

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Faculdade de direito Professor Jacy de Assis

CLÁUDIO ALVES DE PAULA JUNIOR

A PROVA ILÍCITA E A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

UBERLÂNDIA

2019

CLÁUDIO ALVES DE PAULA JUNIOR

A PROVA ILÍCITA E A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, campus Uberlândia.

Orientadora: Prof.^a Simone Silva
Prudêncio

UBERLÂNDIA

2019

CLÁUDIO ALVES DE PAULA JUNIOR

A PROVA ILÍCITA E A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, campus Uberlândia.

_____, _____ de _____ de 2019.

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Simone Silva Prudêncio

Professora

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar as provas no processo penal, bem como a vedação constitucional da prova ilícita e as derivada da ilícita. Além disso, a inserção do princípio proporcionalidade, por meio da ponderação de princípios, pretende-se demonstrar que as provas obtidas por meios ilícitos no âmbito do processo penal, podem ser utilizadas em algumas circunstâncias particulares, sendo que as garantias constitucionais são meios de coibir os abusos do estado não para validar uma restrição a liberdade indevidamente.

Ademais, serão expostos os ideais consagradores dos direitos e garantias fundamentais norteadores da constituição Federal, bem como no processo penal brasileiro. Além disso, nos casos eventuais de confronto entre princípios, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, realiza-se o sopesamento, ponderando frente o caso concreto.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito Processual Penal. Inadmissibilidade das provas obtidas por meios Ilícitos. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

The present work aims to test the criminal sentences, as well as a constitutional measure of the evidence and as derived from the illicit, unless it does not have a causal link between the others. In addition, a copy of the present proportionality, by weighing principles, is intended to demonstrate what evidence is given to the wrongful means in criminal proceedings and can be used on particular occasions.

In addition, they are exposed to the rights of the holders of rights and fundamental guarantees of the federal position, as well as in the Brazilian penal process. In addition, cases are confronted between principles, under a view of the principle of proportionality, the confrontation is carried out, considering the concrete case.

Keywords: Human Rights. Procedural Law. Inadmissibility of evidence attributed by unlawful means. Principle of proportionality.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	7
2.	DIREITOS HUMANOS COMO CONJUNTO DE PRINCÍPIOS LIMITATIVOS DE ARBITRARIEDADES NO MODO DE COLETA DE PROVAS	8
2.1.	Características dos direitos fundamentais	10
2.2.	Dimensões dos direitos humanos	13
2.3.	A dignidade humana como núcleo essencial dos direitos humanos.....	15
2.4.	A incidência dos direitos humanos no ordenamento pátrio.....	18
3.	CONSTITUIÇÃO FEDERAL, TRATADOS E CONVENÇÕES DE DIREITOS HUMANOS	23
3.1.	Estado democrático de direito e as implicações da escolha	23
3.2.	Tratados e convenções de direitos humanos.....	25
4.	PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL	31
4.1.	Apontamentos históricos	31
4.2.	A dimensão do princípio da proporcionalidade	38
4.3.	Princípios parciais ou subprincípios da proporcionalidade	41
5.	PROVAS NO PROCESSO PENAL.....	45
5.1.	Objeto da prova.....	46
5.2.	Limitações ao direito à prova	47
5.3.	Princípio da proporcionalidade e a Prova ilícita	57
5.4.	Quanto a Legítima defesa.....	60
6.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
	REFERÊNCIAS	64

1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são o centro mais valioso dos direitos e se relacionam aos bens jurídicos, tais como: a vida, liberdade, a propriedade, segurança, a honra, a igualdade e todos os seus desdobramentos, dentre outros. Dessa forma, os Direitos humanos devem ser vislumbrados como uma construção consciente, vocacionada a assegurar a dignidade humana e evitar sofrimentos da persistente brutalidade humana, bem como, servem para limitar a atuação do poder estatal.

Ademais, os direitos e garantias individuais inerentes aos cidadãos que compõe o Estado Democrático de Direito, tem por objetivando limitar as eventuais arbitrariedades dos entes Estatais. Ou seja, com a evolução do relacionamento indivíduo Estado, houve necessidade de normas que assegurassem direitos fundamentais dos seres humanos contra o forte poder estatal intervencionista.

No Estado Democrático de Direito, o processo é regido por respeito aos direitos fundamentais, estando assim, condicionado à validade da prova produzida em juízo, em consonância ao princípio do devido processo legal e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Portanto, o Estado vinculado aos limites da lei, todos os seus atos, evitando assim possíveis abusos.

Frente o exposto, existem casos específicos, em que haverá colisão de princípios e o Estado, na tomada de decisão, estará vinculado ao princípio da proporcionalidade. Na medida em que as noções de peso e prevalência justificam o racionalmente o princípio da proporcionalidade, os seus subprincípios conferem-lhe aumento do volume da concretização de um direito fundamental.

2. DIREITOS HUMANOS COMO CONJUNTO DE PRINCÍPIOS LIMITATIVOS DE ARBITRARIEDADES NO MODO DE COLETA DE PROVAS

Pode-se observar dificuldade natural para definir conceito de direitos humanos e direitos fundamentais, pois, há variação do emprego do vocábulo pela doutrina. Ambos os termos jurídicos pretendem exprimir, de maneira global, as liberdades individuais e públicas básicas e os mais elementares direitos confederados à Pessoa humana¹.

A expressão “direitos humanos” é utilizada pela filosofia do Direito e ainda pelo Direito Internacional Público e Privado, nos tratados e costumes internacionais. Além disso são os princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, livre de descrição de raça, sexo, nacionalidade, etnia religião, bem como qualquer outra condição.

Assim sendo, os direitos humanos referem-se às garantias fundamentais integrantes do Direito Internacional, são os direitos da pessoa humana reconhecidos pelas normas de Direito Internacional em vigor, podendo assumir a forma de normas convencionais, costumes ou princípio do Direito Internacional². Constituem normas e instituições, cujo objetivo é definir e proteger liberdades e necessidades no contexto dos anseios que as sociedades vão consolidando.³

Em contrapartida, os direitos fundamentais seriam os direitos humanos positivados em um sistema constitucional, ou seja, a previsão constitucional dos direitos das pessoas que se encontram dentro de um determinado Estado, ou seja, são os direitos da pessoa constitucionalmente garantidos e limitados espacial e

¹ FRANCO, Marcelo Veiga. Direitos Humanos x Direitos Fundamentais. **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo.** Marcio Luis de Oliveira coordenador geral. Belo Horizonte: editora Del Rey,2007. p.3

² *Ius Gentium Conimbrigae. Os direitos fundamentais em Timor-Leste/Teoria e Prática.* Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora S.A 2015. p.31.

³ GIOVANNETTI, Andrea. 60 anos de Declaração Universal dos Direitos Humanos: Conquistas o Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p.7

temporalmente. Assim, construindo uma definição teórica, puramente formal, contribui para o tema Luigi Ferrajoli⁴:

São os direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva ou negativa vinculada a sujeito por uma norma jurídica.

Ou seja, os direitos fundamentais são os conjuntos institucionalizados de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais⁵.

Os direitos humanos são de uma indeclinável e irrefutável importância, são eles o alicerce de todo o ordenamento jurídico, além de ser requisito indispensável para se qualificar um Estado como democrático, haja vista os direitos humanos serem condição *sine qua non* para uma convivência democrática, conforme os ensinamentos de Bobbio⁶. Através de sua proteção, podemos consagrar e assegurar a dignidade humana, assim, tais direitos pertencem ao homem, pela simples qualidade de ser humano, sendo que os indivíduos não podem ser privados de sua substância em hipótese alguma.

Há um esforço no sentido de reconstrução dos direitos humanos, nesse sentido, para alcançar os direitos humanos como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Com o efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vive a lógica da destruição em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermartori, Sergio Cadermartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p.9.

⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. 4ª edição. São Paulo: editora Atlas 2002. p.39.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro, Editora campus, 1992, p.5.

se necessário a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica razoável⁷.

Destarte, os valores dos direitos humanos, tais como liberdade, igualdade, democracia, bem-estar, felicidade, são cláusulas abertas e, portanto, inexauríveis. Assim, respeitar os direitos humanos significa conferir condições mínimas para indivíduo desenvolver seus potenciais com o máximo de liberdade possível⁸.

2.1. Características dos direitos fundamentais

Os ensinamentos doutrinários apontam as seguintes características para os direitos humanos, elas possuem como finalidade estabelecer parâmetros para a organização social, bem como, evitar a interferência estatal na esfera de individualidade, respeitando-se o valor ético da dignidade humana.

Primeiramente, tem-se como característica dos direitos humanos a *complementaridade*, sendo que os direitos não são analisados isoladamente, pois eles estão numa relação de complementariedade, ou seja, os direitos sociais reforçam os direitos individuais, os direitos difusos ampliam as garantias para a tutela coletiva e é nessa simbiose que eles devem ser compreendidos e respeitados.

Como a segunda característica, tem-se a *efetividade*, ou seja, a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos humanos e garantias fundamentais previstos, através de mecanismos coercitivos, pois a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato, os direitos devem ser garantidos no caso concreto.

No mundo pós-guerra, evidenciaram a fragilidade e precariedade em deixar a previsão e aplicação dos direitos humanos ao arbítrio de cada Estado, sendo imprescindível a criação de um diploma universal, sendo este capaz de estabelecer

⁷ MEDEIROS, Ana Letícia. VIEIRA, Oscar Vilhena. Concepção contemporânea de direitos humanos. **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. Coordenação Geral Flávia Piovesan. São Paulo: DPJ editora, 2008. p.5.

⁸ JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005. p.2.

limites intangíveis para os Estados cuja norma situam-se no topo da hierarquia normativa, deixando ser enunciados de valores e ganhando força cogente, efetiva, gerando responsabilidade aos Estados.

Ademais, os direitos não têm natureza definitiva, pois continuam sendo construídos ao longo da história e estão em constante processo de modificação, nem surgiram todos ao mesmo tempo. Eles são frutos de conquistas históricas, ou seja, são construídos gradualmente e vão se expandindo com o decorrer do tempo, graças às lutas de movimentos sociais para que se afirme a dignidade da pessoa humana, dessa forma temos a *historicidade* como uma das suas características. Para o enriquecimento do tema, acentua em sua obra Flávia Piovesan e cita outros autores:

Os Direitos Humanos são um legado da Declaração Universal de 1948 e, enquanto reivindicações morais, os Direitos humanos nascem quando devem e quando podem. Nesse Diapasão, assevera Bobbio que os Direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt os direitos humanos não são um dado, mas sim um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução.⁹

Uma característica importante para ressaltar é a *indivisibilidade dos direitos humanos*, pois os direitos civis e políticos se encontram severamente lesionados quando faltam os direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, direito ao voto não faz sentido se um cidadão não possui onde morar, não tem o que comer, ou mesmo não consegue se informar e compreender corretamente o mundo a sua volta para votar. Desse modo, para a construção de qualquer sociedade democrática, é preciso cuidar da proteção dos direitos humanos como um todo, isto é, congruente e inseparável.¹⁰

⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 75. Porto Alegre, 2009. p.67.

¹⁰ FONSECA, Luciana Andrade. Importância da democracia, do Estado, do Indivíduo e da proteção internacional na concretização dos direitos humanos na América Latina. **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo**. Marcio Luís de Oliveira coordenador geral. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2007.p.57.

Outra característica dos direitos humanos é a *inviolabilidade*, eles não podem ser descumpridos por nenhuma pessoa ou autoridade, são invioláveis, indisponíveis, ou seja, impossibilidade de desrespeito ou descumprimentos por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas incorrendo a responsabilização civil, administrativa e criminal. Para Alexandre de Moraes é a impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal.¹¹

Pode-se observar, a *universalidade* como uma característica marcante dos direitos humanos, pois ela inicialmente deverá proteger o maior número de destinatários, sem preconceitos de raça, cor, sexo, idade, nacionalidade ou condição social. Assim, o mundo sentiu necessidade de expandir os direitos mais fundamentais da pessoa humana para a esfera global, transcendendo as fronteiras geográficas nacionais.

Os direitos do homem na concepção Kantiana retrata que o princípio da universalidade dos direitos do homem revela que todos os homens têm determinados direitos. Em vez de para todos os homens pode direcionar-se também para todas as pessoas, todas as essências racionais ou semelhantes.¹²

Outra característica importante dos Direitos fundamentais é a da proibição do retrocesso, ou seja, uma vez conquistado um direito ele não prescreve, não se perde no tempo. Assim, em matéria de direitos humanos é vedada sua supressão, podendo estes, serem expandidos, jamais suprimidos.

Não há como deixar de consignar que, em termos gerais, a premissa da proibição do retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica¹³, pois, a proibição do retrocesso nada mais é que a proteção dos direitos fundamentais contra o legislador. Desse modo, conclui-se que no âmbito do

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. 4 edição. São Paulo; Editora Atlas, 2002 p.4.

¹² ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito**. Tradução Luís Afonso Heck. 2º edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora. 2015. p. 101.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre. 10º edição, Livraria do Advogado Editora. 2010. p.433.

pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado Democrático de Direitos é sempre também, um Estado da segurança jurídica, aquele que proíbe o retrocesso de seus direitos e garantias salvaguardados pelos direitos humanos, direitos conquistados por intensas lutas, durante o processo histórico.

2.2. Dimensões dos direitos humanos

A doutrina classifica os direitos humanos a partir da teoria das gerações, tal classificação foi desenvolvida por Karel Vasak, em uma palestra proferida em 1979. Tal palestra, desenvolvida a partir de uma Conferência no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo.

Em um primeiro momento, fez-se o uso apenas da consagrada expressão “gerações de direitos”. Assim, como o passar dos anos, surgiram críticas em relação a ela, as quais coincidiram com a indicação de uma expressão que se mostra mais adequada às características dos direitos humanos, qual seja a expressão “dimensões de direitos”.

A utilização da expressão “geração” tem sentido de substituição, enquanto a “dimensão” tem sentido de agregação. Dizer, portanto, que a segunda geração de direitos humanos substituiu a primeira está absolutamente incorreto, o que enseja a abolição do uso da expressão “geração”, e a consagração de uma nova expressão que designe não a substituição, mas a somatória.

Os direitos de primeira dimensão cuidam da proteção das liberdades públicas, civis e direitos políticos. Nesta fase, o Estado teria um dever de prestação negativa, isto é, um dever de nada fazer, a não ser respeitar as liberdades do homem, surge em 1215, na Magna Carta do Rei João Sem Terra.

Seriam exemplos desses direitos: a vida, a liberdade de locomoção, a liberdade de opinião, a liberdade de expressão, a propriedade, ao voto, ao devido processo legal. Dentre outros, podemos destacar nesse rol de direitos o princípio da legalidade, direito do devido processo legal, bem como a vedação das provas ilícitas no processo penal.

Conforme leciona Paulo Bonavides¹⁴, os direitos de primeira dimensão ou direitos da liberdade, possuiu por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado e traduzem-se como faculdades ou atributos a pessoa, além disso, sustentam uma subjetividade e o *status* de direitos negativos, enfim são direitos de resistência e oposição frente ao Estado.

São os direitos da segunda onda revolucionária, positivados a primeira vez sob a inspiração da Constituição Mexicana de 1917, da Constituição da Alemanha de 1919 e do Tratado de Versalhes, de 1919, pelo qual se definiram as condições de paz entre os Aliados e a Alemanha e a criação da Organização Internacional do Trabalho - a OIT- nasce à denominada segunda dimensão de direitos fundamentais, que traz proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais.

Deste modo, os direitos de segunda geração, são assim definidos, nos ensinamentos de Lourivaldo da Conceição¹⁵:

Isto é, diferentemente das liberdades negativas, que exigem, do Estado uma atividade negativa, de abstenção em relação aos âmbitos de autonomia dos indivíduos, os direitos da segunda geração outorgam ao titular do direito de exigir, do Estado, de outros grupos sociais ou dos particulares, um dever, uma obrigação de conteúdo positivo, que consiste em dar ou fazer.

Nessa esteira, por reclamarem pela presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais, os direitos fundamentais de segunda dimensão são também denominados de direitos positivos. Ademais, podemos destacar, dentre outros, alguns exemplos clássicos desses direitos: o direito à saúde, ao trabalho, a assistência social, a educação e o direito dos trabalhadores.

Marcada pelo espírito de fraternidade ou solidariedade entre os povos com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, a terceira geração representa a evolução dos direitos humanos para alcançar e proteger aqueles direitos decorrentes de uma sociedade já modernamente organizada, que se encontra envolvida em relações de

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563.

¹⁵ CONCEIÇÃO, Lourivaldo. **Curso de Direitos Fundamentais**. Campina Grande: Editora Universidade Estadual da Paraíba, 2019. p. 68

diversas naturezas, especialmente aquelas relativas à industrialização e densa urbanização.

Acerca do tema, ensina Alexandre de Moraes¹⁶, modernamente, no âmbito constitucional, protegem-se como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade e fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos.

A doutrina ainda não se consolidou quanto à existência ou não de mais dimensões referente aos direitos humanos, existem várias divergências quanto à abordagem do tema. Portanto para o presente trabalho vamos abordar apenas as três primeiras dimensões, sendo a primeira dimensão referente à liberdade, direitos civis e políticos, a segunda dimensão engloba a igualdade, os direitos econômicos, sociais e culturais, por fim a terceira dimensão refere-se à fraternidade, solidariedade, os direitos difusos e coletivos.

2.3. A dignidade humana como núcleo essencial dos direitos humanos

A dignidade da pessoa humana apresenta como centro do ordenamento pátrio, já se apresenta no início da Constituição Federal de 1988, mais precisamente no artigo 1º, inciso III, estando inserida em um dos fundamentos da República. Desta forma é considerado o núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo sendo o valor supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de todo ordenamento normativo constitucional.

A positivação do princípio da dignidade humana é relativamente recente, apenas tão somente após a Segunda Guerra Mundial, ressalvada uma ou outra exceção (Constituição de Weimar e Constituição Portuguesa de 1933). O princípio em questão passa a ser consagrado expressamente nas constituições, notadamente após ter sido assentado pela Declaração universal da ONU em 1948.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60.

A bem dizer, no tocante aos direitos e garantias individuais do homem, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que a constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e as coletividades.¹⁷

Além disso, a dignidade é um atributo essencial do homem como pessoa, isto é, do homem em sua essência, independentemente de usar qualificações específicas. A doutrina vai além, mais que um atributo essencial do homem e mais que um fundamento da República brasileira, a dignidade é tida como um valor absoluto, o qual não pode ser substituído por qualquer outro valor, sendo considerado, um fundamento dos direitos humanos. Nas palavras de Fábio Konder Comparato¹⁸:

A dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de um determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

A Carta Magna de 1988, por sua vez, tida como um marco jurídico da transição ao regime democrático introduz um avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais, frisa que a dignidade humana sagrou como valor máximo do ordenamento além de consubstanciar-se no princípio orientador da atuação estatal. No momento que a dignidade é consagrada como princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, ela passa a servir como instrumento para a efetivação e ascensão da dignidade das pessoas.

A dignidade humana apresenta um valor imensurável para todos os desdobramentos do Direito, assim a dignidade não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência

¹⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os direitos fundamentais: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. 2º edição, Rio de Janeiro: editora Forense, 2010. p.16.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3º edição, São Paulo, Saraiva 2003. p.21.

especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito¹⁹.

Segundo versa Flávia Piovesan²⁰, considerando que toda constituição há de ser compreendida como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta Magna de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe concede unidade de sentido, isto é o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.

No Direito Penal a dignidade humana consubstancia-se não só do limite político criminal do *jus puniendi*, mas também por conta do seu caráter normativo, como aqui se sustentado, intervém de forma decisiva na cominação, aplicação e execução da pena²¹. Nessa esteira, corrobora Vicente Greco Filho²²:

O direito talvez cronologicamente coincida com o homem e a sociedade, mas não pode ser entendido se não em função da realização desses valores. Sendo que o valor supremo que se encontra acima da realidade jurídica histórica, preconiza que esse valor é o valor da pessoa humana, em função do qual todo direito gravita e constitui sua razão de ser.

Portanto, a dignidade humana que integra e unifica a Constituição Federal, conseqüentemente, por esse motivo consubstancia-se de diretriz, de caráter normativo para o indivíduo e vinculante para o Estado, na solução de conflitos e seus interesses. Desse modo, o valor da Dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

¹⁹ DA SILVA, José Afonso. **Poder constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. P.146.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14^o edição, São Paulo: Editora Saraiva 2013. p.84

²¹ MOLINA, Garcia Pablo de. **Derecho Penal**. Madrid: Servicio de Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2000. p. 406.

²² GRECCO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva 1989 p. 8

2.4. A incidência dos direitos humanos no ordenamento pátrio

No Brasil, o ordenamento jurídico nacional, tem a origem na tradição Romano-Germânica ou Civilista. A Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor desde 05 de outubro de 1988, é a lei suprema do país é a norma fundamental, ocupando o topo na pirâmide normativa, traz em seu artigo primeiro à consagração dos princípios materiais estruturantes que constituem diretrizes fundamentais para toda ordem constitucional.

A Constituição de 1988 é o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira, até aqui, houve uma trágica tradição do país, que sempre fora de golpes, contragolpes e quarteladas, em sucessivas violações da ordem constitucional.²³ Nesse contexto, ela tem sido valiosa aliada do processo histórico de superação da ilegalidade renitente do poder político, da atávica falta de efetividade das normas constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira.²⁴ Sobre o tema, corrobora José Afonso Silva:

A Constituição tem por objetivo estabelecer a estrutura do Estado, a organização dos seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.²⁵

Embora nem todas as constituições contenham um preâmbulo, visto que não se trata de um elemento obrigatório para que as constituições possam gerar efeitos e cumprir suas funções, é comum que os textos constitucionais sejam precedidos de uma espécie de texto preparatório, que assume função de introdução solene ao texto constitucional.

No ordenamento pátrio, em seu preâmbulo, o texto que tem por finalidade retratar os principais objetivos do texto constitucional, enunciados e princípios constitucionais mais relevantes, uma espécie de prefácio, já que explica a essência

²³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9º edição. Rio de Janeiro: editora Renovar, 2009. p.324

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7º edição. São Paulo: editora Saraiva 2009. p.388.

²⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 5º edição., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1989, p. 37.

dos pontos centrais do texto, podemos notar a forte influência dos direitos e garantias fundamentais. Vejamos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL²⁶.

Destarte, cabe ressaltar que adotamos uma república federativa, composta pela união indissolúvel dos Estados Municípios e Distrito Federal, além de construir-se em Estado Democrático de Direito. A vista disso, podemos destacar como fundamentos da República Federativa do Brasil, a soberania nacional, Cidadania, a dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e o pluralismo político.

O Estado Democrático de Direito, possui a função de viabilizar a convivência social harmônica dos e compatível com a dignidade dos seres humanos. Destarte, esta função se materializa no momento em que se determinam parâmetros para solução de conflitos, antes que eles ocorram de maneira que o cidadão garanta o conhecimento dos direitos e deveres estatais, bem como os direitos e deveres individuais.

Além disso, tripartição dos poderes é um dos elementos constitutivos do Estado Democrático de direito, uma vez que viabiliza o controle das ações do Estado e favorece o cumprimento das leis. Este dispositivo recebe forte influência dos ideais iluministas, foi consagrado pelo filósofo francês Barão de Montesquieu, na obra “O espírito das leis”.

Para avaliarmos a importância deste princípio da separação dos poderes, na melhor que invocar as palavras de Montesquieu²⁷, um dos formuladores, sendo o

²⁶ BRASIL. **Constituição da República federativa do Brasil**. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23/04/19.

²⁷ MONTESQUIEU. **Do espírito das Leis**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962, v.1, p 181.

maior responsável pela expansão na vaga do constitucionalismo que tomou conta do ocidente a partir do século das luzes:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou a divergências dos indivíduos.

A teoria da divisão dos poderes, também conhecida como sistema de freios e contra pesos, consiste em uma forma de funcionamento do Estado, de tal modo que este passa a gerir a sua própria administração e maneira de agir para com os cidadãos. Nesse diapasão, estabelece a limitação das ações do Estado, onde os poderes são autônomos e independentes entre si, exercem uma limitação recíproca, isto é, os indivíduos contam maior segurança em termos de materialização das normas positivas, pois os três poderes são o próprio estado cobrando a efetivação das do direito positivo.

Na Constituição do Brasil, o referido princípio, vem estampado no seu artigo 2º, onde declara que são poderes da União independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, desta maneira, é colocado em evidência sua importância, no momento que é tida com status de cláusula pétrea, imune, portanto, as emendas, reformas ou revisões que tentem aboli-la da lei fundamental.

É importante ressaltar, que nesse sistema, faz-se a seguinte divisão dos poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário. Sendo que o poder Legislativo tem função típica de legislar e fiscalizar; o Executivo administrar a coisa pública, por sua vez, o Judiciário tem função de julgar, aplicando a lei frente ao caso concreto.

Além do mais, percebemos a importância da questão das Provas Ilícitas, principalmente para a caracterização do Estado de Direito e da Democracia, sendo um assunto que envolve a segurança do indivíduo no ambiente social podendo interferir diretamente nos fundamentos do Estado brasileiro, previsto na carta constitucional, como a dignidade da pessoa humana e na cidadania.

Por consequência, pode interferir também nos objetivos fundamentais, como a construção de uma sociedade justa, promoção do bem da coletividade,

erradicação da pobreza redução da desigualdade social e regional, dentre outras asseguradas pelo diploma constitucional.

No curso evolutivo da civilização passamos frequentemente por diversos episódios maculados de intenso aviltamento dos seres humanos enquanto criaturas. Deste modo, a fim de prevenir situações acintosas à dignidade humana, por meio de várias lutas que surgem as garantias constitucionais.

Destarte, as garantias constitucionais modernas não são criação individual, mas o produto da evolução da intelectualidade do homem ocidental, que durante eras vivenciou experiências culturais que moldaram sua imaginação e resultaram na positivação das garantias constitucionais²⁸.

Em um Estado em que os poderes são realmente autônomos e independentes, exercendo uma limitação recíproca, os indivíduos contam com uma maior segurança jurídica, além de uma efetivação das normas positivadas. Por consequência, os Estado Democrático de Direito, bem como a tripartição dos poderes não determina a admissibilidade ou não das provas ilícitas, mas são instrumentos que assegura o cumprimento das normas positivas, garantem limites à aplicação da norma, atribuindo aos cidadãos uma clara expectativa sobre as ações estatais no que concerne aos métodos de colheitas de prova.

Em suma, a atual Carta Constitucional, segue a tendência mundial de respeito aos seres humanos e crescente reforço às garantias individuais, colocando em evidência o respeito à individualidade das pessoas. Portanto, o Brasil é um Estado Democrático de Direito que deve respeito à pessoa humana e ao mesmo tempo precisa promover o bem de todos e a Justiça.

O Estado para alcançar esses fins, deve estruturar a persecução criminal, pois é o detentor do poder de organização da sociedade, deve fazer de maneira eficaz, garantido o equilíbrio e o bem-estar social. Dentro deste contexto, surge o conflito entre o Interesse punitivo do Estado, para promover a justiça, e o respeito à dignidade dos cidadãos.

²⁸ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícitas**, São Paulo: editora Saraiva 2000. p.06.

Deste modo, fixar limites à interferência estatal na esfera privada, sem com isso criar óbices à persecução criminal e a efetiva garantia da ordem pública. Portanto, o Estado deve estruturar a produção de prova, de modo que essa seja eficaz a produção da justiça e, simultaneamente, não seja ofensiva à dignidade humana, deve ser meta prioritária para um estado que se propõe a ser Estado de Democrático de Direito.

3. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, TRATADOS E CONVENÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

A instituição do Estado democrático de direito e do constitucionalismo nas sociedades modernas marcaram o fim de um período absolutista e de atentados contra os direitos e liberdades individuais. Ademais, fica evidenciado, no momento em que se proclama uma ordem jurídica pautada na dignidade dos cidadãos perante a lei, bem como na separação dos poderes e principalmente com a proteção dos direitos fundamentais.

Sob os escombros do segundo pós-guerra, alastrou-se por toda Europa uma tendência do constitucionalismo, em seguida, mais forte e rigoroso, essa tendência expandiu-se para os demais países do mundo. Dessa forma, surge essa noção de uma Carta Magna, como norma cogente, brindando de força vinculante com efeitos *erga omnes*, indiscriminadamente, o respeito aos direitos fundamentais e desarraigando, de uma vez por todas, todas as atrocidades cometidas contra os Direitos Humanos durante a segunda grande guerra.

As garantias constitucionais são imprescindíveis à realização do estado democrático de direito. Nesse diapasão, elas funcionam como instrumentos consagrados pela carta constitucional a serviço dos cidadãos, a fim de que estes possam assegurar a estabilidade e a certeza, viabilizando a efetivação dos direitos ora consagrados no texto Constitucional.

3.1. Estado democrático de direito e as implicações da escolha

A democracia constitui um processo de convivência social em que o poder emana do povo e o por ele há de ser exercido, ainda que indiretamente, pelos seus representantes eleitos através do voto direto e universal. Assim, para Aristóteles, conforme citado por Paulo Fernando Silveira²⁹, a sociedade perfeita teria como pressuposto a igualdade e a liberdade como fundamentos:

A base do Estado democrático é a liberdade, a qual de acordo com a opinião comum dos homens, só nele pode ser desfrutada. Afirmam ser este

²⁹ ARISTÓTELES. *Apud*. SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos**. Belo Horizonte: editora Del Rey, 1999. p.34

o grande fim da democracia. Um princípio da liberdade é todos governarem e serem governados em turnos e a verdadeira justiça democrática é a aplicação da igualdade numérica não proporcional. Daí decorre que a maioria deve ser suprema e o que aprovar deve ser o fim e o justo. Todo cidadão, é dito, deve ter igualdade, e por consequência, na democracia o pobre tem mais poder do que o rico, porque há mais deles e a vontade da maioria é suprema. Esta é uma característica da liberdade que todo democrata afirma ser o princípio de seu Estado. Outra é que o homem deve viver como gostar. Este é, dizem, o privilégio do homem, pois, de outra forma, não viver como gostar é a marca do escravo. Esta é a segunda característica da democracia, de onde tem levantado o clamor dos homens no sentido de não serem governados por ninguém, se possível ou, se impossível, governarem e serem governados em turnos; assim, isso contribui para liberdade baseada na igualdade.

Assim sendo, em seu bojo constitucional, está previsto que somos uma República Federativa, bem como há uma partição dos poderes, incorporando o sistema de freios e contrapesos que define os entes da administração pública direta e indireta estarão vinculados ao estrito cumprimento do dever legal, podendo somente atuar as margens da legalidade. Em virtude do princípio da legalidade, a que o Estado se subordina, ou seja, *conditio sine qua non* de subsistência e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

O estado social diz com o conteúdo jurídico no constitucionalismo democrático, ou seja, ao Estado incube como principal natureza, promover, coordenar, garantir e colaborar na construção legal da justiça social e na paz econômica. Como intuito de garantir a solução pacífica dos conflitos como prioridade, assume o Estado de Direito o compromisso da ampla efetivação das controvérsias, conferindo ao Estado o papel reabilitador e legitimador no resgate da democracia, liberdade e igualdade.

No âmbito do estado social de Direito, aponta em seus estudos, o constitucionalista gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet³⁰:

Os direitos fundamentais sociais constituem exigência inenarrável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** *Opus cit.*p.65.

(oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim guiado pelo valor da justiça material.

O Estado tem por obrigação não apenas a concessão de Direitos, mas, sobretudo na sua efetivação, garantindo, entre outras palavras, a concretização da igualdade fática, a democracia, a justiça material, enaltecendo o Estado de prestação positiva. Não obstante, o processo penal e o sistema jurídico brasileiro como um todo, delimita-se sob um Estado de Direito, tendo os princípios Constitucionais, como instrumento para consagrador das normas protetivas das liberdades públicas, frente o arbítrio estatal.

Em suma, a Carta Política de 1988 estabelece o homem como o destinatário da norma constitucional, este compromisso vem explícito no corpo constitucional, além disso, foi proclamado com o nome de Estado Democrático de Direito, expressão que traduz uma opção para a democracia social. Isto é, para uma democracia na qual o Estado é compreendido e organizado em essencial correlação com a sociedade civil, mas sem prejuízo do primordial papel criador atribuído aos indivíduos.³¹

Portanto, constitui-se fundamento do Estado valores como a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a construção de uma sociedade justa e solidária bem como a redução da desigualdade social e regional, além de diversos direitos de prestação sociais por parte do Estado.

3.2. Tratados e convenções de direitos humanos

O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas, procedimentos e instituições internacionais desenvolvidos com intuito programar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países no âmbito mundial. Embora a ideia de que os seres humanos tenham direitos e liberdades fundamentais, que lhes são inerentes, há muito tempo tenha surgido no pensamento humano à concepção de que os direitos humanos consistem de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente.

³¹REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e os conflitos das ideologias**. 3° edição. São Paulo, editora Saraiva 2005. p.43.

3.2.1. O legado da Declaração universal dos Direitos do Homem

Muito dos direitos que hoje constam do Direito internacional dos Direitos Humanos emergiram no pós-guerra, quando as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo Nazismo. Frente o exposto, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deveriam ser um dos principais propósitos da Organização das Nações Unidas.

O Instituto jurídico fundador do sistema internacional de proteção dos direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948, este documento representa um avanço no sentido da constatação da universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos³².

A partir da Declaração, consolida-se a ideia de que o respeito aos princípios e regras relativas aos direitos fundamentais da pessoa humana constitui uma obrigação de todo Estado perante os demais Estados³³.

Em consonância a esta tendência mundial, a atual constituição brasileira é a mais abrangente e extensa de todas as anteriores, no tocante aos direitos e garantias fundamentais, além de trazer os direitos e deveres individuais e coletivos, a Constituição abre um capítulo especial para falar dos direitos sociais.

Por consequência a Constituição Federal de 1988, também conhecida como constituição-cidadã, é considerada uma das mais avançadas e democráticas, no que tange aos direitos e garantias individuais, desde o processo de democratização do País, via constituição de 1988, o Brasil tem adotado importantes medidas em prol da incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos.

³² JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2005. p.22.

³³ BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia de Direitos do Homem*. Coimbra Editora, 1999. p.24.

3.2.2. *Adequação do ordenamento pátrio aos tratados e convenções de direitos internacionais*

O Estado brasileiro é signatário de inúmeros documentos internacionais, referente a direitos humanos, outro ponto importante é que os tratados recebem status de fonte acima da legislação infraconstitucional. Destarte, podemos concluir que há uma complementaridade entre as normas constitucionais e as normas internacionais, havendo assim um diálogo entre as normas.

O marco inicial do processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito pátrio foi à ratificação, em primeiro de fevereiro de 1984, da convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Logo em seguida, sob a égide da constituição Federal de 1988, vieram outros relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Nesse diapasão, referente à adesão do Estado brasileiro aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, assevera Flávia Piovesan³⁴:

Em face dessa interpretação o Brasil assumiu perante a comunidade internacional a obrigação de manter e desenvolver o Estado Democrático de Direito e de proteger, mesmo em situação de emergência, um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis. Aceita ainda que essas obrigações sejam fiscalizadas e controladas pela comunidade internacional, mediante uma sistemática de monitoramento efetuada por órgão de supervisão internacional.

Como forma de garantir, tutelar, criar efetivos meios de proteção aos cidadãos, a constituição mantém vasos comunicantes como o Direito Internacional, em especial ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sendo que a lei fundamental brasileira não exclui os tratados, pois ambas as fontes se unem para impedir retrocesso do mínimo existencial.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. *Opus cit.* p.389.

3.2.3. *Pacto São José da Costa Rica*

Podemos observamos que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados pelo congresso nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, equivalem-se a emenda constitucional. Nessa esteira, uma vez ratificados, estes tratados geram responsabilidade quanto ao estrito cumprimento desse conchavo, sob pena do Estado incorrer a sanções internacionais.

Nessa ordem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), prevê diversos direitos relacionados à tutela da liberdade pessoal (Decreto 678/92, art. 7º), além de inúmeras garantias judiciais (Decreto 678/92, art. 8º). Sobre o tema, versa Simone Prudêncio³⁵:

O Pacto de São José da Costa Rica, por ser fonte de garantias processuais penais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, tanto em âmbito constitucional quanto infraconstitucional. Em relação às garantias processuais, a cláusula do devido processo legal surge como corolário de todo o sistema jurídico processual e deve ser vivamente observada no curso do processo penal, pelo prisma do princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual a nulidade do ato que não obedeceu a forma legal somente deve ser declarada pelo juiz quando não tenha alcançado o seu fim.

Não obstante, observamos um caso de adequação, conforme o teor do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que previa, em tese, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel, a Suprema Corte entendeu, uma vez que o Estado Brasileiro assinado o Pacto de São José da Costa Rica, restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, art. 7º, conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do art. 5º, LXVII, da Carta Magna. Logo, com a introdução do supracitado Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram revogar as normas estritamente legais definidoras da prisão do depositário infiel.

³⁵ PRUDÊNCIO, Simone Silva. **Garantias constitucionais e o processo penal: uma visão pelo devido processo legal**. Revista Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 297- 320. 2010.

Os ministros do STF, por maioria dos votos, entenderam que os tratados internacionais sobre direitos humanos são normas supralegais, ou seja, toda e qualquer lei deve estar em consonância com estes acordos, sob o risco de perderem sua eficácia. Por consequência, a partir do julgamento do RE 466.343, tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal à tese do status de supralegalidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Além disso, a fim de sanar a controvérsia em torno da prisão civil do depositário infiel, o plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou no dia 16 de dezembro de 2009 a edição da súmula vinculante nº 25, com a seguinte redação: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos: status supralegal.

Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira - porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal - foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante 25, segundo a qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste tribunal de que o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos teria ingressado no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel. Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação.³⁶

Nessa linha de pensamento, o STJ editou a súmula nº 419, que dispõe: “descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”. Logo, tacitamente deixaram de ter validade à súmula nº 304 do STJ (“É ilegal a decretação da prisão civil daquele

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 25**. Dje nº 238 de 23/12/09. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acessado em: 23/04/19.

que não assume expressamente o encargo de depositário judicial”) e a súmula nº 305 do STJ (“É descabida a prisão civil do depositário quando, decretada a falência da empresa, sobrevém a arrecadação do bem pelo síndico”). Hoje, portanto, já não há mais espaço para a decretação da prisão civil do depositário infiel, seja nos casos de alienação fiduciária, seja em contratos de depósito ou nos casos de depósito judicial, na medida em que a Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo status normativo supralegal a posiciona abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna, produziu a invalidade das normas infraconstitucionais que dispunham sobre tal espécie de prisão civil.

Nesse diapasão, sob a ótica dos direitos fundamentais, bem como a observância dos acordos e tratados de Direito internacional, corrobora a Flávia Piovesan³⁷:

“A busca democrática não se atém apenas ao modelo pelo qual o poder político é exercido, mas envolve fundamentalmente a forma pela qual direitos básicos de cidadania são implementados, nesse sentido, é de suma importância a contribuição da sistemática internacional de proteção dos direitos humanos para o aperfeiçoamento do sistema de tutela desses direitos no Brasil. Sob esse prisma, o aparato internacional permite intensificar as respostas jurídicas diante de casos de violação de Direitos, o aparato internacional permite o aperfeiçoamento do próprio regime democrático.”

Diante dos fatos, o Brasil tem se mostrado disposto a institucionalizar a proteção internacional dos direitos humanos no âmbito Interno, alinhando-se a sistemática internacional de proteção intensificando o processo de globalização os direitos humanos.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. *Opus cit.* p.490

4. PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL

O princípio da proporcionalidade se deu ao longo dos tempos, sendo fruto de uma construção histórica. Mas é a partir do iluminismo que se constrói a atual concepção de proporcionalidade, além disso, houve também a sua expansão para diversas áreas do Direito.

Assim sendo, podemos observar que a ideia de proporção já aparece nos primeiros modelos de aplicação da pena, bem como os questionamentos sobre os limites da atuação penal quanto a qualidade e quantidade da pena. Já nas primeiras civilizações, a resposta mais antiga a essas questões se revela na ideia jusnaturalista de que a pena deve se igualar ao delito e consiste assim, um mal, de mesma natureza e intensidade e como o passar dos anos evoluindo até receber a forma atual.

4.1. Apontamentos históricos

Pode-se observar, a partir da lei de Talião, uma das formas mais primitivas ideias do que vem a ser o princípio em questão. Modelo em que essa pretensão punitiva está intimamente relacionada com concepção retributiva da pena, deste modo é essa a ideia que consiste na base da primeira doutrina sob a qualidade da pena, a famosa lei de Talião.

Nesse contexto, a referida lei é bastante conhecida pela expressão “Olho por olho e dente por dente”, prevendo assim, um modelo de correspondência entre a pena e o delito, de uma medida proporcional entre o fato concreto e a resposta punitiva. Em consonância com a lei de Talião, as penas devem ter a mesma qualidade dos delitos, também devem ser de quantos tipos quanto sejam os delitos, ou seja, uma rigorosa reciprocidade do crime a pena.

Uma das primeiras referências da lei de Talião está disposta em um ordenamento arcaico, o Código de Hamurabi, bem como nos textos bíblicos do antigo testamento e na lei das doze tábuas. Este Código trata-se de um

conjunto de leis criadas na mesopotâmia, por volta do século XVIII antes de Cristo, nesta ocasião, o mesmo foi talhado numa rocha na escrita em caracteres cuneiformes. Um dos objetivos da lei em questão era unificar o reino através de regras e punições para eventos do cotidiano.

Enfim, nessa era podemos observar, a lei de talião como um dos primeiros passos do princípio da proporcionalidade, considerada um marco na evolução deste conceito, contribuindo bastante com o desenvolvimento do conceito até chegar ao atual modelo de proporcionalidade.

Pode-se observar, até a segunda metade do século XVII, tem-se uma legislação penal caracterizada pela crueldade na execução da pena com objetivo apenas de intimidação e vingança social. Além disso, caracteriza-se por um direito desigual e cheio de regalias, caótico e heterogêneo, basicamente um conglomerado de ordenações, leis arcaicas, editos reais e costumes.³⁸

Destarte, basicamente manter uma proporção entre punição e delito constituía uma tarefa quase impossível devida o modo adotado na época, em reação a estes abusos, surge uma corrente humanitária e reformadora decorrente do Iluminismo. Nesse diapasão, o iluminismo marca uma ruptura com o teocentrismo e toda justificação teleológica transcendente do poder, o homem passa a ser dotado de liberdades e deixar de ser visto como inimigo do Estado.

Dessa maneira, o Iluminismo se caracteriza por um movimento contra os excessos da fase anterior, emerge logo no chamado século das Luzes, como uma reação humanitária, uma concepção filosófica que se caracteriza por ampliar o domínio da razão a todas as áreas do conhecimento.

Na filosofia penal iluminista o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua

³⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 75.

razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva³⁹.

Consequentemente, o Iluminismo forneceu base para formulação do princípio da proporcionalidade, além disso, as ideias reformistas contribuíram para uma ampla mudança legislativa, posteriormente surge um movimento codificador que já inaugura uma nova e importante fase para o direito. Pois, esta codificação além de dar indubitabilidade ao direito, consequentemente gera uma segurança jurídica, exprimindo uma lógica facilitando a interpretação bem como a aplicação das normas jurídicas.

Do período iluminista, vale destacar o registro, deve-se a codificação da proporcionalidade inclusive na declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Verte do art. 8º a seguinte regra: a lei não se deve estabelecer outras penas que as estritas e necessárias⁴⁰.

Vale ressaltar, dentre outros, um dos autores, nesse ambiente político-cultural, sob forte influência do Iluminismo, a obra de Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, consiste uma obra de crítica e de reforma, uma grande contribuição para a construção do princípio da proporcionalidade. Por volta de 1765, foi inovador a alusão da concepção de proporção na ordem punitiva, assim sendo, um legado histórico tanto para o Direito Penal, quanto para o Direito Processual Penal, e para a construção do princípio que ora se foca.

A origem histórica do princípio da proporcionalidade é o instrumento de controle de excesso de poder, nesse contexto a obra “*Dos Delitos e das Penas*” é protesto aplicado à legislação Penal. Propondo assim, uma reforma contra a tradição jurídica, invoca a razão e o sentimento, faz uma crítica contra os julgamentos secretos, o juramento imposto aos acusados, bem como a tortura, a confiscação, as penas infamantes, a desigualdade ante o castigo.

Ademais, seu texto estabelece também, limites entre a justiça divina e a justiça humana, entre os pecados e os delitos, condena o direito à vingança o

³⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 58.

⁴⁰ D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. *Opus cit.* p.51.

caráter retributivo da pena, declara a pena de morte inútil, além de reclamar a proporcionalidade das penas aos delitos, bem como a separação do Poder Judiciário do Poder Legislativo.

Assim sendo, sem dúvida uma das grandes contribuições do autor em questão desenvolve-se a ideia de estrita legalidade dos crimes e das penas, só as leis podem fixar penas em relação aos delitos, além do mais, a afirmação de que a finalidade da pena é prevenção geral e a pena deve ser aplicada suave e proporcional ao delito, abolindo-se a tortura e toda forma cruel de castigo, bem como a pena de morte.

Sua obra foi muito bem recebida, elogiada por intelectuais, religiosos e nobres, foram poucas as críticas. A humanidade encontrava novos rumos para garantir a igualdade e justiça.

Pode-se observar, na doutrina brasileira, que o termo proporcionalidade e razoabilidade vêm sendo utilizado de maneira indistintamente, apesar de que para a doutrina estrangeira os termos são específicos. Dessa forma, a razoabilidade é utilizada no direito norte-americano e proporcionalidade no direito europeu, mais precisamente na Alemanha.

A proporcionalidade sofreu uma grande expansão no direito público europeu, gradativamente ela vai tomando corpo em todas as organizações administrativas europeias, sendo utilizados com instrumento de controle da legalidade da atividade administrativa, principalmente os atos que constituem o exercício do poder discricionário. Dessa forma, temos a proporcionalidade como um critério controlar a efetivação dos direitos fundamentais por parte dos poderes públicos e posteriormente o particular.

A partir de então, a proporcionalidade toma uma notável difusão no Direito administrativo como evolução do princípio da legalidade, posteriormente em diversos ramos do Direito. Além disso, essa concepção se deu principalmente, pela reivindicação dos direitos individuais frente ao Estado, tendo outro fator consolidador da proporcionalidade que foi o Estado Constitucional.

Assim, referente à origem histórica e construção dogmática do princípio da proporcionalidade, contribuiu para o desenvolvimento da temática, José Oliveira Pimenta.⁴¹

O princípio da proporcionalidade, tal como estruturado na atualidade, encontra suas raízes, no direito alemão, na exigência de necessidade ou de indispensabilidade dos meios, já observada no direito prussiano de política no final do século XVIII. A doutrina assinala alusões à proporcionalidade na obra de Scheidemantel (*Das allgemeine Staatsrecht überhaupt und nach der Regierungsform*, 1775) e Rupprecht Von Kraus (*Handbuch des Teutschen Policeyrechts*), mas especial significado aos ensinamentos de Carl Gottlieb Svarez ao então futuro Rei Frederico Guilherme III, em 1712, bem como ao uso da noção de proporcional, como *terminus technicus* da linguagem jurídica, feito por Gunter Heinrich Von Berg (*Handbuch des Teutschen Policeyrechts*, de 1802), que a considerava uma limitação aos poderes estatais derivada da relação entre o objetivo da intervenção lesiva e a respectiva medida. A noção surge, assim, na Era Moderna, na esteira da juspublicita, pela implantação do Estado de Direito e conseqüente derrocada do Estado de Política.

Dentre outros, cabe mencionar que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão tem sido grande percussora na aplicação proporcionalidade no controle de constitucionalidade dos atos da administração pública, sempre levando em consideração a proteção dos direitos fundamentais. As condicionantes históricas pelas quais a Alemanha passou no século passado, contribuíram para a evolução que solidificou a ideia de limitação do poder legislativo e judiciário na tarefa de concretização dos direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional Alemão, no intuito de preservar os direitos fundamentais expressos na Lei Fundamental, reconhece a necessidade prática de controlar as restrições legais e judiciais, referente a esses direitos no que se refere a três aspectos: Necessidade (*Erforderlichkeit*), Adequação (*Geeignetheit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*).⁴²

⁴¹ PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, Malheiros editora: 2006. p. 42.

⁴² D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas. 2007. p.53.

Dessa forma, empresta-se ao princípio da proporcionalidade a natureza de contenção e moderação dos atos estatais em favor do cidadão, nesse sentido, a ideia de exercício do Poder do Estado, passa ser, na esfera de atuação política, administrativa ou judicial deva atender, naquele mister, as noções de adequação e proporção.

4.1.1. Terminologia em questão

Existe uma variação do emprego do vocábulo, quando se referir ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Essa confusão terminológica deve-se ao fato dos pontos de confluência dos dispositivos, assim, se deve ao fato da convergência de objetivos dos princípios, ambos desejam o controle da arbitrariedade do poder público, exigem-se do Estado, decisões razoáveis, equilibradas, coerentes, atinentes aos postulados de justiça.⁴³

Quanto à distinção entre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, é nítido quanto sua raiz histórica. Assim sendo, a razoabilidade surge nos Estados Unidos, além disso, mantém relação com princípio do devido processo legal, enquanto a proporcionalidade tem suas raízes no direito alemão, advém dos anseios do Estado de Direito no pós-guerra.

Podemos destacar uma distinção funcional no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, assevera Gisele Santos⁴⁴:

A razoabilidade se esgota na função de bloqueio. Bloqueio do que é aceitável ou arbitrário. Logo, considera-se o princípio em si mesmo, possuindo função negativa, na esteira do estabelecimento do que é inadmissível. Em contrapartida, a proporcionalidade é detentora da função de bloqueio, mas também incorpora a de resguardo na materialização da melhor medida possível dos direitos constitucionais fundamentais. Esse aspecto demonstra sua função positiva, possibilita o conhecimento na relação com os demais princípios e regras do sistema jurídico.

⁴³GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**. São Paulo: editora Saraiva 2004. p.57.

⁴⁴ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**. *Opus cit.*p.62.

Feita a distinção dos termos em questão, adotaremos o princípio da proporcionalidade para o desenvolvimento de forma mais detalhada. Nessa trilha, adotamos como referência a expressão princípio da proporcionalidade para limitar o seu conceito de concretização da ponderação de princípios constitucionais em conflito. Assim sendo, opta-se pela proporcionalidade, afastando-se a razoabilidade.

A proporcionalidade converge a outros princípios, tendo em vista o seu aspecto material, são eles direcionados pelo tópico da justa solução ao caso concreto. Dentre eles, podemos destacar: vedação de arbítrio; princípio de avaliação ou ponderação de interesses; princípio de justiça, bem como princípio da boa-fé.

Na lição de Santiago Guerra Filho⁴⁵ a proporcionalidade exerce uma função positiva, demarcando limites de atuação do poder estatal. Steinmetz⁴⁶, igualmente dá preferência à proporcionalidade atribuindo-lhe superioridade, porquanto conta com mensurações precisas mediante os modelos de adequação, exigibilidade, e proporcionalidade *stricto sensu*.

A escolha pelo emprego do termo proporcionalidade se dá pela adoção do modelo de Estado, previsto na Constituição de 1988, a forma de Estado Democrático de Direito. Não obstante, o Estado brasileiro adota em seu art. 5º, LIV a cláusula do devido processo legal, no controle de constitucionalidade das leis, ao papel de grande importância dada aos direitos fundamentais, tomando por lastro o direito germânico, no mesmo sentido seguindo o direito constitucional português.

Portanto, a proporcionalidade, com relação aos princípios constitucionais, concretiza a ponderação dos interesses constitucionais em conflito de interesses, ainda mais nesse molde de Estado Democrático de Direito, ou seja, o Estado deixa em relevo os direitos fundamentais em seu ordenamento jurídico. Nesse sentido, a dignidade humana é tida como núcleo

⁴⁵ GUERRA FILHO, apud D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. *Opus cit.* p.59.

⁴⁶ *Ibidem*.

essencial dos direitos fundamentais e colocada como balança para avaliação aos princípios em questão.

4.2. A dimensão do princípio da proporcionalidade

Inicialmente a proporcionalidade no direito penal estava relacionada com a vinculação do ato inflacionário a retribuição da pena. O advento do Iluminismo a proporcionalidade, recebe um impulso para o amadurecimento, introduzindo alguns elementos primordiais para o entendimento moderno do direito penal.

Assim sendo, com o passar dos anos a proporcionalidade foi deixando essa característica de proporção da pena tendo como base o delito cometido e quantidade/qualidade da pena e passou a ser visto como um instrumento imprescindível no controle das intervenções dos direitos fundamentais. O direito penal por sua vez, consiste em uma das formas do estado intervir na esfera privada, conseqüentemente colidindo com os direitos fundamentais.

Assim, referente ao tema abordado, pondera Humberto Ávila⁴⁷:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens pela adoção do meio).

De tal forma, uma intervenção em direitos fundamentais somente seria possível sob ótica de três pressupostos que correspondem ao princípio da proporcionalidade do direito constitucional Alemão, são eles:

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** *Opus cit.* p 163.

Os pressupostos em questão devem, em primeiro lugar ser um meio idôneo para obter o objetivo com ele perseguido. Segundo, deve ele, para isso, ser necessário, isto é, não deve existir nenhum meio mais atenuado, menos interveniente. Terceiro, ele deve ser proporcional, o que significa que os fundamentos justificadores da intervenção devem pesar tanto mais gravemente quanto mais intensiva é a intervenção.⁴⁸

Ademais, no Estado Democrático de Direito, a proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitar o poder estatal, haja vista a proteção dos interesses individuais, de molde a atender o interesse público. Frente ao exposto, “a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta, que há de ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados”⁴⁹. Nesse sentido, corrobora Santiago Mir Puig⁵⁰;

Entendido en su sentido amplio, el principio de proporcionalidad es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales como el que impone los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte a derechos fundamentales. Suele presentarse como límite de los límites, como un límite que han de encontrar las limitaciones de derechos por parte del Estado.

É essencial lembrar de que o princípio da proporcionalidade não deve ser compreendido apenas como a proibição em excesso do poder estatal, frente o exposto, temos direitos e garantias dispostas na constituição, ao legislador é conferido à obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Isto é, o excesso nas ações do estado é tão indesejado, quanto à insuficiência da resposta do Estado punitivo.

Em nosso ordenamento pátrio, o princípio em questão não aparece de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento na

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito**. *Opus cit.* p. 131.

⁴⁹ ROQUE, Fábio Araújo. **O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal**. Salvador: *jusPodivm*, 2011. p.117.

⁵⁰ PUIG, Santiago Mir. **Constitución, Derechos Fundamentales Y Sistema Penal**. Valencia 2009. Editores Tirant lo Blanch. p. 1362.

ideia de devido processo legal substantivo e na de justiça.⁵¹ Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público. Para esse entendimento, corrobora o Supremo Tribunal Federal:

“Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também pode ser traduzida como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do Supremo Tribunal Federal. [...] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.⁵²

Segundo Érico Bergman, a proporcionalidade é ínsita a todos os ordenamentos jurídicos e visa um equilíbrio entre valores fundamentais conflitantes, pois a sua inobservância a sua inobservância propicia resultados desproporcionais, injustos ou repugnantes⁵³. Ou seja, a proporcionalidade é tida como fundamento lógico de qualquer sistema jurídico, em virtude de estabelecer limites formais à atuação do Estado fixados pelo critério de proporção entre a restrição à liberdade individual e o fim estatal perseguido.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. *Opus cit.* p.375.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus. Segunda Turma – HC 104410 RS – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Publicação: DJe-062 27/03/2012. JusBrasil. Disponível em: <://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf/inteiro-teor-110360120?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05/04/2019.

⁵³ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita**. *Opus cit.* p.99.

4.3. Princípios parciais ou subprincípios da proporcionalidade

Tendo a Constituição Federal no ápice da pirâmide normativa, conseqüentemente, concluímos que ela rege as demais leis em vigência em todo território nacional. Assim, podemos perceber, contudo, em alguns casos, pode haver conflitos de princípios constitucionais, ou seja, uma colisão de princípios.

Nesse sentido, na hipótese de conflito de princípios, em um caso concreto, o método utilizado pela hermenêutica para sanar esse impasse é o princípio da proporcionalidade. Na medida em que as noções de peso e prevalência justificam o racionalmente o princípio da proporcionalidade, os seus subprincípios conferem-lhe aumento do volume da concretização de um direito fundamental.

A valoração da do princípio da proporcionalidade, frente ao caso concreto, deve analisar os seguintes pressupostos objetivos, a necessidade, adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse prisma, a ideia da proporcionalidade pressupõe um equilíbrio lógico entre a medida adotada e a finalidade almejada, em parceria com uma interpretação sistêmica da Carta Magna.

Os subprincípios aqui tratados foram desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência alemã, que os classificam como requisitos intrínsecos do princípio da proporcionalidade, ou proibição de excesso, como é conhecido pelos alemães. Ademais, os subprincípios não são regras autônomas ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, mas sim o próprio princípio dotado de comandos jurídicos.

Assim sendo, não é possível o estudo destes como parte distinta, nesse sentido, não podem ser aplicados separadamente, mas sim em conjunto.

4.3.1. Princípio da adequação

O subprincípio da adequação, também conhecido como princípio da idoneidade ou pertinência, consiste na exigência da conformidade dos atos do poder público esteja alinhada a obtenção da finalidade. No âmbito penal, deve-se sopesar a gravidade dos meios empregados e o resultado que se pretende alcançar, sendo assim a proteção dos bens jurídicos. Assim, contribui para o desenvolvimento do tema Canotilho⁵⁴:

“impõe que a medida adotada para realização do interesse público deva ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o ato do poder público é apto para conforme os fins justificativos de sua adoção [...] trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.”

Ademais, para uma compreensão detalhada sobre o tema, nas palavras de Humberto Ávila⁵⁵:

A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar a realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim. A compreensão da relação entre meio e fim exige resposta a três perguntas fundamentais: O que significa um meio ser adequado a realização de fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo poder público.

Portanto, para aplicar o subprincípio em questão, deve ser levado em consideração se a medida adotada é ou não adequada, ou seja, qualitativamente apta a alcançar os fins previstos. Além disso, deve ser feito um exame para evitar uma restrição de direitos além do que estava autorizado, sob pena de colocar em risco a validade do ato restritivo praticado como um todo.

⁵⁴CANOTILHO, José Gomes. Aput D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas. 2007. p. 66.

⁵⁵Ávila, Humberto. **Teoria dos Princípios**. *Opus cit.* p.167.

4.3.2. Princípio da necessidade

O subprincípio da necessidade, também conhecido como princípio da menor ingerência possível, tal pressuposto tende a potencializar o grau de eficácia dos direitos individuais frente às limitações impostas pelo Estado. Ademais, infere-se que a medida restritiva de direitos só é lícita quando for indispensável para a manutenção do direito, além disso, quando não houver outro meio eficaz e menos gravoso.

Fazendo um paralelo, enquanto o subprincípio da idoneidade se preocupa com a adequação da medida, por sua vez, o juízo da necessidade consiste em um exame da sua capacidade, em comparação com outros meios de se alcançar os objetivos almejados, com a menor interferência possível a outros princípios em questão.

Nesses termos, colabora para o desenvolvimento do tema José Roberto Pimenta:⁵⁶

Medida idônea para alcance de certo fim podem, todavia, revelar-se indevidamente onerosas e opressoras, se comparáveis a outras com similar adequabilidade. Disso exsurge o dever de necessidade das medidas estatais. Verificada a adequação, somente se legitima o provimento estatal que, dentre os vários existentes e datados de mesma eficácia, representar o meio menos oneroso ou lesivo. Em geral, o princípio da necessidade impõe, pois, a escolha, dentre os meios abstratamente idôneos ao atingimento do objetivo visado, daquele cuja adoção implica a menor consequência negativa para o particular.

Além do exposto, o subprincípio da necessidade apresenta uma relação com o Direito penal, sendo um consectário do princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio* e do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Destarte, a atuação do Direito penal se reserva para os casos de extrema necessidade, devendo atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapaz de tutelar os bem jurídico de maior relevo.

⁵⁶ PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, Malheiros editora: 2006. p.53.

Nesse diapasão, remete a as características de fragmentariedade e subsidiariedade que se empregam ao Direito Penal, sendo assim, busca limitar e racionalizar a pressão punitiva estatal, devendo ser estritamente necessária para tutelar ataque aos bens jurídicos mais relevantes.

4.3.3. *Princípio da proporcionalidade em sentido estrito*

A proporcionalidade *stricto sensu* é a ponderação propriamente dita de bens, quanto mais se interfere nas liberdades dos cidadãos, como mais cuidado ainda, deverão ser sopesadas as razões para sua justificação. Dessa forma, o princípio também pode ser conhecido como justa medida, porquanto é capaz de estabelecer uma confluência entre o fim alcançado por uma disposição normativa e o meio adotado que seja juridicamente mais adequado.

Ademais, a proporcionalidade em sentido estrito analisará no caso concreto as possibilidades fáticas para se adotar uma medida restritiva, mas a opção jurídica para se restringir um direito em face de outro igualmente protegido de maior importância. Para Humberto de Ávila⁵⁷, a proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

Inserindo esse subprincípio no âmbito penal, entendesse que a violência estatal presente na previsão, na aplicação de uma sanção penal, jamais poderá ser mais danosa à sociedade do que a conduta que se pretende coibir. Pois, o direito penal consiste na forma mais evasiva e violenta de intervenção estatal, e quanto maior a intervenção maior deverá ser o valor do bem jurídico a ser protegido por esse ramo do Direito.

⁵⁷ Ávila, Humberto. **Teoria dos Princípios**. *Opus cit.* p.175.

5. PROVAS NO PROCESSO PENAL

O conceito de prova, conforme refere Guilherme Souza Nucci⁵⁸ a partir de sua origem em latim, deriva do termo *probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, afirmação ou confirmação. Ademais, o vocábulo da prova, dele deriva o verbo provar, *probare*, em outras palavras, *significa ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar*.

Contudo, devemos compreender que no vocabulário jurídico brasileiro, a palavra prova é plurívoco, sendo assim, admite uma gama de significados. A prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional.⁵⁹

No Direito Processual Civil brasileiro, nas palavras de Hélio Campo⁶⁰:

Tomando-se uma posição eclética acerca dos significados propostos pela doutrina, pode-se dizer que a prova consiste numa soma de meios probatórios realizados por um conjunto de atos praticados por pelo menos uma das partes litigantes ou requerente em juízo, que quer fazer operar no espírito do julgador a certeza de sua ou suas afirmações, com finalidade precípua que é a de obter êxito na demanda, através da comprovação daquelas alegações.

No ensinamento de Mirabete, “provar é produzir um estado” de certeza, na consciência e mente do Juiz, para sua convicção a respeito da existência ou não de um fato, verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação ou fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou solução de um processo.⁶¹ Nas palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues⁶²:

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 397.

⁵⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva. 2007. p.289.

⁶⁰ CAMPO, Hélio Márcio. O princípio dispositivo em direito probatório. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1994. p.18.

⁶¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.p. 249.

O processo, na visão do ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possam extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado. O convencimento do julgador é o anseio das partes que litigam em juízo, que procurarão fazê-lo por intermédio do manancial probatório carreado aos autos. Esta é a fase da instrução processual, onde se utilizam os elementos disponíveis para descortinar a “verdade” do que se alega, na busca de um provimento judicial favorável. A demonstração da verdade dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio.

Ademais, destacamos como finalidade da prova, permitir que o julgador conheça os fatos sobre os quais fará iniciar o direito, tende formar a convicção do magistrado sobre elementos necessários para elucidação e decisão da causa.

Esse direito à prova, constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação de defesa e do contraditório, não é absoluto. Nesse sentido, em um Estado Democrático de Direito o processo é regido por respeito aos direitos fundamentais, estando assim, condicionado à validade da prova produzida em juízo, em consonância ao princípio do devido processo legal e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

5.1. Objeto da prova

Por objeto da prova, compreendem-se, os fatos que interessam para a elucidação de uma demanda submetida à apreciação judicial, influenciando na existência ou inexistência de responsabilidade penal. Portanto, as partes que definem essencialmente o que devem ser objeto da prova, restando ao juiz, eventualmente, complementar o rol de provas a produzir, utilizando-se de seu poder instrutório, com a finalidade de respeitar o princípio da verdade real⁶³.

⁶² TÁVORA, Nestor. RODRIGUES, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Salvador: editora JusPodivm, 2016. p.163.

⁶³ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. *Opus cit.*p.291.

Nos ensinamentos de Tourinho Filho⁶⁴, discorrendo acerca do tema:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar esse fato conhecido do juiz, convencendo-o da sua existência.

Para o processo penal, a atividade probatória versa, sobre a imputação de um fato criminoso, ou seja, sobre a afirmação que faz a acusação de um fato típico pelo direito penal⁶⁵.

5.2. Limitações ao direito à prova

O direito à prova é um direito fundamental, ou seja, insere-se no rol de direitos básicos, sociais, políticos e individuais, que estão consagrados pelo nosso ordenamento jurídico. Nesse contexto, como todo direito fundamental, ele não possui natureza absoluta, estando assim, sujeito a limitações, tendo em vista, a existência de outros direitos protegidos pelo ordenamento jurídico.

Em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art.5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias.

Nesse diapasão, corrobora para o entendimento acerca do tema Eugenio Pacelli.⁶⁶

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da

⁶⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, volume 3, 34ª edição, São Paulo: Saraiva 2012. p. 232.

⁶⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo DPJ editora, 2005. p.317.

⁶⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 282.

regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

Ademais, o direito a prova, bem como todos os atos processuais, estão vinculados às normas processuais e a carta magna. Sendo que a principal garantia apresentada a um agente é a jurisdição e, com esta, a certeza de ser julgado com base na prova produzida dentro do processo, assegurando, assim, as garantias apresentadas do *due process of law*⁶⁷. Nesse sentido, a lição de Aury Lopes Junior⁶⁸:

A compreensão dos modos de construção do convencimento do juiz, da eficácia da principiologia probatória e da e da superação do dogma da verdade real, os limites a atividade probatória surgem como decorrência do nível de evolução do processo penal que conduz à valoração da forma dos atos processuais enquanto “garantia” a ser respeitada.

Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, LVI), “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Aos olhos do cidadão comum, não parece razoável permitir a absolvição de um culpado por um ato ilícito, em razão de se introduzir ao processo uma prova obtida por meios ilícitos, geralmente se tem a visão maquiavélica, em que os fins justificam os meios. Nesse sentido colabora o autor Luis Otávio Vincenzi⁶⁹:

Considerando-se que a coleta de provas curso persecução penal é uma atividade oficialmente institucionalizada pelo Princípio Republicano e normatizada pelo ordenamento pelo ordenamento jurídico, não se pode admitir que a autoridade policial, ou membro do Ministério Público, e muito menos do juízo criminal, compactuem com a ruptura do Estado Democrático de Direitos, admitindo ilicitudes processuais camufladas como se fossem elementos de convicção ou fundamentos de decisões institucionais.

⁶⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual e sua conformidade constitucional**. 5º edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2010. p. 533.

⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15º edição. São Paulo Saraiva Educação: 2018. p.251.

⁶⁹ VINCENZI, Luis Otávio. **Tutela Dos Direitos Humanos e Fundamentais**. Birigui, Editora Boreal; 2011. p.89.

No Código de Processo Penal brasileiro, nos termos do art. 157, caput, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, reproduzindo a mesma vedação, assim descrita:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)⁷⁰

Não obstante, tal visão comum, estamos em um Estado Democrático de Direito, além disso, o Estado está vinculado ao princípio da legalidade, e existem ritos a serem seguidos, não podendo, em busca da verdade, usar-se de qualquer meio, pois a persecução criminal não deve ser conduzida a qualquer preço em busca da elucidação dos fatos. O Estado Democrático de Direito em prol de um ideal, buscando sempre um processo justo, alinhado aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, jamais admitirá a utilização de provas obtidas através da violação de direitos. Para o Renato Brasileiro:⁷¹

Seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a legitimidade de todo sistema punitivo.

⁷⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal**. 03 de Outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> último acesso em: 10/05/2019.

⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. *Opus cit.*p.829.

Além da proteção aos direitos e garantias fundamentais, a vedação das provas ilícitas também funciona como uma forma de controle de regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais. Cumpre assim, eminente, uma função pedagógica, ao mesmo tempo em que tutelam direitos e garantias asseguradas pela ordem jurídica⁷².

5.2.1. *Abrangência do termo prova proibida*

A doutrina nacional se apoia aos ensinamentos do italiano Pietro Nuvolone no que diz respeito à conceituação da prova ilegal, e também para distinguir as provas obtidas por meios ilícitos daquelas obtidas por meios ilegítimos.

A prova será considerada ilegal, toda vez que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou princípios gerais assim definidos pelo ordenamento jurídico, podendo assim, serem de natureza material ou processual. Prova obtida por meios ilegais deve funcionar como gênero, do qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos.

Nesse prisma, as provas obtidas por meios ilícitos são contrárias aos requisitos de validade, ou seja, logradas através da violação de regra do Direito Material, (penal ou constitucional). São inúmeras as garantias consagradas pela constituição federal, bem como na legislação infraconstitucional para salvaguardar os direitos fundamentais das pessoas.

Dentre eles, podemos citar: a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, inviolabilidade do domicílio, do sigilo das comunicações em geral, a vedação ao emprego da tortura ou tratamento desumano ou degradante, respeito à integridade física e moral do preso, em ambos os casos estão prescritos no art. 5º da Constituição Federal.

Uma característica da prova ilícita é que, em regra, pressupõem uma violação no momento da colheita de provas, sendo anterior ou simultâneo ao

⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. *Opus cit.*p.303.

processo, importante ressaltar que esta modalidade está sempre externamente ao processo. Em consequência, diz-se que a prova ilícita é aquela obtida fora do processo com violação de norma de direito material.

Vale ressaltar, apesar da prova ilícita ser uma irregularidade obtida fora do processo, nada impede que sua produção seja extraída em juízo, caso o magistrado obtenha a confissão do acusado em seu interrogatório judicial, sem prévia e formal advertência quanto ao seu direito ao silêncio.

Em contrapartida, a prova será considerada ilegítima quando obtida mediante violação à norma de direito processual, diz a respeito ao momento de usar a produção, em regra no curso do processo, ela é tida como intraprocessual. Assim, dentre outras, podemos citar como prova ilegítima: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, caput (CPP); o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional) etc.

A distinção entre provas obtidas por meios ilícitos e provas obtidas por meios ilegítimos, aparece nas súmulas 48, 49 e 50 das Mesas de Processo Penal, dirigidas por Ada Pellegrini Grinover, e vinculadas ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo⁷³. Dispõe as súmulas:

Súmula 48: “denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material”; súmula 49: “são processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa”; súmula 50: “podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”.

A legislação Brasileira, disciplinada pela Lei n° 11.690/2008, trouxe nova redação ao art. 157 do CPP. Tal reforma distanciou-se da doutrina e jurisprudência pátrias que distinguiam as provas ilícitas das ilegítimas, concebendo como prova

⁷³ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. *Opus cit.* p. 610.

ilícita tanto aquela que viole disposições materiais como processuais⁷⁴. Nesse diapasão, corrobora para elucidação do tema, Tourinho Filho⁷⁵:

A constituição Federal de 1988 extinguiu o discrimine entre provas ilegítimas e provas ilícitas. Na verdade, dizendo o art. 5º, LVI, da lei Maior serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, isto é, conseguidas por meio de violação de normas de direito material e constitucional, evidente que as provas até então denominadas ilegítimas, como as cartas interceptadas ou obtidas por meios criminosos, posto terem sido obtidas ilicitamente, inserem-se no rol das provas ilícitas. Mais incisivo foi o art. 157 do CPP: são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Em suma, na realidade, o tema da inadmissibilidade das provas ilícitas oferece inúmeros desdobramentos, não só no âmbito da prova, bem como no campo da própria concepção do Direito que haverá de revelar o intérprete, por ocasião da tarefa hermenêutica⁷⁶.

5.2.2. Provas ilícitas por derivação, teoria dos frutos da árvore envenenada

O direito processual brasileiro, além de apoiar-se na exclusão por completo da prova ilícita, identifica também, quando a proibição da prova advinda da ilícita. É o que se denomina de teoria dos “frutos da árvore envenenada” ou “efeito à distância”, originária do princípio bíblico, em que a árvore envenenada não pode gerar bons frutos.⁷⁷

Deste modo, quando uma prova for produzida por mecanismo ilícito, não se pode aceitá-la, uma vez que a prova primária está maculada, eivada de vício. Ou seja, o veneno gerado pela não observância dos princípios processuais, vem a contaminar os frutos, assim todas as demais provas que derivam dessa árvore

⁷⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal / Fernando Capez**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.369.

⁷⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. *Opus cit.*p.243.

⁷⁶ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. *Opus cit.* p. 284.

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. *Opus cit.* p.392.

envenenada, ainda que em si mesmas obtidas de forma lícita, também estariam contaminadas com a ilicitude da prova da qual se originou.

O princípio em questão tem sua origem no caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, em 1920, tendo a expressão *fruits of the poisonous tree*, segundo o qual o vício da planta se transmite a todo seus frutos, ela foi cunhada pelo Juiz Frankfurter, da corte Suprema, no caso *Nardone v. United States*, em 1937.⁷⁸ A partir de então, as cortes americana passaram a não admitir qualquer prova, mesmo que lícitas em si mesmo, oriundas de práticas ilegais. Para Renato Brasileiro⁷⁹:

De nada adianta dizer que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos se essa ilicitude também não se estender às provas que dela derivam. Com efeito, a admissibilidade no processo de provas ilicitamente derivadas poderia servir de expediente para contornar a vedação probatória do art. 5º, LVI, da Constituição federal, isto é, as partes poderiam sentir-se encorajadas a recorrer a expedientes ilícitos como o objetivo de servir de elementos de prova até então inatingíveis pela vias legais.

No Brasil, a lei é expressa no sentido da inadmissibilidade, vide art. 157,1º, do código de processo penal, nessa acepção, Fernando Capez⁸⁰ sustenta que a ilicitude da prova se transmite a tudo que dela advier, sendo inadmissíveis as provas ilícitas por derivação, dentro do nosso sistema constitucional.

Em suma, a norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, bem como as derivadas primariamente de uma violação, são formas de garantir a segurança jurídica e a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo penal.

⁷⁸ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. *Opus cit.* p.256.

⁷⁹ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. *Opus cit.* p.835.

⁸⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. *Opus cit.* p.369.

5.2.3. Teoria da fonte independente

A teoria da fonte independente, ou *independent source*, originária na década de 60, nos Estados Unidos, no caso *Bynum*, significa dizer que a prova obtida aparenta ser derivada de outra, reputada ilícita, porém, em melhor e mais detida análise, deduz-se que ela seria conseguida de qualquer jeito, independentemente da produção da referida prova ilícita.

De acordo com a teoria ou exceção da fonte independente, se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dada probatória são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.⁸¹ Nesse sentido, para o desenvolvimento do tema corrobora Nestor Távora⁸²:

A prova absolutamente independente, ou limitação da fonte independente (*independent source limitation*), não seria propriamente uma exceção aos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, e sim uma teoria coexistente, permitindo justamente a devida integração, partindo-se do pressuposto de que, não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminando aquelas provas que não derivam da ilícita.

Assim, a legislação brasileira, aborda o tem com a redação dada pelo art. 157, §1º, prevê que são 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”. Antes mesmo da reforma, a jurisprudência demonstra que a teoria da fonte independente já vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Assim aduz Fernando Capez⁸³ para o desenvolvimento do tema:

Trata-se de teoria que já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se entendeu que se deve preservar a denúncia respaldada em prova

⁸¹ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. *Opus cit.* p. 839.

⁸² TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. *Opus cit.* p.366

⁸³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. *Opus cit.* p.376.

autônoma, independente da prova ilícita impugnada por força da não observância de formalidade na execução de mandado de busca e apreensão (STF, HC-ED 84.679/MS, rel. Min. Eros Grau, j. 30-8-2005, J, 30 set. 2005, p. 23). Portanto, a prova derivada será considerada fonte autônoma, independente da prova ilícita, “quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não se colocarem as primárias e secundárias numa relação de estrita causa e efeito”.

Com advento da reforma processual de 2008, especial atenção deve ser dispensada ao art. 157, § 2º. Apesar do dispositivo fazer menção a fonte independente, parece ter havido um equívoco por parte do legislador, pois, ao empregar o verbo no condicional, o conceito aí fornecido refere-se ao limitação da descoberta inevitável.⁸⁴

5.2.4. Teoria da descoberta inevitável

A teoria da descoberta inevitável, nada mais é que um desdobramento lógico da teoria dos frutos da árvore envenenada. Também oriunda do direito norte-americano, *inevitable discovery limitation*, consiste na descoberta da prova derivada de forma independente da forma ilícita, caso se demonstre, tal prova deve ser considerada válida.

Ela originou-se por meio do caso *Nix vs Williams*, em um julgado do ano de 1984, cujo cerne do respectivo caso, consistiu em uma acusação de homicídio a uma criança. A princípio, com base em declarações obtidas ilegalmente do acusado, a polícia conseguiu localizar o paradeiro do corpo da vítima de homicídio escondido em uma vala à beira de uma estrada.

No entanto, apesar da localização do cadáver ter sido possível a partir de uma declaração obtida de maneira ilegal, demonstrou-se que, no caso concreto, um grupo de duzentos voluntários já estava procurando pelo cadáver, conforme um

⁸⁴ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. *Opus cit.* p. 617.

plano que, inevitavelmente, teria levado à descoberta do local em que o corpo foi encontrado.⁸⁵

A princípio, devemos destacar que a teoria da descoberta inevitável, assim como a teoria da fonte independente, origina-se em derivação da teoria do fruto da árvore envenenada. Para o desenvolvimento do tema, corrobora Aury Lopes Junior⁸⁶:

Intimamente relacionada com a limitação do nexu causal, está a teoria da fonte independente. Significa que as “provas derivadas da ilícita poderiam, de qualquer modo, ser descobertas de outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em independent source e, no segundo, na inevitable discovery”. Mas desde logo uma questão deve ficar clara: em ambas, a prova posterior é derivada da anterior, mas o legislador tergiversa o efeito “dominó” ao estabelecer “ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Ora, quando a prova não é derivada, não há nexu causal e não há que se falar em contaminação. As teorias da descoberta inevitável e da fonte independente atuam quando existe nexu causal (logo, contaminação), mas a prova “poderia” ser obtida de outra forma ou quando a descoberta “seria inevitável”. Ambas se situam no campo da futurologia, da perspectiva, da prognose, mas sem qualquer dado de concretude probatória. São efetivamente derivadas, mas como “poderiam” ser obtidas de qualquer forma ou por outra fonte, acabam sendo legitimadas. É, sem dúvida, uma validação de uma prova derivada e ilícita.

Com a reforma, inserindo o parágrafo 1º ao art. 157, do CPP, reconhece a teoria da descoberta inevitável, no ordenamento pátrio. Mas, incorrendo, entretanto, no vício de conectar-se com a mera possibilidade das provas derivadas serem produzidas de outra maneira, por fontes independentes, para que a contaminação seja afastada, tornando frágil e por demais insegura a abrangência mácula.⁸⁷

⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. *Opus cit.* p. 617.

⁸⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. *Opus cit.* p.257.

⁸⁷ TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. *Opus cit.* p. 367.

5.3. Princípio da proporcionalidade e a Prova ilícita

O direito a inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas no processo (CF, art. 5º LVI,), conforme apontado anteriormente, tem como destinatário imediato o Estado, pois, a referida instituição, recebe a incumbência de produzir provas, através do sistema judiciário. Deveras, seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a segurança jurídica do sistema.

No entanto, a doutrina e jurisprudência entende que existe a hipótese da utilização desta prova proibida. Tendo em vista a relevância do direito à liberdade, poderia ser admitida em observância do princípio da proporcionalidade, em ponderação entre direito de liberdade de um inocente, sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova.

O princípio da proporcionalidade ou sopesamento de princípios é utilizado quando há colisão entre princípios ou garantias constitucionalmente previstas. Ademais, no âmbito das provas ilícitas, isso significa que, embora a vedação da prova ilícita seja direito fundamental, entende-se que o direito de defesa (CF, art 5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (CF, art 5º, LVII) devem preponderantemente em confronto com o direito de punir.

5.3.1. *proporcionalidade pro reo*

Abranda a proibição para admitir a prova ilícita, sendo doutrina e jurisprudência uníssonas em apontar a possibilidade de utilização, no processo penal, em casos excepcionais e graves, quando a obtenção e a admissão forem consideradas a única forma possível e razoável para proteger a outros valores fundamentais.⁸⁸Sobre a proporcionalidade *pro reo*, aponta Paulo Rangel ⁸⁹;

⁸⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. *Opus cit.*p.254.

⁸⁹ PAULO, Rangel. **Direito Processual Penal**. 6º edição. Rio de Janeiro, *Lumen Juris* editora.

A aplicação da chamada teoria da exclusão da ilicitude, em que a conduta do réu ao obter a prova ilícita está amparada pelo direito (causa de exclusão da ilicitude) e, portanto, essa prova não pode mais ser considerada ilícita. Assim, por exemplo, pode ser admitida a interceptação telefônica feita pelo próprio réu, sem ordem judicial, desde que destinada a fazer prova de sua inocência em processo criminal que busca sua condenação. Ou, ainda, quando comete um delito de invasão de domicílio ou violação de correspondência, para buscar elementos que demonstrem sua inocência, estaria ao abrigo do estado de necessidade, que excluiria a ilicitude de sua conduta e conduziria à admissão da prova.

Tal entendimento tem com alicerce o princípio “favor rei”, que rege o direito processual brasileiro, a liberdade é considerada um direito transindividual, ou seja, transcende a figura do indivíduo. Além disso, o Estado tem o dever de resguardar a liberdade, sempre que o julgador estiver diante uma dúvida insuperável entre punição e liberdade, portanto, deverá prevalecer a liberdade do acusado, fundada no princípio do *favor rei* ou *favor libertatis*.⁹⁰

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que o princípio favor rei, muito embora comumente utilizado como sinônimo de outros princípios do Direito Penal e Processual Penal é, em verdade, gênero, do qual os princípios do *in dubio pro reo*, por exemplo, é uma das espécies. (...) O princípio do favor rei, ou favor *libertatis*, consiste basicamente numa diretriz do Estado Democrático de Direito que dispensa ao réu um tratamento diferenciado, baseando-se precipuamente na predominância do direito de liberdade, quando em confronto com o direito de punir do Estado.

Em suma, a valoração da ilicitude das provas criminais deverá ser analisada seguindo os vetores objetivos da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse prisma, deve-se considerar ainda que proporcionalidade pressupõe a ideia de equilíbrio lógico entre a medida adotada e a finalidade almejada, sob o argumento de que o Estado de Direito não pode tolerar uma condenação injusta quando houver prova, ainda que ilícita capaz de demonstrar a inocência do acusado, deste modo em parceria com uma interpretação sistemática

⁹⁰ QUEIROZ, Laryssa Saraiva. **O princípio favor rei no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Jurídica Esmp-sp, São Paulo, v. 5, p.99-116, 2014. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/137>. Acesso em: 29/05/19.

da vigente Carta Magna, segundo recomenda a regra de hermenêutica da unidade constitucional.⁹¹

5.3.2. *proporcionalidade pro societate*

A referida aplicação da admissibilidade da prova ilícita *pro societate*, a rigor, existe uma controvérsia, quanto a utilização da prova ilícita em prol da coletividade, de tal forma, seria utilizada em casos muito específicos, sob-risco a segurança jurídica. Sendo que, pode legitimar o Estado a cometer ampla e irrestrita violação dos direitos fundamentais, podendo tornar letra morta o preceito constitucional que prevê a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal (CF, art. 5º LVI,).

Segundo José Carlos Barbosa Moreira⁹² a aplicação do princípio da proporcionalidade também autoriza a utilização de prova ilícita em favor da sociedade, como, nas hipóteses de criminalidade organizada, quando esta é superior às Polícias e ao Ministério Público, restabelecendo-se assim, com base no princípio da isonomia, a igualdade substancial na persecução criminal.

Nesse diapasão, quanto a utilização da prova ilícita *pro societate*, versa sobre o tema pondera Simone Prudêncio⁹³:

A persecução criminal deve ser realizada mediante o atendimento dos dispositivos legais e constitucionais do sistema processual penal acusatório, a fim de que a prestação jurisdicional seja realizada com obediência ao devido processo legal. Para tanto, nos casos em que a tutela dos interesses das crianças e dos adolescentes seja cotejada com os direitos fundamentais do acusado não se deve perder de vista o mandamento constitucional que confere àqueles prioridade absoluta e, exatamente por isso, autoriza-se a admissibilidade da prova obtida por meio ilícito *pro societate*, sem que isso

⁹¹ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícitas**, São Paulo: editora Saraiva 2000. p.95.

⁹² MOREIRA BARBOSA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. Revista Forense, v. 337. p.125-134.1996.

⁹³ PRUDÊNCIO, Simone Silva. SIMÕES, Pedro Alves. **Admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos *pro societate* no processo penal: Especial proteção aos direitos infanto-juvenis e princípio da proibição à infraproteção**. Revista Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, pp. 629 - 655, 2013.

signifique chancela ao Estado para intervir abusivamente na vida do acusado.

Portanto, para o direito processual penal, em observância às garantias individuais e coletivas, a atividade jurisdicional deve ser pautada pelos anseios da constituição, não devendo ser realizado a qualquer preço. Dito isso, verifica-se possível, aplicando o princípio da proporcionalidade, que um Direito fundamental, frente a um determinado caso concreto, pode ser relativizado, em virtude da busca da verdade real, em prol da sociedade.

5.4. Quanto a Legítima defesa

A proibição de admissibilidade da prova ilícita no processo sofre exceção nos casos em que esta configura legítima defesa. Legítima defesa é excludente da antijuridicidade que admite até o sacrifício do direito à vida. Sobre o tópico, corrobora Eugênio Pacelli⁹⁴ :

O Código Penal brasileiro prevê (art. 23) determinadas situações em que a ilicitude geral (e abstrata) da conduta seria afastada pelo que a doutrina denomina também de causas de justificação (...), nessas situações (o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito), a ação típica realizada estará justificada aos olhos do Direito, não havendo de se falar em crime. Assim, quando o agente, atuando movido por algumas das motivações anteriormente mencionadas (causas de justificação), atinge determinada inviolabilidade alheia para o fim de obter prova da inocência, sua ou de terceiros, estará afastada a ilicitude da ação. Em consequência, estará também afastada a ilicitude da obtenção da prova, podendo ela ser regularmente introduzida e valorada no processo penal.

Portanto, a restrição da prova ilícita, mesmo tratando-se de garantia individual contra o Estado, predomina o entendimento na doutrina de que seja possível a utilização de prova em favor do acusado, ainda que eivada de vícios, nos casos em de serem produzidas pelo próprio interessado, caracterizando a hipótese

⁹⁴OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 301.

de legítima defesa, que exclui a mácula da prova, estando apta para entrar no processo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização indiscriminada, nos meios de produção de prova no processo, consiste em violação dos direitos e das garantias fundamentais. Os direitos humanos bem como os direitos fundamentais, são de uma indeclinável e irrefutável importância, são eles o alicerce de todo o ordenamento jurídico, além de ser requisito indispensável para se qualificar um Estado como Democrático.

Assim sendo, os direitos humanos, condição *sine qua non*, para uma convivência democrática. Somente então, através de sua proteção, podemos consagrar e assegurar a dignidade humana, de tal forma, tais direitos pertencem ao homem, pela simples qualidade de ser humano, sendo que os indivíduos não podem ser privados de sua substância em hipótese alguma.

A Carta Magna de 1988, por sua vez, tida como um marco jurídico da transição ao regime democrático introduz um avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais. De tal sorte, frisa que a dignidade humana sagrou como valor máximo do ordenamento além de consubstanciar-se no princípio orientador da atuação estatal.

No momento que a dignidade é consagrada como princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, ela passam a servir como instrumento para a efetivação e ascensão da dignidade da pessoa humana. Estado democrático este, que aplica e garante o respeito às liberdades individuais e coletivas, respeito às garantias fundamentais, através da proteção jurídica, além da separação dos poderes, independentes e harmônicos.

O Brasil é signatário de tratado de convenções de direitos humanos, acaba assumindo perante a comunidade internacional a obrigação de manter e desenvolver o Estado Democrático de Direito, de proteger um núcleo de diretrizes de direitos básicos e absolutos. Aceita ainda, que as obrigações sejam fiscalizadas e controladas pela comunidade internacional, mediante uma sistemática de monitoramento efetuada por órgão de supervisão internacional.

Dessa forma, todo arcabouço jurídico, deve ser norteado pela a garantia dos direitos humanos, das garantias fundamentais individuais e coletivas, tendo a Constituição como a lei maior. Não obstante, todo ato administrativo, assim como a

jurisdição penal, estão lastreados pelo limite da lei, sendo compatíveis, aos anseios constitucionais, para conter e balizar o poder estatal.

Ademais, em um Estado Democrático de Direito o processo é regido por respeito aos direitos fundamentais, estando assim, condicionado à validade da prova produzida em juízo, em consonância ao princípio do devido processo legal e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

A Carta Magna traz expressamente, a proibição quanto ao uso das provas proibida, sendo assim, inadmissíveis no processo, as provas obtidas por de violação de normas de direito material e processual, compondo estes, o rol das provas ilícitas.

Destarte, a norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, bem como as derivadas primariamente de uma violação, são formas de garantir a segurança jurídica e a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo penal.

Contudo, a doutrina e jurisprudência entende que existe a hipótese da utilização desta prova proibida. Tendo em vista a relevância do direito à liberdade, poderia ser admitida em observância do princípio da proporcionalidade, em ponderação entre direito de liberdade de um inocente, sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova.

Em suma, a valoração da ilicitude das provas criminais deverá ser analisada seguindo os vetores objetivos da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, a restrição da prova ilícita, mesmo tratando-se de garantia individual contra o Estado, predomina o entendimento na doutrina de que seja possível a utilização de prova em favor do acusado.

Ou seja, ainda que eivada de vícios, sendo restritos aos casos, na ponderação ao direito de liberdade, verificando o princípio da proporcionalidade, em ponderação entre direito de liberdade de um inocente, sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova, além disso, nos casos de legítima defesa, estando em hipótese de excludente de ilicitude.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito**. Tradução Luís Afonso Heck. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora. 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, 10ª edição. São Paulo; Editora Malheiros, 2014.

BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia de Direitos do Homem**. Coimbra Editora, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª edição. São Paulo: editora Saraiva 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9ª edição. Rio de Janeiro, editora Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro, Editora campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva. 2007.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 03 de Outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.

BRASIL. **Constituição da República federativa do Brasil**. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus. Segunda Turma – HC 104410 RS – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de publicação: DJe-062 27/03/2012. JusBrasil. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21457539/habeas-corpus-hc-104410-rs-stf/inteiro-teor-110360120?ref=juris-tabs>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 25**. Dje nº 238 de 23/12/09. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>.

CAMPO, Hélio Márcio. **O princípio dispositivo em direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1994.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal / Fernando Capez**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícitas**, São Paulo: editora Saraiva 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os direitos fundamentais: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição, São Paulo, Saraiva 2003.

CONCEIÇÃO, Lourivaldo. **Curso de Direitos Fundamentais**. Campina Grande: Editora Universidade Estadual da Paraíba, 2019.

D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais** / Luigi Ferrajoli; tradução, Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Sergio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FONSECA, Luciana Andrade. Importância da democracia, do Estado, do Indivíduo e da proteção internacional na concretização dos direitos humanos na América Latina. **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo**. Marcio Luis de Oliveira coordenador geral. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2007.

FRANCO, Marcelo Veiga. Direitos Humanos x Direitos Fundamentais. **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo**. Marcio Luis de Oliveira coordenador geral. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2005.

GIOVANNETTI, Andrea. 60 anos de Declaração Universal dos Direitos Humanos: Conquistas o Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

GRECCO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva 1989.

Ius Gentium Conimbrigae. **Os direitos fundamentais em Timor-Leste/Teoria e Prática**. Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora S.A 2015.

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 4° edição, Salvador: Editora JusPodivm.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual e sua conformidade constitucional. 5° edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15° edição. São Paulo Saraiva Educação: 2018.

MEDEIROS, Ana Letícia. VIEIRA, Oscar Vilhena. Concepção contemporânea de direitos humanos. **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. Coordenação Geral Flávia Piovesan. São Paulo: DPJ editora, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2° edição. São Paulo: Celso Basto Editor. 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrine. **Processo Penal**. 18ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.

MOLINA, Garcia Pablo de. **Derecho Penal**. Madrid: Servicio de Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2000.

MONTESQUIEU. **Do espírito das Leis**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria geral, comentários aos artigos 1º ao 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. 4ª edição. São Paulo; editora Atlas, 2002.

MOREIRA BARBOSA, José Carlos. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Revista Forense, v.337. p.125-134.1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 16ª edição, Rio de Janeiro: editora Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25ª edição, São Paulo: Atlas, 2018.

PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, Malheiros editora: 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 75. Porto Alegre, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª edição, São Paulo: Editora Saraiva 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

PRUDÊNCIO, Simone Silva. **Garantias constitucionais e o processo penal: uma visão pelo devido processo legal**. Revista Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n°. 57, p. 297- 320. 2010.

PRUDÊNCIO, Simone Silva. SIMÕES, Pedro Alves. **Admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos *pro societate* no processo penal: Especial proteção aos direitos *infanto-juvenis* e princípio da proibição à *infraproteção***. Revista Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n°. 62, p. 629 - 655. 2013.

PUIG, Santiago Mir. **Constitución, Derechos Fundamentales Y Sistema Penal**. Valencia. Editores Tirant lo Blanch, 2009.

QUEIROZ, Laryssa Saraiva. **O princípio favor rei no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Jurídica Esmg-sp, São Paulo, v. 5, p.99-116, 2014. p. 102. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/137>.

REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e os conflitos das ideologias**. 3º edição. São Paulo: Editora Saraiva 2005.

ROQUE, Fábio Araújo. **O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal**. Salvador: JusPodivm, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral do direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre. 10º edição, Livraria do Advogado Editora. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: 8º Edição, Livraria do Advogado Editora. 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 5º edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1989.

SILVA, José Afonso. **Poder constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos**. Belo Horizonte: editora Del Rey, 1999.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11º edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 3**. 34º edição, São Paulo: Saraiva 2012.

VINCENZI, Luis Otavio. **Tutela Dos Direitos Humanos e Fundamentais**. Birigui, Editora Boreal; 2011.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo : DPJ editora, 2005.