

# **PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO BRASILEIRO: UM DEBATE SOBRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

## **ILLEGAL EVIDENCE IN BRAZIL LAW: A DEBATE ABOUT FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES**

Gabriela Oliveira Freitas

### **RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo uma breve análise acerca do entendimento atualmente adotado pela literatura jurídica e pela jurisprudência no Brasil acerca da utilização de provas ilícitas, buscando demonstrar a inadequação do princípio da proporcionalidade ou da ponderação de direitos fundamentais nesses casos. A partir de uma adequada diferenciação entre direitos e garantias fundamentais e da correta compreensão da função do processo e seus instrumentos no Estado Democrático de Direito, torna-se possível discutir de forma adequada a utilização ou não de provas ilícitas, sem que seja necessária a infundada valoração dos princípios constitucionais. Para o presente estudo, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção micro analítica acerca do tema ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico a análise temática, teórica e interpretativa, buscando sugestão para a solução da questão destacada.

**Palavras-Chave:** Provas Ilícitas; Direitos Fundamentais; Garantias Fundamentais; Estado Democrático de Direito.

### **ABSTRACT**

This work aims at a brief analysis about understanding currently adopted by the legal literature and case law in Brazil about the use of illegal evidence, seeking to demonstrate the inadequacy of the principle of proportionality or balancing of fundamental rights in these cases. From an appropriate distinction between fundamental rights and guarantees and the correct understanding of the function of the process and its instruments in a Democratic State of Law, it becomes possible to discuss adequately the use of illegal evidence or not, without requiring the unfounded valuation of constitutional principles. For the present study, will be used to bibliographical research and the deductive method, starting from a macro perspective for micro analytical conceptions of the topic currently under study and, finally, as a technical procedure thematic, theoretical analysis and interpretive, seeking suggestions for resolving the outstanding issue.

**Keywords:** Illegal Evidence; Fundamental Rights; Fundamental Guarantees; Democratic State of Law.

## 1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil tornou-se um Estado Democrático de Direito, rompendo com as bases teóricas que até então estruturavam todo o ordenamento jurídico. O princípio da dignidade da pessoa humana e todos os direitos fundamentais que lhe são inerentes tornaram-se fundamento do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 2º, II, da Constituição da República. Desse modo, a proteção de tais direitos e seu efetivo exercício passaram a ser o objetivo principal do Estado Democrático de Direito. E, para que tais direitos se tornassem também efetivos, foram previstas garantias fundamentais.

Com a Constituição de 1988, as garantias constitucionais passam a ter grande relevância no estudo do processo, tendo em vista que várias dessas garantias, apesar de previstas no texto constitucional, possuem natureza processual, motivo pelo qual, como já dito, torna-se inviável desvincular o processo da Constituição.

Dentre tais garantias, pretende-se abordar no presente trabalho a garantia que se encontra prevista no artigo 5º, LVI, da Constituição da República, que veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, compreendidos como os meios que violam normas do ordenamento jurídico brasileiro.

A partir de uma análise da literatura jurídica e da jurisprudência brasileira, observa-se que, normalmente, em um procedimento jurisdicional, a análise acerca utilização ou não de provas ilícitas passa pela ponderação de princípios constitucionais e pelo princípio da proporcionalidade.

Partindo dessa consideração, pretende-se demonstrar no presente trabalho que o problema referente à admissibilidade ou não das provas ilícitas é uma questão de simples solução, exigindo, para tanto, somente que se tenha uma correta compreensão da função do processo e das garantias processuais constitucionalmente previstas no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, analisar-se-á, inicialmente, o tratamento dispensado à questão das provas ilícitas no Direito Brasileiro, abordando o princípio da proporcionalidade.

Em seguida, discutir-se-á acerca do conceito de direitos fundamentais a diferenciando-os das garantias fundamentais, de forma a demonstrar que a vedação da

utilização das provas ilícitas é garantia fundamental, devendo ser compreendida como um instrumento processual destinado a assegurar o efetivo exercício dos direitos fundamentais.

Portanto, tem o presente trabalho o principal objetivo de analisar o processo e as garantias processuais no Estado Democrático de Direito, compreendendo seu papel como garantidores dos direitos fundamentais, de modo a afastar a utilização do princípio da proporcionalidade da análise sobre a possível utilização de provas ilícitas.

## **2 PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO BRASILEIRO**

Segundo Humberto Theodoro Junior, “a prova é o instrumento ou meio hábil para demonstrar a existência de um fato”, objetivando convencer o julgador “da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio”<sup>1</sup> (THEODORO JUNIOR, 2003, p. 375-376).

Conforme a lição de Rosemiro Pereira Leal, “provar é representar e demonstrar os elementos da realidade objetiva pelo meios intelectivos autorizados em lei”<sup>2</sup> (LEAL, 2010, p. 205).

A prova deve ser considerada, portanto, um mecanismo de demonstração de fatos, com objetivo de levar ao seu destinatário, ou seja, o julgador, o conhecimento acerca dos fatos narrados nos autos, permitindo que as partes participem da reconstrução fática, construindo, assim, o provimento jurisdicional.

No tocante ao direito probatório, percebe-se que a Constituição de 1988, ao inaugurar no Brasil o Estado Democrático de Direito e romper com os institutos do Estado Social, elencou, em seu art. 5º, direitos e garantias fundamentais do cidadão, tendo consignado expressamente a garantia da ampla defesa, com todos os meios a ela inerentes, assegurando, assim, a possibilidade de ampla produção probatória. No entanto, no inciso LIV do art. 5º, o próprio texto constitucional cuidou de limitar essa

---

<sup>1</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 375/376.

<sup>2</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 205.

possibilidade probatória, determinando que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Segundo Alexandre de Moraes, “provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material” (MORAES, 2007, p.104). Também esclarece Luiz Francisco Torquato Avolio “por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração de normas ou princípios de direito material - sobretudo de ordem constitucional”, e acrescenta:

(...) a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e accertamento da verdade, tais os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência, e outros. (AVOLIO, 1999, p. 44).

Apesar da expressa vedação constitucional, passou-se a discutir na jurisprudência e na doutrina a possibilidade de flexibilização deste princípio, esclarendo Fernando Capez que “a prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida a despeito de ser ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade que deve ser empregado *pro reo* ou *pro societate* (CAPEZ, 2008, p. 39).

No mesmo sentido, informa Eugenio Paceli de Oliveira:

O critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada ponderação de bens, presente até mesmo nas opções mais corriqueiras da vida cotidiana. O exame normalmente realizado em tais situações destina-se a permitir a aplicação, no caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa ao outro ou outros. Fala-se, então, em proporcionalidade (OLIVEIRA, 2005, p. 292)

Assim, tornou-se usual utilizar o princípio da proporcionalidade, ponderando valores constitucionais, a fim de analisar o cabimento ou não da prova obtida por meios ilícitos.

É o que se observa no seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se autorizou o uso de gravação de conversa, na qual uma das partes não tinha conhecimento de que estava sendo gravada. Veja-se:

No âmbito do Direito de Família a prova tem singularidades que impõem um tratamento específico diversamente dos outros campos jurídicos, e que decorrem da natureza da relação conjugal, onde as violações do dever são clandestinas, embaraçando a sua visibilidade e constatação. O direito à intimidade, como qualquer outro, não pode sobrepor-se de maneira absoluta a

outros dignos da tutela judiciária, podendo submeter-se ao direito à prova, também constitucionalmente assegurado, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, aqui se ponderando favoravelmente os interesses ligados à reta administração da justiça e sacrificando-se a privacidade. O direito à prova é o direito da parte em utilizar todas as provas de que dispõe para demonstrar a veracidade dos fatos em que se funda a pretensão e que seria inútil se não se vinculasse ao direito de aquisição da prova, desde que admissíveis e relevantes. Assim, o objeto do direito à prova é o direito da parte à prova relevante, que cede aos direitos fundamentais, desde que ela não detenha outra forma de comprovação. Desta forma, prevalecem os interesses da verdade e da segurança jurídica, restando à coletividade assegurar-se contra a obtenção ilícita com o manejo da responsabilidade civil ou penal para o autor que malferiu a moral. É razoável a produção de prova oriunda de gravação de conversa entre marido e mulher, em que se utilizaram meios comuns, mesmo que um deles desconheça a existência da impressão sônica, uma vez que não há quebra da privacidade. Agravo provido, para autorizar a produção do clichê sônico. (SEGREDO DE JUSTICA) (Agravo de Instrumento Nº 70005967740, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 28/05/2003)

Percebe-se, desse modo, que tornou-se comum no direito brasileiro ponderar valores constitucionais, a fim de viabilizar a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Ou seja: diante da possibilidade de proteção de um direito fundamental por meio da utilização de uma prova, ainda que obtida por meio ilícito, este elemento de prova deverá ser utilizado, a fim de proteger um bem jurídico considerado mais relevante.

Cabe destacar, nesse ponto, o magistério de Ada Pellegrini Grinover, que afirma que, em se tratando de prova ilícita, especialmente daquela cuja produção derivar de ofensa a cláusulas de ordem constitucional - não se revelará aceitável, para efeito de sua admissibilidade, a invocação do critério de razoabilidade do direito norte-americano, que corresponde ao princípio da proporcionalidade do direito germânico (GRINOVER, 1982, p. 151).

É o que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido. (AI 50.367-PR, 2ª Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05.)

Também em decisão proferida nos autos do RE nº 251.445, o Ministro Celso de Mello bem abordou o tema da absoluta proscrição da provas ilícitas:

Assentadas tais premissas, devo reiterar, na linha de diversas decisões por mim proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. Impõe-se registrar, até mesmo como fator de expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República, por isso mesmo, tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

No entanto, conforme se pretende demonstrar no capítulo subsequente, tal critério não se revela razoável e nem mesmo compatível com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, seja pela inadequação do referido princípio da proporcionalidade, seja pelo excesso de arbitrariedade e discricionariedade que tal princípio confere ao julgador.

## **2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Os direitos humanos, conforme estudo de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, são “aqueles direitos inerentes à natureza do ser humano reconhecidos e declarados nas normas das convenções, pactos e tratados internacionais, criando um sistema de proteção”. (BRÊTAS, 2010, p. 68).

Entende-se por os direitos fundamentais aqueles direitos humanos que alcançaram a expressa proteção no ordenamento jurídico constitucional, “atingindo, por conseguinte, grau maior de certeza e efetiva possibilidade de serem garantidos” (BRÊTAS, 2010, p. 98). Desse modo, de acordo com lição de Paulo Bonavides, os “direitos fundamentais são aqueles que o direito vigente qualifica como tais” (BONAVIDES, 2006, p. 560).

Gilmar Mendes assevera que os direitos fundamentais são direitos de defesa, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder

Público. Essa situação pode se estabelecer pelo não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas (MENDES, 2004, p. 2).

Segundo José Cirilo Vargas, os direitos fundamentais “são aqueles vigentes numa dada e concreta ordem jurídica, enquanto que os direitos do homem tem uma dimensão jusnaturalista, ou seja, são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempo” (VARGAS, 1992, p. 32).

Ressalte-se que expressão “direitos humanos” remonta à Revolução Francesa, momento histórico em que a proteção dos direitos humanos tornou-se necessária e relevante, culminando na Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, em 1789.

Consagrou-se, no entanto, a proteção aos direitos humanos, em momento posterior, após a Segunda Guerra Mundial, com a sua positivação nos ordenamentos jurídicos, como contraponto às atrocidades praticadas pelos regimes nazistas, sendo essa a motivação para “incluir um catálogo de proteção dos direitos humanos nos textos dos tratados internacionais e das Constituições surgidos após aquele sombrio período histórico” (BRÊTAS, 2010, p. 69).

No Brasil, a positivação de tais direitos também decorreu da quebra do regime totalitário ditatorial, com a promulgação da Constituição da República de 1988, que criou “um bloco compacto de salvaguarda das pessoas e de suas liberdades contra quaisquer atos de abuso do poder ou de arbítrio provenientes do Estado, incompatíveis com o princípio maior da vinculação de qualquer ato estatal ao Estado Democrático de Direito” (BRÊTAS, 2010, p. 70).

Induvidoso que a Constituição deve não somente tutelar determinados direitos humanos, mas como também inserir em seu texto meios de garantias para que esses direitos possam ser amplamente exercidos, ou seja, a positivação dos direitos humanos é insuficiente para assegurar “a efetividade do livre exercício de tais direitos”, exigindo-se que o ordenamento jurídico também crie garantias que os tornem eficazes (BARACHO, 2006, p. 56).

No mesmo sentido, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias afirma que “de nada adiantaria um extenso rol de direitos fundamentais, se mecanismos que assegurassem sua concretização também não fossem selecionados e incluídos no texto constitucional” (BRÊTAS, 2010, p. 72).

Assim, conclui-se, conforme o ensinamento de José Cirilo Vargas, que a mera previsão e proclamação dos direitos é insuficiente, vez que é preciso “dar os meios para exercê-los, para desfrutá-los”, de modo a “afastar a ideia de mero complexo de princípios filosóficos e generosos, sem eficácia executória” (VARGAS, 1992, p. 50).

Ressalte-se que, apesar de parte da doutrina considerar direitos fundamentais e garantias fundamentais como sinônimos, estes devem ser diferenciados, tendo em vista a redação do texto constitucional, em seu título II, adota as duas expressões, mencionando “direitos e garantias”, motivo pelo qual devem ser tratado com institutos diversos.

Sobre tal questão, é o ensinamento de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

(...) enquanto os direitos fundamentais são os direitos humanos expressamente enumerados e declarados no ordenamento jurídico-constitucional, as garantias constitucionais, por isto, garantias fundamentais, diversamente, compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição. (BRÊTAS, 2010, p. 72).

Afirma também José Cirilo Vargas “os direitos individuais são direitos oponíveis pelo homem ao Estado, visando precipuamente à proteção dos direitos à liberdade, à segurança, à propriedade, à igualdade. As garantias são os instrumentos de efetividade desses direitos” (VARGAS, 1992, p. 33).

Ressalte-se, ainda, que, ao contrário do entendimento de parte da doutrina, os direitos fundamentais não podem ser considerados normas programáticas, meras diretrizes e promessas da Administração Pública, mas sim devem ser elevados ao status de títulos executivos líquidos, certos e exigíveis<sup>3</sup>, conforme leciona Rosemiro Pereira Leal:

Os direitos postos por uma vontade processualmente demarcada, ao se enunciarem constitucionalmente fundamentais, pertencem a um bloco de direitos líquidos (autoexecutivos) e certos (infungíveis) de cumprimento insuscetível de novas reconfigurações provimentais e, por conseguinte, só passíveis de lesão ou ameaças após efetivamente concretizados *ex officio* pela Administração Governativa ou por via das ações constitucionais (devido processo legal) a serem manejadas por todos indistintamente ao exercício da auto-inclusão auferidora dos direitos fundamentais criados e garantidos no nível constituinte da normatividade indeclinável. (LEAL, 2010, p. 131).

---

<sup>3</sup> Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Modelos Processuais e Constituição Democrática*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 288.

Assim, no Estado Democrático de Direito, o correto seria “conceber a constituição como título executivo extrajudicial quanto a direitos fundamentais” (LEAL, 2009, p. 285).

E o que leciona José Alfredo de Oliveira Baracho:

O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivo e exequíveis. (BARACHO, 1997, p. 106).

Esclarece Paulo Bonavides:

(...) temos visto nos ordenamentos constitucionais contemporâneos crescer de importância a figura da garantia constitucional, que repercute não somente no campo do direito constitucional de amplitude clássica, senão também dilata à esfera do direito processual, atraindo-o, no tocante à tutela jurisdicional da liberdade e dos direitos fundamentais, para o vasto território onde se renova e amplia cada vez mais o estudo da matéria constitucional. (BONAVIDES, 2006, p. 533).

Portanto, o texto da Constituição de 1988 não cuidou somente de tutelar determinados direitos humanos, levando-os à condição de direitos fundamentais, mas também inseriu no ordenamento jurídico uma série de garantias, tais como o devido processo legal (que abrange o contraditório, a ampla defesa, a fundamentação das decisões), as ações constitucionais (Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Habeas Data, Mandado de Injunção), a gratuidade judiciária, o juízo natural, dentre outros, destacando-se, no presente estudo, a garantia da vedação de utilização de provas ilícitas.

### **3 A PROVA ILÍCITA COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

É certo que o direito à prova decorre das garantias que integram o devido processo legal, sendo “fator de visibilidade da argumentação jurídica” (LEAL, 2010, p. 214) e possibilitando que as partes apresentem seus argumentos e os provem, de forma a construir o convencimento do julgador.

Também leciona Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Carlos Henrique Soares que “provar significa demonstrar, pelos meios permitidos em direito, a situação fática objeto da lide”, tendo por finalidade “levar ao conhecimento do juiz situações fáticas para que

o mesmo possa aplicar o direito vigente” (SOARES; BRÊTAS, 2011, p. 352), devendo a prova ser entendida “uma inter-relação das qualidades entre o modelo persuasivo (prova como argumento persuasivo) e o modelo moderno (prova como instrumento demonstrativo)” (MACHADO, 2011).

Percebe-se, assim, que o direito à prova é uma garantia fundamental e que, como visto, tem por objetivo a efetividade do exercício dos direitos fundamentais elencados no art. 5º do texto constitucional.

Da mesma forma, a vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos também consiste em uma garantia processual, elevada ao caráter de garantia fundamental, com o escopo de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, assim como as demais garantias processuais.

Assim, tal compreensão revela-se adequada às diretrizes do Estado Democrático de Direito, que vincula os estudos de Direito Processual ao texto constitucional e, mais do que isso, conferindo ao Processo a nobre função de tutelar os direitos fundamentais, e não, ao contrário do que vem atuando o Judiciário, de ponderar quais dos direitos fundamentais seriam mais valiosos.

Ressalte-se que essa ponderação de valores realizada pelo Judiciário se mostra não só inadequada, mas arbitrária, conferindo ao julgador o poder de estabelecer qual princípio constitucional considera mais revelante, desconsiderando, por completo que a Jurisdição também é direito fundamental e deve ser exercida e assegurada pelas mesmas garantias fundamentais já mencionadas.

André Del Negri alerta que tal entendimento equivocado sobre o que seja o processo constitucional e o Estado Democrático de Direito, “faz com que o órgão administrativo-governativo tome decisões aleatórias e antiquadas” (DEL NEGRI, 2011, p. 11), atuando de forma chamada “ativista”, justamente por acreditar em um suposto excesso de poderes do julgador, em razão das nobres razões que motivariam o exercício de suas funções, chamados por Cândido Rangel Dinamarco de “escopos metajurídicos do processo”.

A atuação do julgador deve ser analisada sob essa perspectiva democrática, o que significa que o exercício da função jurisdicional deve ocorrer mediante ampla participação dos interessados, observando o princípio do contraditório, colocando, assim, as partes no centro do processo e não o julgador, buscando a efetivação do princípio da eficiência na atividade jurisdicional.

Ao contrário, na disciplina constitucional principiológica, todos os provimentos (jurisdicionais, administrativos e legislativos) devem ser fundamentados, observado, principalmente o contraditório e a legalidade, “impedindo os espaços de criação (discricionariedade judicial na sua aplicação) e que sejam preenchidos de forma arbitrária e ilegítima” (FREITAS, 2008, p. 173), como vem ocorrendo na ora criticada aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de ponderação entre garantias e direitos fundamentais.

Em assim sendo, o provimento produzido nessa postura ativista é inválido pela ausência de ampla participação das partes em sua construção, conforme ensina Dierle José Nunes:

Assim, em decorrência da conjugação das garantias constitucionais do contraditório e da defesa, cria-se uma impossibilidade de atuação monológica do juiz na construção de todos os provimentos, pois estes seriam inválidos toda vez que levassem em consideração aspectos fáticos e jurídicos não debatidos e problematizados com as partes. Cria-se, então, obrigatoriamente, uma estrutura procedimental intersubjetiva e participativa de formação de todos os provimentos judiciais. (NUNES, 2006, p. 151).

Por derradeiro, conforme lição de Streck “não se pode olvidar a ‘tendência’ contemporânea (brasileira) de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos” (STRECK, 2010, p. 20).

Desse modo, não se admite, no Estado Democrático de Direito, tal visão instrumentalista ou visão equivocada do processo e de seus instrumentos (garantias fundamentais), o que pode culminar no excesso de poderes do julgador e no ativismo judicial, devendo o processo ser compreendido sob a perspectiva da teoria constitucionalista do processo<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup>A origem dos estudos acerca do processo em conjunto com o texto constitucional remonta ao mexicano Hector Fix-Zamudio e ao uruguaio Eduardo Couture, sendo sistematizada no direito brasileiro por José Alfredo de Oliveira Baracho. Apesar de verificar que Eduardo Couture ainda considera o processo como um instrumento da jurisdição, seguindo a orientação da Teoria do Processo como Relação Jurídica de Büllow, é possível constatar em seus estudos, um esboço de um direito processual constitucional, a partir da ideia de que o processo deve ser estruturado por meio de um método dialético, permitindo que as partes e o juiz realizem o debate “segundo as formalidades estabelecidas previamente na lei, sendo assegurado o direito de ação e exceção de forma que o debate seja estabelecido de forma bilateral e igualitária.” (CÂMARA, Bernardo Ribeiro; MACIEL, Gabriel de Deus; ASSIS JUNIOR, José Bernardo de; SILVA FILHO, Marcu Antônio Gonçalves. *Ação, Jurisdição e Processo em Couture*. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.) *Estudos Continuidos de Teoria do Processo*. Vol. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 214/215).

Não é o protagonismo judicial e, por consequência, decisões solipsistas e supostamente razoáveis/proporcionais, que concretizam os direitos, ao contrário do que acreditam alguns processualistas e julgadores, como se viu anteriormente. Pelo contrário, tais decisões marcadas pelo ativismo judicial violam as principais garantias processuais previstas no texto constitucional, sendo, por conseguinte, também violadoras de direitos fundamentais.

Como visto, estando as garantias fundamentais a serviço da efetividade dos direitos fundamentais, não há o que se ponderar. Diante de uma questão que envolva o direito à vida, direito à saúde, direito à integridade física ou qualquer outro direito fundamental elencado no art. 5º da Constituição, a utilização de provas ilícitas deve ser autorizada, não pelo equivocado argumento de ponderação de valores, mas sim em razão da função exercida pelas garantias fundamentais.

Por derradeiro, vale reforçar que essa compreensão acerca da diferença entre direitos e garantias fundamentais impede a concessão de discricionariedade ao julgador para que possa avaliar qual princípio constitucional deve ser considerado mais relevante, compatibilizando, assim, a atividade jurisdicional ao Estado Democrático de Direito.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante das considerações tecidas no presente trabalho, torna-se possível perceber que, diante do questionamento sobre a possibilidade ou não da utilização de uma prova ilícita em um processo jurisdicional, é totalmente inadequada a aplicação da teoria da proporcionalidade, buscando ponderar valores constitucionais.

Diante de direitos fundamentais, não é possível estabelecer se um ou outro tem maior importância ou maior valor, sendo descabida a pretensão de ponderá-los.

Ao compreender o processo e seus institutos, notadamente aqueles previstos na Constituição de 1988, como instrumento de garantia de direitos fundamentais, diferenciando, por consequência, direitos de garantias, torna-se possível perceber como é desnecessária e inadequada tal ponderação de valores, que vem sendo utilizada frequente no Judiciário brasileiro, com a finalidade de possibilitar a utilização de provas obtidas por meios ilícitos.

Sendo a vedação de provas ilícitas uma garantia fundamental, de natureza processual, destinada a assegurar o efetivo exercício de direitos fundamentais, não se revela possível, em hipótese alguma, que essa garantia se sobreponha a um determinado direito fundamental, o que esvaziaria, por completo, sua função constitucional.

Assim, uma garantia fundamental jamais pode se sobrepor a um direito fundamental, justamente porque existe com a função precípua de assegurar seu efetivo exercício.

Percebe-se, assim, que a adequada compreensão da função do Processo no Estado Democrático de Direito permite afastar o intitulado “princípio da proporcionalidade” e colocar, de forma devida, as garantias processuais previstas no texto constitucional a serviço da efetividade dos direitos fundamentais.

## **REFERÊNCIAS**

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas, Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*. São Paulo: RT, 1999.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Revista Forense, v. 337, Rio de Janeiro, jan./mar. 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CÂMARA, Bernardo Ribeiro; MACIEL, Gabriel de Deus; ASSIS JUNIOR, José Bernardo de; SILVA FILHO, Marcu Antônio Gonçalves. Ação, Jurisdição e Processo em Couture. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.) *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Vol. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DEL NEGRI, André. *Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná; FREITAS, Carla R. Clark C.Z. Os Institutos Jurídicos da Teoria Geral do Estado. In: CASTRO, João Antônio de Lima. *Direito Processual: Estudos no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: IEC PUC Minas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. São Paulo: RT, 1982.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos Processuais e Constituição Democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso: Da Teoria Geral dos Recursos das Reformas Processuais e da Participação nas Decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Manual Elementar de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido Conforme minha Consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VARGAS, José Cirilo. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.