aos crimes de colarinho branco, que são praticados, de forma muito bem elaborada, por sujeitos poderosos e influentes. Isso porque, as garantias individuais (art. 157, § 1º, primeira parte, do CPP, por exemplo), feitas para proteger o indivíduo do Estado, ao serem interpretadas como absolutas, implicam na impunidade destes infratores, não raramente representantes do Estado, que, por sua vez, causam danos imensuráveis à população. Portanto, o reconhecimento de uma exceção, feita pelo próprio legislador, a estas garantias, torna-se ferramenta preciosa aos aplicadores do direito para assegurar a efetividade da norma.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livro

BLOOM, R. M; BRODIN, M. S. **Criminal Procedure: The Constitution and the Police**. New York: Aspen Publishers, 2006.

EMANUEL, S. L. **Criminal Procedure**. New York: Aspen Publishers, 2009.

OLIVEIRA, E. P. D. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2017.

LIMA, R. B. D. **Código de Processo Penal comentado**. Salvador: Juspodivm, 2017.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. São Paulo : Saraiva, 2016.

LOPES JR., A. **Direito processual penal**. São Paulo : Saraiva, 2016.

DEZEM, G. M. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, G. D. S. **Manual de processo penal e execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LE MOS, R. A. M. D. **Aproveitamento da prova obtida pela CPI no Processo Penal**. Limeira: Editora do Conhecimento, 2016.

Documentos eletrônicos

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Ação Penal nº 856/DF. Corte Especial. Relatora Ministra Nancy Andrighi. DJe: 06/02/2018. Acessado em 24 ago. 2018. Online. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1643708&num_registro=201001847200&data=20180206&formato=PDF

Legislação

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. In: Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. In: Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.690, de 9 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. Diário Oficial da União, Brasília, 10 jun. 2008.