

ISABELLA KRISTINNA CORDEIRO OLIVEIRA

TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2020

ISABELLA KRISTINNA CORDEIRO OLIVEIRA

TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. M.e Antônio Alves de Carvalho.

ANÁPOLIS – 2020

ISABELLA KRISTINNA CORDEIRO OLIVEIRA

TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

Anápolis, ____ de _____ de 2020.

Banca Examinadora

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo compreender a natureza e a dinâmica da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, questionando a moralidade e licitude de tal teoria. A metodologia utilizada é a pesquisa e compilação de conteúdo bibliográfico, que consiste na exposição do pensamento de vários doutrinadores acerca do que escreveram sobre o tema proposto. Está dividida didaticamente em três capítulos. Inicialmente, abordar-se-á a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada de maneira geral, discorrendo-se sobre sua natureza e suas origens. O segundo capítulo analisa a Teoria no contexto de sua adoção pela legislação brasileira, discutindo-se seu impacto no país. Afinal, o terceiro capítulo aborda a moralidade e a legalidade da Teoria, também estabelecendo seus prós e contras.

Palavras chave: Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Moralidade. Legalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA	03
1.1 A natureza ou princípios da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada	03
1.2 Origens Históricas da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.....	06
1.3 Exceções à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada	09
CAPÍTULO II – A APLICABILIDADE DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA NO BRASIL	14
2.1 Antecedentes da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada	14
2.2 A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada em Contexto de <i>Civil Law</i>	17
2.3 As Consequências da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada no Brasil Atual	20
CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E A MORAL	24
3.1 A Moralidade vs. Legalidade do Princípio da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada	24
3.2 Os pontos positivos do Princípio da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada..	28
3.3 Os pontos negativos do Princípio da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.	30
CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS	36

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo compreender a natureza e a dinâmica da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, questionando a moralidade e licitude de tal teoria e o que levou o legislador brasileiro a adotá-la em nosso ordenamento jurídico.

Produziu-se uma pesquisa bibliográfica, fundamentando-se nas contribuições de diversos autores, por meio de consulta a livros e artigos jurídicos sobre o assunto em questão. Posto isto, observa-se que, este trabalho foi sistematizado de forma didática, em três partes.

O primeiro capítulo analisa a natureza e os princípios da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e a sua origem histórica. Além disso também analisa-se as exceções de tal Teoria.

O segundo capítulo examina a aplicabilidade da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada no Brasil, para isso expondo os antecedentes da Teoria no país e analisando a adaptação da Teoria originária do sistema *Common Law* norte-americano para o sistema *Civil Law* brasileiro.

Em seguida, o terceiro capítulo explora a carga moral e a dimensão legal da Teoria dos Frutos da Árvore além de discutir os aspectos positivos e os aspectos negativos da Teoria para a sociedade.

A pesquisa elaborada pretende esclarecer a lógica desta Teoria e os efeitos sociais trazidos por ela. Considera-se que por meio dessa inquirição pode-se

compreender esta Teoria largamente utilizada nos processos jurídicos que envolvem os políticos e grandes operações nacionais.

CAPÍTULO I – A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada constitui uma das teses centrais do Direito Penal contemporâneo e provoca, seja nos meios jurídicos e naquele acadêmico discussões seja de âmbito ético como filosófico. Suas origens no *Common Law* pode causar estranheza no espaço do *Civil Law*.

1.1 A natureza ou princípios da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada nada mais é do que a denominação da construção jurisprudencial americana que estabelece a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação. Atualmente o regime jurídico-processual brasileiro adota esta teoria e dispõe que as provas derivadas daquelas comprovadas ilícitas deverão ser forçosamente excluídas do processo.

A reconstrução dos fatos imputados ao réu é de certo a atividade mais relevante desempenhada no processo penal. Atualmente há um consenso nos âmbitos jurídico, filosófico e hermenêutico acerca da ideia de que a verdade chamada verdade real é inalcançável e, por isso o processo deve buscar apenas a verdade formal, construída a partir do que foi colhido na instrução. (FREITAS, 2010)

A busca da verdade sempre foi uma questão relevante nos mais diversos ramos do saber. Em razão disso inúmeras teorias foram desenvolvidas no campo da filosofia a esse respeito e várias classificações foram feitas por processualistas penais acerca dessas teorias. (CECARELLI, 2011)

Para que se alcance a aplicação correta do direito material ao caso concreto é necessário buscar a verdade dos fatos trazidos à análise judicial, por todos os meios admitidos em direito. É preciso rebuscar a mais fiel reprodução possível dos fatos ocorridos, narrados nos autos do processo para serem levados a

juízo. Essa verdade dos fatos será retratada no processo a partir do efetivo exercício do direito à prova pelas partes que produzirá elementos de prova inseridos nos autos. (CECARELLI, 2011)

Em vista disto, no âmbito de um processo penal a atividade probatória exercida deve buscar a realização da justiça, fundada na maior aproximação possível da verdade ao mesmo tempo em que respeita os direitos fundamentais garantidos ao investigado. Neste sentido, não se pode admitir tudo e qualquer coisa em nome da busca da verdade. A sério, no regime jurídico-constitucional brasileiro toda atividade do Estado deve ser realizada em conformidade aos princípios e regras constitucionais que conferem direitos fundamentais aos indivíduos. (FREITAS, 2010)

Independentemente da instância perante a qual seja instaurada ação persecutória do Estado, para que esta seja legal, não pode fundamentar-se em elementos probatórios obtidos de forma ilícita, caso contrário ofenderia a garantia constitucional do devido processo legal, ou *Due Process of Law*, que tem como uma de suas projeções mais expressivas a inadmissibilidade das provas ilícitas e as provas destas derivadas. (CARVALHO, 2016)

Em suas dimensões formal e substancial o devido processo legal é derivado do constitucionalismo. A base para a legítima participação política e para a garantia dos direitos fundamentais são formadas de todas as garantias decorrentes dele. O devido processo é considerado um importante instituto para legitimar os atos estatais e garantir aos cidadãos o respeito a seus direitos fundamentais, de natureza material e processual desde a sua menção na Carta Magna inglesa. (DINIZ ; SILVA, 2012)

O princípio do devido processo legal foi acolhido pela ordem constitucional brasileira com a criação de institutos, direitos e garantias processuais constitucionais que visam resguardar os indivíduos, enquanto sujeitos de direitos e cidadãos, contra arbitrariedades e abusos que possam ser cometidos pelos agentes estatais. (DINIZ ; SILVA, 2012)

A Constituição Federal de 1988 traz delimitações expressas à atividade persecutória estatal quando elege à condição de direitos fundamentais em seus artigos a intimidade, a inviolabilidade do domicílio, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações e inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Assim sendo há um limite à busca dos órgãos estatais por elementos que possibilitem a persecução penal, configurando verdadeiros limites éticos à atividade probatória. (FREITAS, 2010)

As provas ilegítimas e ilícitas são espécies das quais as provas vedadas ou ilegais configuram como gênero. As provas ilegítimas são aquelas que a produção implica na violação de uma regra de direito processual. Por sua vez, as provas ilícitas são aquelas produzidas com violação dos direitos fundamentais do indivíduo, cuja produção implique na agressão a um direito material ou constitucional. É importante fazer tal distinção porque as provas ilegítimas podem, em tese, ser repetidas, uma vez afastada a violação processual que ensejou sua ilegitimidade, já as ilícitas não podem em momento algum ser convalidadas ou repetidas. (MOURA, 2013)

Em suma, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada declara inadmissíveis os meios probatórios que apesar de produzidos em momento posterior, acham-se afetados pela ilicitude da prova originária, que a eles se transmite por efeito do nexo de causalidade. Circunstância na qual novos dados probatórios são conhecidos pelo Poder Público apenas em razão de transgressão praticada anteriormente pelos agentes da persecução penal, em desrespeito à garantia constitucional a direitos fundamentais. (CARVALHO, 2016)

É relevante a questão de como proceder diante de um eventual conflito entre o interesse da sociedade no combate à criminalidade e as garantias constitucionais protetivas do cidadão, derivadas do devido processo legal. Neste sentido, em face da mensuração do contrastante de valores entre indivíduos e sociedade, até que ponto as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal podem ser flexibilizadas. (CAPEZ, 2015)

Não obstante existirem diversas correntes que defendem que os direitos fundamentais têm caráter absoluto, tal forma de interpretá-los conduziria a absurdos,

pelo fato de que em determinadas situações concretas, há a possibilidade de acontecerem conflitos entre tais direitos. Daí as questões postas ao operador do direito sobre restrições e colisões de direitos fundamentais. (DINIZ ; SILVA, 2012)

Não é razoável adotar uma postura inflexível de desprezo a toda e qualquer prova ilícita em todas as situações. Em alguns casos existe uma relevância maior no interesse que se quer defender em comparação à intimidade que se deseja preservar. Deste modo, com o surgimento de conflitos entre os princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deve prevalecer. O juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, para evitar um mal maior. Os interesses colocados em oposição precisam ser quantificados, para que se escolha de forma justa qual deva ser sacrificado. (CAPEZ, 2015)

Assim pode-se inferir que apesar de pautado sobre princípios processuais de alta carga axiológica o devido processo legal não pode ser tomado de modo inflexível. Posto que sejam respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, os demais princípios podem sofrer adaptações de acordo com os casos concretos. Não há violação do devido processo nem são ignorados os valores assumidos por uma ordem constitucional interna e os direitos humanos, em decorrência de tal relativização e flexibilização. (DINIZ ; SILVA, 2012)

1.2. Origens Históricas da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

É de suma importância para a melhor compreensão da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada que se entenda sua origem, em vista disso parte-se para a análise histórica da doutrina.

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*Fruits of the Poisonous Tree*) tem sua origem no direito norte-americano, sendo, mais especificamente, criada e aperfeiçoada pela Suprema Corte norte-americana a partir do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co vs. United States* de 1920 no qual a empresa *Silverthorne Lumber* tentou sonegar o pagamento de tributos federais. No combate à fraude,

agentes federais copiaram de forma irregular os livros fiscais da referida empresa. A questão chegou ao conhecimento da Suprema Corte e se questionou, em síntese, se as provas derivadas de atos ilegais poderiam ser admitidas em juízo. (CABRAL, 2009)

Com a análise do caso *Silverthorne Lumber Co vs. United States (1920, online)* a Suprema Corte norte-americana se posicionou no sentido de que, caso autorizasse a utilização de evidências derivadas de atos ilegais, o Tribunal em questão estaria de certa forma incentivando os órgãos policiais a desrespeitar a 4ª Emenda da Constituição norte-americana, a qual dispõe:

O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Em vista disso, a Suprema Corte optou por declarar inadmissíveis as provas derivadas de provas obtidas ilicitamente.

No entanto, apesar do caso *Silverthorne Lumber Co vs. United States (1920)* representar o início da doutrina dos frutos da árvore envenenada no direito norte-americano, somente em 1939, no caso *Nardone v. United States* é que se faz menção expressa, pela primeira vez, à terminologia *Fruits of the Poisonous Tree* pelo Ministro Franckfurter. (CABRAL, 2009)

O Tribunal no caso *Nardone vs. United States* decidiu pela exclusão de testemunhos prestados por agentes públicos que haviam conduzido e acompanhado a gravação de conversas decorrentes de interceptação telefônica ilegal do réu, por constituírem provas ilícitas por derivação. No mesmo julgamento mencionou-se uma possível mitigação à teoria da prova ilícita por derivação partindo da ideia de que se no caso concreto a ilegalidade da prova derivada encontra-se já atenuada em relação à ilicitude anterior, tal fato não seria suficiente para justificar a exclusão da segunda prova. (CECARELLI, 2011)

É interessante observar que a utilização da expressão *Fruits of the Poisonous Tree* tem por inspiração uma passagem bíblica de São Mateus, que assim dispõe, *in verbis*:

Even so every good tree bringeth forth good fruit; but a corrupt tree bringeth forth evil fruit. A good tree cannot bring forth evil fruit, neither (can) a corrupt tree bring forth good fruit. Every tree that bringeth not forth good fruits is hewn down, and cast into the fire. Wherefore by their fruits ye shall know them (Mathew 7:17-20): Assim, toda a árvore boa produz bons frutos, e toda a árvore má produz frutos maus. Não pode a árvore boa dar maus frutos; nem a árvore má dar frutos bons. Toda a árvore que não dá bom fruto corta-se e lança-se no fogo. Portanto, pelos seus frutos os conhecereis. (Mateus 7:17-20)

A teoria representa uma extensão da regra de exclusão ou *Exclusionary Rule*, que se trata de um princípio do direito norte-americano que estabelece que, quando coletada e obtida em violação aos direitos constitucionais do réu, a prova será considerada judicialmente inadmissível. Tal princípio decorre do princípio do devido processo legal ou *Due Process of Law* e da 5ª emenda da Constituição norte-americana, que dispõe:

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

As regras de exclusão foram pensadas a princípio para desestimular a conduta de policiais que praticavam atos ofensivos a direitos constitucionais no exercício da atividade de investigação. Assim, as *Exclusionary Rules* teriam como função evitar a atuação ilegal dos policiais, consequentemente resguardando direitos fundamentais resguardados pelas Emendas Constitucionais. Tanto é assim que nos Estados Unidos provas ilícitas obtidas por particulares não são excluídas dos autos, exceto quando esses atuam a mando de policiais. (CECARELLI, 2011)

Nos últimos anos, nos Estados Unidos as *Exclusionary Rules* têm sido consideradas como um remédio judicial que só se aplica depois de analisado o custo-benefício do caso em questão. Ou seja, nos dias de hoje tem prevalecido que as provas ilícitas serão excluídas dos autos do processo somente se tal exclusão for considerada realmente necessária no caso concreto. Este entendimento tem ganhado força, se sobrepondo à ideia de que as regras de exclusão seriam mandamentos constitucionais. Deste modo, essa nova perspectiva abranda a própria tese das *Exclusionary Rules*, desenvolvida inicialmente naquele país. (CECARELLI, 2011)

O princípio da vedação das provas ilícitas é indiretamente previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 em seu Artigo XI que dispõe:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Veja-se que tal teoria foi desenvolvida pela doutrina americana por volta das décadas de 1920 e 1930, e só foi introduzida ao nosso ordenamento com a edição da Lei nº 11.690/08, ou seja, cerca de nove décadas depois. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal já haviam reconhecido e passado a aplicar a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada há mais de uma década antes da alteração no Código de Processo Penal.

1.3. Exceções à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

Devido ao seu enunciado aberto o princípio da vedação do uso de provas ilícitas, passou a sofrer exceções para se evitar absurdos ou, no caso concreto, a negação da existência de conflitos entre ele e outros princípios pertencentes à mesma categoria de direitos fundamentais. Tendo em vista que nenhuma regra constitucional é absoluta, esta norma também não é absoluta, dado que ocupa o mesmo espaço de outras regras e princípios também constitucionais. Deste modo, desde que garantidos constitucionalmente, sempre será necessário o

balanceamento entre os bens jurídicos. (DINIZ ; SILVA, 2012)

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, decorrente deste princípio, também compartilha sua natureza relativa, assim apresentando algumas exceções significativas.

As principais exceções à teoria são: a teoria da fonte independente ou “*Independent Source Doctrine*”, criada pela Suprema Corte no caso *Segura and Colon vs. United States* (1984), a teoria da descoberta inevitável ou “*Inevitable Discovery Doctrine*”, originada no caso *Nix vs. Williams* (1984), a teoria da atenuação do nexo causal ou “*Attenuation Doctrine*”, criada no caso *Wong Sun vs. United States* (1963) e a teoria da boa fé estabelecida nos casos *United States vs. Leon* e *Mass. v. Sheppard*. Essas teorias, baseadas na análise de casos concretos, apresentam situações nas quais, ainda que tenha sido reconhecida a ilicitude da prova anterior, a exclusão das provas derivadas dela não foi determinada. (FREITAS, 2010)

A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao enfrentar o caso *Segura and Colon vs. United States* concluiu que, como a polícia já tinha uma fonte independente para a descoberta das provas o fato da primeira busca ter sido realizada de forma ilegal seria totalmente irrelevante para a admissibilidade das provas derivadas, não se aplicando, no caso, a doutrina dos frutos da árvore envenenada. (CABRAL, 2009)

Admite-se, pela teoria da fonte independente, provas derivadas das ilícitas quando existirem elementos que demonstrem que esta prova também seria obtida a partir de uma outra fonte, que não apresente relação com aquela em que se verificou ilicitude. Isso garantiria a persecução penal enquanto impede a polícia de agir ilegalmente.

No caso *Nix vs. Williams* (1984) *Williams* foi preso pelo assassinato de uma garota, cujo corpo foi deixado às margens de uma rodovia. Policiais e grupos voluntários realizavam uma grande busca pelo corpo da criança. Durante a realização das buscas, *Williams* prestou depoimento para a polícia, sem a presença

de seu advogado indicando a localização do corpo da criança. A Suprema Corte, ao analisar o caso, decidiu que, apesar de a prova ter sido obtida a partir de outra prova produzida ilegalmente não se aplicaria a doutrina dos frutos da árvore envenenada neste caso, pois chegou-se à conclusão de que a prova seria inevitavelmente descoberta se as investigações seguissem seu curso. (CABRAL, 2009)

Ainda que presente eventual relação de dependência entre uma prova e outra prova obtida ilicitamente, pela teoria da descoberta inevitável, admite-se a utilização desta, caso se verifique que a autoridade policial poderia chegar à mesma evidência inevitavelmente utilizando-se dos métodos de investigação habituais.

Neste mesmo sentido, também é consolidada a teoria da atenuação do nexos causal que permite a utilização da prova derivada se obtida de forma muito remota com a ilicitude originária em termos de nexos causal, pois nota-se um abrandamento da cadeia causal dos acontecimentos que justifica a permanência da prova.

Ainda, admite-se como exceção à regra de exclusão das provas ilícitas no direito americano a teoria da boa-fé, a qual afirma que não haverá razão para a exclusão da prova nos casos em que ficar demonstrado que a atuação da autoridade se deu de boa fé, tendo em vista que as regras de exclusão destinam-se sobretudo a evitar que as autoridades encarregadas da investigação criminal atuem de forma ilegal.

Assim como a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada surgiu nos Estados Unidos e passou a ser aplicada no processo penal pátrio, o mesmo ocorre com as teorias norte-americanas que buscam atenuar o alcance da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada também são aplicáveis no direito processual penal brasileiro.

Outra questão que implicaria em exceção seria a utilização de provas ilícitas pelo réu para provar sua própria inocência em processo judicial criminal. Na visão de Paulo Rangel, neste caso, aplica-se a teoria da exclusão da ilicitude, uma vez que o réu agiria sob estado de necessidade, uma excludente de ilicitude, assim a prova seria amparada pelo direito, não podendo ser considerada ilícita; O Supremo

Tribunal Federal brasileiro também entende que, excepcionalmente, nos casos de notória e extrema gravidade, as provas ilícitas podem ser admitidas em juízo, por força do princípio da proporcionalidade. (CABRAL, 2009)

A chamada teoria da proporcionalidade foi desenvolvida na Alemanha, no período pós-guerra. Baseado nessa teoria tem sido admitida a prova ilícita, sempre em casos extremamente graves e em caráter excepcional, em razão do princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes. Essa teoria relativiza o princípio da proibição das provas obtidas por meios ilícitos, que pode ser violado, em casos especiais, quando um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante correr algum risco. Vale ressaltar que na realidade não existe conflito entre princípios e garantias constitucionais, pois em caso de aparente contraste estes devem harmonizar-se de modo que o mais importante prevaleça. Tal princípio foi chamado de princípio da razoabilidade nos Estados Unidos, equiparando-se ao princípio da proporcionalidade no direito alemão. Em caso de uma prova indispensável para evitar uma condenação injusta certamente deverá ser aplicada, não obstante ser considerada ilícita ou ilegítima. (CAPEZ, 2015)

O princípio que condena as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado para perpetuar condenações injustas, logo não há entraves para a aceitação do princípio da proporcionalidade a favor do réu. Entre permitir que alguém tenha seu direito à liberdade injustamente cerceado sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado e aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, a opção que mais se alinha com o conceito de Estado Democrático de Direito e corrobora com a proteção de dignidade humana, é indubitavelmente a última. (CAPEZ, 2015)

Existem críticas em relação ao princípio da proporcionalidade. Uma das questões é quanto à subjetividade dessa teoria, decorrente da impossibilidade de enunciação abstrata dos seus elementos fundamentais, consistentes nos interesses e valores contrapostos, em função da inexistência de limites fixos, situação que afetaria a segurança jurídica, que é um dos postulados fundamentais do Estado de Direito. Em razão disto alguns questionam a aplicação do princípio, alegando que se trata de critério vago que ariscaria a sistematização das proibições probatórias.

(CABETTE, 2012)

CAPITULO II – A APLICABILIDADE DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA NO BRASIL

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada é originária do direito norte-americano. O direito brasileiro optou por abarcar esta Teoria proveniente de um país, cuja cultura e sistema jurídico são diferentes da cultura e sistema jurídico que se desenvolveram no Brasil. Este fato leva ao questionamento da aplicabilidade da Teoria no país.

A fim de responder este questionamento quanto à aplicabilidade da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada no Brasil passamos a discorrer sobre os antecedentes da Teoria no país, estabelecer o contraste existente entre o sistema *Common Law*, adotado no país de origem da teoria, e *Civil Law*, adotado pelo Brasil e apontar as consequências da adoção da Teoria no país.

2.1. Antecedentes da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

Não havia nenhuma norma positivada no ordenamento jurídico brasileiro referindo-se à ilicitude probatória até a instituição da Constituição Federal de 1988. Vigorava nessa matéria em um primeiro momento o Princípio da Veracidade da Prova, segundo o qual a prova era analisada conforme a sua força probante, desconsiderando-se a sua forma de obtenção. Irregularidades eventuais na obtenção das fontes de prova eram apuradas como ilícitos administrativos ou penais em órbita própria, sem influência em sua admissibilidade no processo. (CECARELLI, 2011)

Além disso o Princípio do Livre Convencimento Judicial e da Fé Pública eram utilizados como base para argumentar a favor da admissibilidade de tais provas nos autos processuais. Isto é, acreditava-se na existência da presunção

relativa da licitude da prova, uma vez que atingida por agentes estatais, possuidores de fé pública. (CECARELLI, 2011)

O Código de Processo Penal vigente tem origem no governo de Getúlio Vargas, em 1941. Na época não era função do processo proteger o indivíduo da vontade do Estado, pelo contrário, servia somente para assegurar a penalização ao autor de uma infração penal, garantindo o *ius puniendi*. Os dogmas do livre convencimento e da verdade real predominavam resultando que preponderasse o Princípio da Investigação Criminal, em detrimento do acusado, mesmo que baseada em meios ilícitos. (FORTES, 2017)

Desde a vigência do Código de Processo Penal até meados da década de 70, prevaleceu no ordenamento jurídico pátrio uma perspectiva legalista de prova ilícita, segundo a qual ela é julgada eficaz e válida, sem impedimento do cabimento de sanções nas esferas civil, penal e disciplinar para quem se atribuiu a obtenção ilícita da prova. (FORTES, 2017)

O sistema vigente naquela época aproximava-se da ideia de *male captum, bene rectum*, possibilitando, independentemente de sua obtenção irregular, o ingresso dos elementos de prova no processo. Todavia, ao fim da década de 60, mostrou-se tendência de mudança de posicionamento por parte do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. (CECARELLI, 2011)

No Brasil a Teoria da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas foi adotada e recepcionada pelos nossos legisladores em nossa Carta Magna de 1988. Senão vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Como a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu o que seria prova ilícita nem determinou a necessidade de lei como requisito para a produção dos

efeitos da norma, pode-se observar que a proibição do uso de provas ilícitas trata-se de um enunciado genérico. Logo o direito constitucional das provas vedadas é norma constitucional de eficácia plena, porém o legislador pode regulamentá-la e sua aplicação pode ser avaliada pela jurisprudência desde que sua interpretação seja cautelosa e que esteja apoiada em outras normas constitucionais, além de atender aos princípios hermenêuticos da interpretação de acordo com a constituição. (DINIZ; SILVA, 2012)

A questão das provas derivadas das ilícitas pode ser vista sob a óptica do art. 573, § 1º, do Código de Processo Penal:

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

Nesse contexto, por prover de um elemento probatório obtido por meios ilícitos, a prova ilícita por derivação e a sentença prolatada baseada nela deveriam ter sua nulidade declarada. (CARDOSO, 2012)

O Código de Processo Penal sofreu alterações com a chegada da Lei 11.690, em 9 de junho de 2008. Com o advento da referida Lei, a redação do artigo 157 do CPP foi alterada declarando explicitamente o que seriam provas consideradas ilícitas e garantindo sua inadmissibilidade. O parágrafo primeiro do mesmo artigo positivou a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada inadmitindo também as provas derivadas das ilícitas:

Art. 157. 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.

Para exemplificar a teoria, Capez (2012, p. 364) nos cita julgado do STF, *in verbis*:

É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o

produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem. Outro exemplo seria o da interceptação telefônica clandestina — crime punido com pena de reclusão de dois a quatro anos, além de multa (artigo 10 da Lei 9.296/96) — por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado. Nesse diapasão, tal teoria, de cunho da Suprema Corte norte-americana (United States Supreme Court, 1920), tem sido aplicada na ordem normativa brasileira (STF – HC 93.050 – Rel. Min. Celso de Mello – DJe 1º-8-2008 e STJ – HC 191.378 – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – DJe 5-12-2011). (BRASIL, 2011, *online*).

Observa-se que o art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, positivou, além da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, a exceção consolidada pela Teoria da Fonte Independente. No § 2º, tentou-se explicar no que consistiria a exceção, ao ditar que se considera 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. A descrição feita pelo legislador, no entanto, se encaixa mais na Teoria da Descoberta Inevitável (CARDOSO, 2012)

A razão da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada é evitar que o Estado, como detentor do *jus puniendi*, utilize de provas ilícitas para conseguir vantagens. Desta forma, se houver a contaminação das provas obtidas a partir de uma ilícita, é necessária a aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, de modo que o Estado não obtenha benefícios descumprindo as regras do direito. (CARDOSO, 2012)

2.2. A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada em Contesto de *Civil Law*

Cada país realiza dentro da sua jurisdição o seu próprio sistema de normas. Desta forma, verifica-se, especialmente, quando se constata o tratamento dado à jurisprudência pelo direito ocidental, uma tendência no uso de dois grandes sistemas de direito que servem de base para a instalação das diversas normatizações existentes nos Estados. Esses sistemas podem ser sintetizados em *Common Law* e *Civil Law*. Assim, para efeitos de classificação, costumam-se dividir os sistemas jurídicos nestas duas grandes escolas. (CAMPOS, 2017)

A primeira destas escolas é denominada de *Common Law*, sobre forte influência anglo-saxônica, tendo como base fundamental os precedentes jurisprudenciais. A norma de direito é extraída a partir de uma decisão concreta, sendo aplicada aos casos idênticos no futuro por meio da indução. As decisões judiciais são fontes imediatas do direito, gerando efeitos vinculantes. Observa-se que o Sistema de *Common Law* se funda na percepção casuística de cada caso concreto. Baseia-se no problema, sendo compreendido por meio de seus fatos relevantes. Nesta lógica, possibilita-se ao magistrado criar uma regra geral para a decisão, denominada de precedente judicial, tendo como fulcro os elementos de fato e de direito que enquadram o julgamento: (CAMPOS, 2017)

Segundo entendimento convencional, o common law, modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhes efeitos vinculantes e gerais e atribuindo à lei papel secundário. Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, por indução, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que associações e distinções entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes. (MELLO, 2008, p. 12)

A segunda escola é denominada de *Civil Law* e predomina na Europa Continental. De tradição romana, prioriza o positivismo concretizado em um processo legislativo. A norma jurídica consiste em um comando geral e abstrato procurando abranger uma diversidade de casos futuros. A aplicabilidade desta escola funda-se na dedução, iniciando-se em um comando geral a fim de regular uma situação particular. Percebe-se que, neste sistema, as decisões judiciais não têm a prerrogativa de gerar eficácia vinculante para o julgamento de casos posteriores, desempenhando uma função secundária como fonte de direito: (CAMPOS, 2017)

Já nos ordenamentos de origem românica, caberia à lei a função de protagonizar a manifestação do direito, incumbindo-se às decisões judiciais papel meramente acessório e mediato, como fonte explicitadora e declaradora do significado do ordenamento positivo. Assim, a determinação da solução aplicável a uma demanda específica dar-se-ia pelo mecanismo da subsunção das situações de

fato na regra geral legislada, cujo significado seria revelado através da atividade interpretativa. (MELLO, 2008, p. 12)

Tendo-se descrito os dois sistemas, mostra-se pertinente realizar a comparação acerca das principais diferenças entre eles. O modelo de precedente judicial (*Common Law*), é predominantemente centrado na decisão judicial, e por isso atua por um raciocínio indutivo, no qual se procura nos julgados a fonte de decisão dos casos subsequentes, enquanto isso o modelo codificado (*Civil Law*) é caracterizado pelo raciocínio dedutivo e abstrato, que estabelece premissas e a partir destas normas gerais obtém conclusões por processos lógicos. (TAVARES, 2005, p. 128)

A escola do *Civil Law* foi aquela a qual o Brasil se filiou, fundamentada em outorgar à lei como a fonte primária imediata do ordenamento jurídico. Por conseguinte, os litígios judiciais são resolvidos por meio da adequação do caso à norma constante da lei. Tal filiação tem sofrido relativizações em virtude da forte influência dos mecanismos do sistema de *Common Law*. (CAMPOS, 2017)

Esta influência *Common Law* no ordenamento brasileiro evidencia-se no movimento de valorização do costume jurisprudencial, notadamente pela emergência da súmula vinculante como fonte do direito, diante da Emenda Constitucional 45/2005. Como é notório, a alteração constitucional incluiu o art. 103-A no Texto Maior com a seguinte redação:(TARTUCE, 2015)

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Brasil, 2005,*online*)

De tal maneira, haveria uma tendência de se caminhar para um sistema próximo à *Common Law*, em que os precedentes jurisprudenciais constituem a principal fonte do direito. Porém as súmulas vinculantes não são leis, não tendo a mesma força dessas. Isto posto, a conclusão é pela permanência de um sistema essencialmente legal. Como é notório, o princípio da legalidade está expresso no art.

5.º, inc. II, da Constituição Federal de 1988, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude da lei.(TARTUCE, 2015)

Em que pese serem oriundas de sistemas jurídicos diversos, *Common Law* no caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, e *Civil Law* no caso do Supremo Tribunal Federal no Brasil, observa-se que a comparação indica que ainda há espaço para mudanças constitucionais quanto ao tema da proibição de provas ilícitas, mediante a aceitação de provas com conteúdo ilícito, seja para proteger a sociedade ou para evitar a condenação injusta do réu. (DINIZ; SILVA, 2012)

2.3. As Consequências da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada no Brasil Atual

No Brasil ainda que na última década venha ocorrendo uma evolução jurisprudencial e doutrinária acerca do princípio das provas vedadas, as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos ainda merecem atenção, tendo em vista que a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, assim como a maioria das teorias que admitem a exclusão da ilicitude probatória têm origem no direito estadunidense. A comparação de julgados e posições provenientes do direito norte-americano com os entendimentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, podem colaborar para o avanço da jurisprudência brasileira uma vez que possibilita observar contradições. (DINIZ; SILVA, 2012)

A Suprema Corte dos Estados Unidos construiu e admitiu seis hipóteses de exclusão da ilicitude direta. Três dessas hipóteses não são adotadas no direito brasileiro sendo estas a Exceção de Boa-Fé por ser considerada hipótese de juízo vago e impreciso; a Exceção de Impugnação, uma vez que o réu não presta compromisso antes do interrogatório no processo penal brasileiro não sendo obrigado a produzir prova contra si e sendo-lhe garantido inclusive o direito de mentir; e a Limitação da Legitimidade, pois no sistema jurídico brasileiro a análise da licitude da prova pode ser provocada por qualquer parte interessada ou mesmo o assistente de acusação ainda que não tenha sido afetado diretamente por ela. (DINIZ; SILVA, 2012)

Considerando-se as hipóteses admitidas, ao ter considerado legal decisão que condenou determinado réu por existir outras provas suficientes para a

condenação, além da ilícita, o STF admite a Exceção do Erro Inócuo, (RHC 74.807 – Dj 20.6.97 e HC 76203 – Dj 17.11.00). Apesar da ampla admissão doutrinária o STF ainda não aderiu plenamente à aplicação do Princípio da Proporcionalidade (HC 80.949– Dj 30.10.2001). Por fim, em relação a Prova Ilícita a Favor do Réu, a mesma oscila em relação à jurisprudência, encontrando amparo na doutrina majoritária. (DINIZ; SILVA, 2012)

A Teoria do Encontro Fortuito, na qual a prova de um crime é encontrada durante a realização legal e regular de uma diligência na investigação de crime diverso, ainda é aplicada no Brasil. Segundo ela a prova do crime diverso pode ser admitida como lícita, desde que a diligência tenha sido cumprida de acordo com os objetivos para a qual foi permitida. No entanto, quando se extrapolam os atos diligenciais ignorando-se os limites da permissão e somente por conta desse excesso é que a prova do novo crime é encontrada, a teoria não se aproveita. No caso de excesso a prova fortuita será considerada ilícita. (PACELLI, 2012)

Um exemplo desta teoria na prática é o caso de interceptação telefônica, autorizada judicialmente e dentro dos trâmites legais que ao investigar um crime descobre a existência de outro. Como nos casos de interceptação telefônica já houve a autorização regular para a quebra do sigilo, deve-se aceitar a prova fortuita. Caberá o desfrute do conteúdo da intervenção permitida e tratando-se de material relativo à prova de crime, não é possível argumentar-se com a justificação da medida, e sim com o cumprimento da lei. (PACELLI, 2012)

No que tange diretamente a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, o direito brasileiro discute a admissão das três teorias no processo penal para a exclusão da ilicitude indireta ou derivada. A Teoria da Fonte Independente que admite a prova completamente diversa e livre de qualquer relação com a prova ilícita passou a ser expressamente prevista no CPP. Um exemplo concreto desta teoria seria se denúncia arrola-se uma testemunha, que no processo se torna ilícita ao se descobrir que a mesma foi descoberta pela polícia em interceptação clandestina, a teoria se aplicaria se esta mesma testemunha houvesse sido referida por uma outra testemunha durante a investigação policial. Mesmo ocorrendo a interceptação

inconstitucional, a testemunha ainda assim poderia ser arrolada no processo, pois a fonte se deu independentemente da ilicitude. (AVENA, 2012)

Apesar do §2º do artigo 157 do CPP, ter sido criado com a intenção de definir a Fonte Independente, na verdade tratou da Descoberta Inevitável, onde se aceita a prova, ainda que ela tenha relação de causalidade com provas ilícitas, tendo em vista que poderiam prover de mecanismos de investigação rotineiramente utilizados, ou seja, os trâmites típicos próprios da investigação ou instrução criminal seriam suficientes para levar ao fato objeto da prova. Como exemplo há o caso da autoridade policial que descobre um cadáver ao ingressar ilicitamente em uma residência. A existência de ilicitude na primeira diligência não impedirá a investigação sobre um possível homicídio, nem invalidará as provas decorrentes desse segundo fato, uma vez que o cadáver seria encontrado de qualquer maneira se a investigação corresse de acordo com os trâmites usuais. (DEZEM, 2008)

Apesar de ainda não constar na jurisprudência do STF, uma outra tese admitida na doutrina pátria é a Expurgação Posterior, também chamada de Limitação da Contaminação Expurgada ou também Limitação da Conexão Atenuada. De acordo com esta hipótese de excludente, mesmo que a prova esteja contaminada, um fato subsequente expurga ou efetua a limpeza da prova, permitindo a sua aceitação. Um caso ilustrativo seria o de um investigado, preso ilegalmente por não estar em flagrância que confessa ter cometido o crime. A confissão é ilegal a princípio, dado que esta foi tomada mediante prisão ilegal, no entanto a mesma pode ser aceita se o réu, sem nenhuma coação e acompanhado de seu defensor, efetuar a confissão em juízo efetua a confissão. (DINIZ; SILVA, 2012)

Nesta hipótese, a prova da confissão poderia ser aproveitada, porquanto a ilicitude anterior deixou de existir, tendo sido expurgada. A atenuação diz respeito ao nexo de causalidade ínfimo entre a prova ilícita e a dela derivada, podendo-se dizer que essa teoria foi adotada no Código de Processo Penal brasileiro no §1º do artigo 157. (AVENA, 2012)

De acordo com o que se pode observar da construção jurisprudencial do STF, no que corresponde com a doutrina mais atual, o suporte constitucional que se

destina tanto ao direito penal como ao direito processual penal, provêm da compreensão de que se ao intervir na liberdade individual o Estado detêm o poder qualificar determinadas condutas como criminosas e também o poder de realizar os procedimentos extrajudiciais e judiciais necessários para se provar as imputações feitas contra o acusado, ele deve se submeter ao devido processo legal em todas as suas formas, principalmente às exigências de proporcionalidade e. razoabilidade (DINIZ; SILVA, 2012)

Em vista disto, resta evidente que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite majoritariamente o entendimento advindo da Suprema Corte dos Estados Unidos, dado que observa nele a abertura oportuna e adequada ao caso concreto, evitando-se interpretações incoerentes e o cometimento de injustiças. (DINIZ; SILVA, 2012)

CAPÍTULO III – O PRINCÍPIO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E A MORAL

Tendo explicado do que se trata a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, suas origens e sua aplicação no cenário atual, agora será analisada a Teoria no âmbito da moralidade e da legalidade, além de discutir os prós e contras da Teoria para a sociedade.

3.1. A Moralidade vs. Legalidade do Princípio da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

Antes de discorrer sobre a moralidade e a legalidade do Princípio da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada se faz necessário estabelecer o que é moralidade e o que é legalidade. Moralidade se trata da qualidade do que segue os princípios da moral ou próprio conjunto dos princípios morais.

A palavra ‘moral’ provem do latim *moralis* e diz respeito à distinção de intenções, decisões e ações entre aquelas consideradas como próprias e as consideradas impróprias. É interessante ressaltar que esta palavra se originou da tradução romana da palavra grega *êthica*, porém não traduz completamente a palavra grega originária, uma vez que para os gregos *êthica* possuía dois sentidos complementares, sendo que o primeiro derivava de *êthos* e significava a interioridade do ato humano, isto é, remetia para o cerne da ação, para a intenção. Sob outra perspectiva *êthica* significava também *êthos*, remetendo à questão dos hábitos, costumes, usos e regras, o que se concretizava na assimilação social dos valores. A tradução latina do termo *êthica* para *mores* privilegiou o sentido comunitário da atitude valorativa. A confusão que muitos fazem atualmente entre os termos ‘ética’ e ‘moral’ é resultado dessa tradução. (SPINELLI, 2009)

Os termos ‘ética’ e ‘moral’ são ocasionalmente usados sem distinção. Todavia, geralmente o termo moral tem uma significação mais abrangente que o vocábulo ‘ética’. A moral é aquilo que se subordina a um valor. Georg Wilhelm Friedrich Hegel diferencia a moral subjetiva que seria o cumprimento do dever pelo ato de vontade, da moral objetiva que seria a obediência à lei moral enquanto fixada pelas normas, leis e costumes da sociedade. Hegel acreditava ser insuficiente a

mera moral subjetiva. É preciso que a moral subjetiva não se mantenha puramente como aspiração ao bem, em um subjetivismo abstrato. Para se concretizar, é necessário que se complemente com o objetivo, que se incorpora moralmente como moral objetiva. (MORA, 1978)

A moral é um complexo de regras de convívio possuindo um campo de aplicação mais amplo do que o do Direito. Nem todas as normas Morais são normas jurídicas. O campo da moral é mais abrangente. A semelhança entre o Direito e a Moral é que ambos são modos de controle social.

Os egípcios, os babilônios, os chineses e os próprios gregos não distinguem o direito da moral e da religião. Para eles o direito confunde-se com os costumes sociais. Moral, religião e direito são confundidos. Nos códigos antigos, encontramos não só preceitos jurídicos, como, também, prescrições morais e religiosas. O direito nesse tempo ainda não havia adquirido autonomia, talvez porque, como nota Roubier, 'nas sociedades antigas, a severidade dos costumes e a coação religiosa permitiram obter espontaneamente o que o direito só conseguiu mais tarde', com muita coerção. (GUSMÃO, 2007, p. 69)

Pode-se concluir que a Moral precede o Direito. Os romanos, organizadores do direito, influenciados pela filosofia grega, consideraram-no como a arte do bom e equitativo. O jurista Paulo no *Corpus Juris Civilis* compreendeu a particularidade do direito, sustentou que *non omne quod licet honestum est*, o que significa: nem tudo que é lícito é honesto. Ou seja, nem tudo que é legal é moral. O que o direito permite por vezes pode estar em desacordo com a moral. (GUSMÃO, 2007)

A moralidade é importante para o direito, sendo inclusive considerada um princípio do Direito Administrativo. Trata-se do princípio que atribui aos agentes públicos a responsabilidade de observância da moralidade administrativa. Verifica-se que, quando a Constituição de 1988 no artigo 5º, inciso LXXIII, estabeleceu a moralidade como padrão, não foram juridicizadas todas as regras morais presentes na sociedade, desta forma, cumprindo-se a lei, a moralidade seria atendida automaticamente. Porém vale ressaltar que a moralidade administrativa é diferente da moral comum. O Princípio da Moralidade exige respeito a padrões éticos, de boa-

fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade na prática diária de boa administração. (MAZZA, 2014)

Deve-se notar que a legalidade reflete sobretudo o cumprimento da estrutura normativa posta, vigente e positiva. Compreende a existência de leis, formal e tecnicamente impostas, que serão acatadas por condutas sociais presentes em determinada situação institucional. A legalidade é especificamente encarada como uma esfera normativa contida em expressões ou sinais expressivos das obrigações e direitos dos sujeitos de atividade social, subjetivamente como obediência dos sujeitos sociais à execução de suas atribuições dentro da ordem estabelecida necessariamente no grupo humano o qual integra. (WOLKMER, 1998)

Compreende-se por legalidade, na linguagem política, um requisito e atributo do poder, por isso se diz que um poder é legal ou tem a marca da legalidade quando é exercido conforme as leis estabelecidas. Geralmente fala-se em legalidade quando se trata do exercício do poder, sendo que o poder legal é aquele que está sendo exercido conforme as leis. O contrário de um poder legal é um poder arbitrário. (BOBBIO, 1998)

O Princípio da Legalidade é fundamental para o Direito, consagrado em meio aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo estando explicitado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso II o qual enuncia que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'. É princípio específico do Estado de Direito, sendo aquele que o qualifica como tal lhe dando identidade própria. Ele nasce com o Estado de Direito sendo-lhe essencial e estruturante. (BANDEIRA DE MELLO, 2012).

Quanto a diferença entre moralidade e legalidade, segundo Norberto Bobbio, pode-se concluir que a moral não é uma ação apenas coerente com o dever, mas cumprida pelo dever em si e a ação legal, por sua vez, pode ser cumprida segundo uma inclinação ou interesse. Desta forma, quando o sujeito atua de certo modo pois é seu dever, ele cumpre uma ação moral, já no caso em que atua de maneira distinta, visando somente adaptar-se à lei, a ação corresponde somente à forma legal. Também pode-se diferenciar Direito de moral pela legislação interna e legislação externa. A ação legal é externa, tendo em vista que a aderência

à legislação jurídica presume uma conformidade exterior às suas leis, a despeito da intenção pela qual é cumprida. Em contrapartida a moral é interna, ou seja, requer uma adesão íntima às suas próprias leis, isto é, uma intenção convicta da benevolência da lei a ser seguida. (BOBBIO, 1997)

As leis jurídicas são leis externas, são consideradas por si mesma, requisitando somente um conformismo para o agir legalmente. A ação legal não demanda atuação por respeito ao dever, o ato pode ser legalmente aceito quando a motivação for apenas utilitária, por exemplo, para satisfazer os próprios anseios ou evitar uma punição. Uma legislação interna, por conseguinte, moral, exige uma atitude que transcende o mero conformismo à lei externa. A norma moral se executa sem determinação de um interesse externo, mas sim definido internamente como obrigação com intenção pura. Desta feita, segundo Bobbio, seriam resguardadas as questões de consciência da intervenção do Estado. A moral, ficaria isolada da jurisdição, garantindo a liberdade da consciência do indivíduo e a limitação do Estado. (BOBBIO, 1997).

No que diz respeito à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada pode-se afirmar que ela tem uma carga moral na medida em que visa garantir a dignidade humana, preservando o Princípio do Devido Processo Legal que garante que os indivíduos não sofram abuso do Estado, restringindo a atuação de seus agentes no sentido de utilizar os poderes investidos a eles para transgredir valores morais.

Por outro lado a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada também é legal uma vez que foi positivada pelo ordenamento jurídico brasileiro com a chegada da Lei 11.690 de 2008 que alterou o Código de Processo Penal. A referida Lei, alterou a redação do artigo 157 do CPP que passou a declarar explicitamente o que seriam provas consideradas ilícitas e estabeleceu sua inadmissibilidade. A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada passou a ser positivada no parágrafo primeiro do mesmo artigo, assim inadmitindo as provas ilícitas por derivação.

3.2. Os pontos positivos do Princípio da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

A luta do homem contra a força do Estado é longínqua, vivendo ambos em frequente tensão, sempre procurando pelo equilíbrio da antítese liberdade do homem vs poder estatal. Certamente, vários caminhos foram cruzados até agora com a intenção de descobrir um método racional e pertinente para articular o convívio social, propiciando mais liberdade e, simultaneamente, oportunizando o menor nível de desconforto aceitável, diante das restrições resultantes do exercício da atividade estatal em proveito do bem comum. Nesse quadro, a história humana sinaliza para o Princípio Devido Processo Legal como o primeiro a se manifestar na ordem jurídica com a tarefa de alcançar este objetivo, desencadeando conseqüentemente as bases do constitucionalismo vigente. A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada decorre do Princípio Devido Processo Legal sendo de elevada importância para garantir tal harmonia. (Barbosa, 2014)

A relação historicamente existente entre o indivíduo e o poder político em maior medida na relação dialética entre liberdade e autoridade foi caracterizada por constantes tensões, pois paralelamente ao surgimento da comunidade política, foram estabelecidas relações internas de poder e foi feita uma tentativa de justificar seu exercício. O processo de construção do estado moderno, desde a queda do Império Romano e da gradual superação dialética de aplicações, costumes e instituições feudais, combinado com o surgimento das cidades, o crescimento das relações econômicas e a inclusão de indivíduos em novas e complexas redes de relações sociais e políticas, vem acompanhado por uma questão, gradualmente discutida, de como o poder político é adquirido, exercido e mantido em uma estrutura social. (DINIZ, 2012)

As luzes introduzidas, desde o humanismo, pelos movimentos culturais, intelectuais e políticos, que assumiram um corpo maior a partir do século XVII buscaram controle sobre o exercício do poder. A ideia de 'Constituição' já era dialeticamente oposta ente político 'Estado' como Constituição do Estado. A justificativa para o exercício do poder não podia mais se basear em postulados metafísicos, mas humanos, secularizados, submetidos ao julgamento da razão. Em contraste com as ações arbitrárias e descontroladas do Estado, buscou-se garantir direitos e definir formas de controlar as ações do Estado, especialmente na esfera do indivíduo. Nesse contexto, era necessário não apenas reconhecer os direitos,

mas também encontrar formas de garantir seu exercício, ou seja, de torná-los efetivos, sob pena de faltar-lhes eficácia e efetividade. (FERRAJOLI, 2011)

O Princípio do Devido Processo Legal é decorrente do constitucionalismo em suas dimensões formal e substancial. Todas as garantias advindas dele formam o cerne para a legítima participação política, para o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais. Desde que foi mencionado na Carta Magna inglesa, o devido processo legal tem sido reconhecido como um instituto essencial para legitimar os atos estatais e garantir o respeito aos direitos fundamentais materiais e processuais, aos administrados e jurisdicionados. (DINIZ, 2012)

No âmbito processual, a ordem constitucional brasileira acomodou o princípio do devido processo legal e o fixou em diversos institutos, direitos e garantias processuais constitucionais os quais visam resguardar a esfera do indivíduo, na qualidade de sujeito de direitos e cidadão, contra opressões e descomedimentos que poderiam ser cometidos pelos agentes do Estado. No dizer de Gilmar Ferreira Mendes:

O princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à Justiça. (2012, p. 386)

A proibição do uso de provas ilícitas não foi prevista de forma expressa na Carta Magna de 1215 e nem na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Contudo, este princípio constitucional é resultado lógico do Princípio do Devido Processo Legal. Por certo, tal princípio emana da lógica inerente aos direitos humanos, fundamento dos direitos fundamentais, e do próprio modelo constitucional de processo. (DINIZ, 2012)

O princípio observado é previsto como direito fundamental na Constituição brasileira de 1988, no artigo 5º, inciso LVI, com o seguinte texto: 'são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos'. Esse princípio é

baseado em fatores éticos que mantêm a liquidez e a imparcialidade do Estado, não sendo permitido ao Estado, a fim de investigar e combater um crime, cometer outro crime. O cultivo do ilegal com o objetivo de investigar e punir o ilegal é uma promoção da incoerência, portanto é inaceitável no Estado Democrático Direito. (NUCCI, 2010)

Neste sentido, quanto à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, segundo Nereu José Giacomolli não existe sentido em vedar o uso da ilicitude e consentir o seu aproveitamento interno. Aceitar a prova lícita derivada de uma ilicitude seria um estímulo a utilização de procedimentos inconstitucionais que surtiriam efeito de forma indireta. Para Carlos Enrique Edwards a doutrina da ilicitude por derivação transcende as regras de exclusão das provas ilícitas, demandando um comportamento ético por parte do Estado, que não poderia se aproveitar de provas ilícitas mesmo que de forma derivada. (CECARELLI, 2011)

Guilherme de Souza Nucci (2009) afirma que não adiantaria proteger os direitos e garantias humanas fundamentais na fonte da produção da prova, tolerando-se posteriormente, a utilização de derivações evidentemente inconsistentes, uma vez que fundamentadas em provas contaminadas.

3.3. Os pontos negativos do Princípio da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, apesar de ser um dos alicerces do Princípio do Devido Processo Legal, pode surtir efeitos negativos. Levada ao extremo a vedação da utilização das provas derivadas das ilícitas no processo pode impossibilitar que se alcance a verdade processual, na medida que inviabilizaria meios de prova que demonstrariam nitidamente a culpa, ou até mesmo a inocência, do acusado. É por esta razão que à Teoria admite exceções, já expostas nesta monografia, admitindo-se a utilização das provas derivadas das ilícitas em determinadas situações.

A regra inserida no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que veda a admissibilidade processual das provas originalmente ilícitas e também das provas

ilícitas por derivação, não prevê nenhuma ressalva em seu texto. Não obstante, é notório que os direitos fundamentais não são absolutos, sendo necessário que sejam harmonizados com outros direitos de mesma magnitude e hierarquia constitucional quando forem aplicados ao caso concreto, seja pela atuação do legislador ou do Magistrado. (CECARELLI, 2011)

Os direitos fundamentais podem ser limitados apenas por normas de hierarquia constitucional ou em razão delas. Isto é, eles podem ser restringidos por normas de hierarquia constitucional, sendo consideradas, nesse caso, restrições diretamente constitucionais, ou em razão de normas infraconstitucionais cuja criação seja permitida constitucionalmente, ainda que de forma implícita, e serão então nomeadas restrições indiretamente constitucionais. (ALEXY, 2008)

Aury Lopes Júnior (2010) também discorre sobre o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, afirmando que não deve ser feita uma compreensão literal da regra constitucional objetivando a absolutização da vedação. De acordo com o autor, a inadmissibilidade absoluta tem a aspiração insensata de conter uma razão universal e universalizante, que correria o risco de desconsiderar a ponderação requerida pela complexidade que envolve a especificidade de cada caso concreto.

Questiona-se se o atendimento aos preceitos do Estado Democrático de Direito de acordo com o Princípio do Devido Processo Legal é absoluto e inflexível, diante da alta carga axiológica dos princípios constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais. É característico, não apenas do direito constitucional, mas também da teoria da Constituição e da hermenêutica constitucional, progredir e assimilar a evolução da diversidade social moderna e as mudanças sociais. Um dos entendimentos notáveis da teoria constitucional refere-se à relatividade e transitividade como atributos dos direitos fundamentais. Passou-se a reconhecer exceções à difusão absoluta desses direitos e a procurar harmonizar os conflitos inexoráveis surgidos entre eles, no momento de sua ocorrência concreta, em consequência da própria estrutura deontológica de suas normas. A indagação se apresentou em como proceder com essa ponderação sem ignorar a ordem constitucional vigente, observando-se o rol de direitos fundamentais. A atuação da hermenêutica constitucional para esse ajustamento é de extrema importância uma

vez que efetua o exame contínuo do texto da Constituição juntamente aos princípios constitucionais, estudando sobre as crescentes e inéditas realidades. (DINIZ, 2012)

A despeito das várias correntes doutrinárias que sustentam o caráter absoluto dos direitos fundamentais, verificou-se que esta maneira de compreendê-los levaria a absurdos, levando em consideração a possibilidade de ocorrerem conflitos entre esses direitos num determinado caso concreto. Por esse motivo as questões colocadas ao operador do direito sobre limitações e confrontos de direitos fundamentais. Nesse contexto, discorre Virgílio Afonso da Silva, ao relacionar o conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade:

A principal versão de uma teoria relativa para o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é aquela que o vincula à regra da proporcionalidade. [...] Ambos os conceitos – conteúdo essencial e proporcionalidade – guardam íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos. É nessa característica que reside o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial. (2011, p. 197)

Essa natureza relativa dos direitos fundamentais atinge o princípio das provas vedadas, e das vedadas por derivação, nos mais diversos procedimentos. Ainda que proteja o cidadão contra potenciais arbitrariedades cometidas pelos agentes do Estado no intento de promover a acusação, ou inclusive de abusos individuais para produção da defesa, este direito fundamental não apenas pode, como deve, permitir exceções. (DINIZ, 2012)

Uma forma eficaz para solucionar confrontos de direitos fundamentais é o Princípio da Proporcionalidade, o qual tem natureza de regra jurídica, podendo ser empregado em matéria de ilicitude probatória. A partir da análise das regras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o intérprete do Direito verificará qual direito fundamental deve preponderar no caso concreto. Prevalece a concepção de que a prova ilícita *pro reo* é plenamente aplicável. Já a utilização da proporcionalidade para respaldar o uso de prova ilícita em proveito da

acusação deve ser preterida na maioria dos casos, levando-se em conta que os valores liberdade e dignidade humana costumam ser tidos como mais expressivos do que a punição a qualquer custo. (CECARELLI, 2011)

CONCLUSÃO

De acordo com o que foi examinado neste trabalho monográfico, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, originária da jurisprudência norte-americana, diz respeito à vedação das provas ilícitas por derivação e é um importante instituto abarcado pela legislação pátria.

No primeiro capítulo, analisou-se a natureza da Teoria em comento, esclarecendo que ela deriva do Princípio do Devido Processo Legal. Ademais expôs-se a origem histórica da Teoria na jurisprudência Estadunidense sendo criada e aperfeiçoada pela Suprema Corte a partir do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co vs. United States* de 1920. Também vimos que a jurisprudência norte-americana também surgiram as exceções com objetivo de limitar a aplicação da Teoria.

No segundo capítulo, examinou-se a aplicação da Teoria no Brasil. Estabeleceu-se que, diferente dos Estados Unidos que adotou o sistema do *Common Law* que enfatiza a jurisprudência criada pelas decisões dos tribunais, no Brasil adotou-se o sistema *Civil Law* que valoriza a lei codificada. Devido a isso, a despeito de já ser utilizada em decisões Supremo Tribunal Federal, a Teoria teve de ser positivada pelo legislador para integrar o ordenamento jurídico pátrio.

No terceiro capítulo, foi analisada a carga axiológica da Teoria em sua dimensão moral e legal. Depreendeu-se que a Teoria cumpre com os preceitos da moralidade na medida que protege valores consagrados para a sociedade, como a dignidade humana e também se conforma com a legalidade, uma vez que positivada no ordenamento jurídico.

Enfim, Pode-se concluir que a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada é de elevada importância para a garantia do Princípio do Devido Processo Legal, sendo este basilar para o Estado Democrático de Direito, pois impede abusos que poderiam ser praticados pelos agentes estatais, garantindo a liberdade e dignidade dos cidadãos. Porém não deve-se levar este princípio maneira absoluta e inflexível, devendo ele ser ponderado no caso concreto quando houver conflito com outros princípios fundamentais, correndo-se risco de cometer-se injustiças.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 4ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. **O devido processo legal e a sua função de concretizar a dignidade da pessoa humana pela via do direito penal mínimo no Brasil**. In: Flávia Morena Guimarães Pessoa. (Org.). *Constituição e Processo*. 1. ed. Aracaju: Evocati, 2014, v. 1

BÍBLIA, N. T. Mateus. In BÍBLIA. Português. **Sagrada Bíblia Católica**: Antigo e Novo Testamentos. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 11. ed. Vol.2. Brasília: Editora UNB. 1998.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3 ed. Brasília: Editora UNB, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 3689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Estudo das provas ilícitas e o critério da proporcionalidade no processo penal**. Jusbrasil. 2012. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937298/estudo-das-provas-ilicitas-e-o-criterio-da-proporcionalidade-no-processo-penal>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

CABRAL, Bruno Fontenele. A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 14, n. 2118, abr.2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12658/a-doutrina-das-provas->

ilicitas-por-derivacao-no-direito-norte-americano-e-brasileiro/>. Acesso em: 23 set. 2019.

CAMPOS, Fernando Teófilo. Sistemas de Common Law e de Civil Law: conceitos, diferenças e aplicações. **Revista Jus Navigandi**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62799/sistemas-de-common-law-e-de-civil-law-conceitos-diferencas-e-aplicacoes>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CAMPOS, Gilson Ferreira. **Teoria dos frutos da árvore envenenada**. BIC, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, 2017, p. 184-205.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 371-377.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p 371-377.

CARDOZO, Paulo Henrique. **As Provas Ilícitas no Processo Penal e a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada**; 2012; Trabalho de Conclusão de Curso; (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina; Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/179762>. Acesso em: 21 mar. 2020.

CARVALHO, Amanda. **Teoria do Fruto da Árvore Envenenada**. Jusbrasil. 2016. Disponível em: <<https://mandi2005.jusbrasil.com.br/artigos/327697991/teoria-do-fruto-da-arvore-envenenada>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

CECARELLI, Camila Franchitto. **Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/D.2.2011.tde-31072012-085213. Acesso em: 17 mar. 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. São José-SC; Conceito Editorial; Campinas: Millennium Editora, 2008.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos; SILVA, Michel Mascarenhas. **As provas vedadas no processo penal—excludentes de ilicitude admitidas na suprema corte dos Estados Unidos em comparação com a jurisprudência do supremo tribunal federal**. CONPEDI. Niterói. 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=65a31da7ede4dc9b>. Acesso em: 17 mar. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

FORTES, Gabriela Rodrigues Querido. **A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro**; 2017; Trabalho de Conclusão de Curso; (Graduação em

Direito) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro; Disponível em: <http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-gabriela-rodrigues-querido-fortes>. Acesso em: 21 mar. 2020.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. **A prova ilícita por derivação e suas exceções**. Escola Superior Da Magistratura Do Amazonas. 2010. Disponível em: http://www2.tjam.jus.br/esmam/index.php?option=com_content&view=article&id=221:a-prova-ilicita-por-derivacao-e-suas-excecoes&catid=70:artigos-academicos&Itemid=116. Acesso em: 04 out. 2019.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Antônio José Massano e Manuel Palmeirin. Lisboa: Dom Quixote, 1978.

MOURA, Maria Thereza de Assis. **Ilicitude na Obtenção da Prova e sua Aferição**. São Paulo: RT, 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16713-16714-1-PB.htm>. Acesso em: 21 nov. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

PACELLI, Eugenio. **Curso de processo penal**. 16ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SPINELLI, Miguel. Sobre as diferenças entre éthos com epsilon e éthos com eta. In: **Revista Transformação**, Marília, 2^a. ed. Vol.32, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 5^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p 30.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88**: (de)estruturando a justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

UNITED STATES OF AMERICA. **Amendment of the Constitution of the United States**. 1787. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_4_1791>. Acesso em: 20 nov. 2019.

WOLKMER, Antônio Carlos. Uma nova conceituação crítica de legitimidade. In: GARCIA, M. (coord.) **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, a. 2, n. 5, 1998.