

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” - UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**CAROLINA MARIA MORRO GOMES GALBIATI**

**PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVILEA(IN)APLICABILIDADE DO  
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

MARÍLIA  
2013

CAROLINA MARIA MORRO GOMES GALBIATI

PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL E A (IN)APLICABILIDADE DO  
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado)

Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Orientador:  
Prof. Dr. LUÍS HENRIQUE BARBANTE FRANZÉ.

MARÍLIA  
2013

Galbiati, Carolina Maria Morro Gomes  
PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL E A  
(IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE / Carolina Maria Morro Gomes Galbiati;  
orientador: Luís Henrique Barbante Franzé. Marília, SP: [s.n.], 2013.  
194 f.

Dissertação – Mestrado em Direito, Fundação de Ensino  
“Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário  
Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2013.

1. Processo 2. Provas 3. Provas Ilícitas 4. Processo 5. Princípio  
da Proporcionalidade

CDD: 341.464



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"  
**CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM**  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Reconhecido pela Portaria MEC nº 1077, de 13 de setembro 2012

**ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO**

Mestranda: Carolina Maria Morro Gomes Galbiati

Título: “Prova Ilícita no Processo Civil e a (In)Aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade”.

Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Aos oito dias do mês de março de dois mil e treze, com início às 15h, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores: Dr. Luís Henrique Barbante Franzé, orientador (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM), Dr. Nelson Finotti Silva (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM) e Dr<sup>a</sup>. Mônica Bonetti Couto (docente da UNINOVE - Universidade Nove de Julho - São Paulo/SP), arguiu a candidata, tendo a examinada sido APROVADO, com nota 9,5 (nove e meio). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

**Observações:**

*Entregar 2 exemplares e versão digital do trabalho final pelo prazo de 30 dias da defesa com as alterações sugeridas pela banca*

**BANCA EXAMINADORA:**

PROF. DR. LUÍS HENRIQUE BARBANTE FRANZÉ (Orientador)  
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF. DR. NELSON FINOTTI SILVA  
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF<sup>a</sup>. DR<sup>a</sup>. MÔNICA BONETTI COUTO  
(IES: UNINOVE - Universidade Nove de Julho - São Paulo/SP)

**MESTRANDA: CAROLINA MARIA MORRO GOMES GALBIATI**

Marília, 08 de março de 2013.

*[Assinatura]*  
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli  
Coordenador do Programa de Mestrado  
UNIVEM



*Aos meus pais Azeli e Gilvandro;*

*A minha irmã Gláucia Morro Gomes;*

*Ao meu marido Rogério Pinheiro Galbiati,  
companheiro e amigo de todas as horas.*

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Gilvandro e Azeli, a razão de tudo e essencialmente pelas oportunidades de crescimento intelectual e profissional.

Ao Professor Doutor Luís Henrique Barbante Franzé, pela orientação e sugestões que se mostraram imprescindíveis ao desenvolvimento e conclusão deste trabalho.

À Professora Doutora Raquel Cristina Ferraroni Sanches, presença marcante que fez brotar em mim as reflexões pertinentes ao desenvolvimento de competências e habilidades à formação docente responsável, visando perseguir constantemente a qualidade no ensino, pesquisa e extensão.

Ao Professor Doutor Edinilson Donisete Machado – competente e dedicado coordenador do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha” de Marília – UNIVEM, por me franqueara oportunidade de participar das atividades de Prática Docente, muito contribuiu para o meu ingresso e contínuo aperfeiçoamento na atividade didática. Muito obrigada pela confiança em mim depositada.

Ao Professor Doutor Nelson Finotti da Silva sougrata de forma particular: ao ministrar o crédito Pressupostos Críticos: Teoria Geral da Prova – disciplina oferecida pelo programa de Pós-Graduação de Mestrado em Direito do Centro Universitário “Eurípides de Marília” - UNIVEM – despertou em mim o interesse por pesquisar o tema *provas*.

À Professora Doutora Mônica Bonetti Couto, direciono agradecimentos por integrar a Banca Examinadora de qualificação e defesa e trazer suas críticas, observações e sugestões a respeito do trabalho, o que muito contribuiu para o aperfeiçoamento da versão final.

À Professora Ana Helena de Carvalho Nogueira Reis, agradeço o privilégio de compartilhar sua inestimável amizade fraternal e por mostrar-se essa professora especial e comprometida com a transmissão de seus inúmeros conhecimentos.

Aos funcionários do Centro Universitário “Eurípides de Marília” – UNIVEM, de modo particular às funcionárias da Secretaria do Mestrado – Leninha e Taciana – pela atenção e paciência.

Ao meu companheiro e amigo de ontem, hoje e sempre, Rogério Pinheiro Galbiati: sua compreensão é imensurável e o seu amor incondicional. Todos os dias da minha vida serão insuficientes para agradecer-lhe.

À minha querida irmã Gláucia Morro Gomes, por crer em meus sonhos e incentivá-los.

Aos meus queridos amigos: que de longe ou de perto, compreenderam a minha ausência e estiveram vinculados a essa empreitada, meus sinceros agradecimentos pela força inestimável.

Às pessoas que, de alguma forma, participaram com carinho e atenção desta minha caminhada, obrigada.

À Essência de tudo, a Deus, minha eterna gratidão por me conceder os ensejos de completude da vida partilhada com todas essas pessoas e conhecimentos, sem o que nada valeria a pena.

*“Faz da tua alma um diamante.  
A cada novo golpe,  
uma nova face,  
porque, um dia, ela seja toda iluminada”.*

*Rogelio Stela Bonilla*

*Senhor, vós me sondais e conheceis, sabeis quando  
me sento ou me levanto; de longe penetrais meus  
pensamentos; percebeis quando me deito e quando  
eu ando, os meus caminhos vos são todos  
conhecidos.*

*— Fostes vós que me formastes as entranhas, e no  
seio de minha mãe vós me tecestes. Eu vos louvo e  
vos dou graças, ó Senhor, porque de modo  
admirável me formastes!*

*— Até o mais íntimo, Senhor, me conheceis;  
nenhuma sequer de minhas fibras ignoráveis,  
quando eu era modelado ocultamente, era formado  
nas entranhas subterrâneas.*

*(Salmo 138)*

GALBIATI, Carolina Maria Morro Gomes. **Prova ilícita no processo civil e a (in)aplicabilidade do princípio da proporcionalidade.** 2013. 194f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2013.

## RESUMO

O Artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988 tornou inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, para cujo efeito de tutela se reconheceu o caráter absoluto e inflexível da norma. Observa-se que o direito à prova constitui-se fundamental e compreende a ampla oportunidade de sua produção. Em se tratando, pois, de direito fundamental, sua efetividade deve ser viabilizada mediante o reconhecimento de instrumentais destinados a conferir às partes amplas e iguais oportunidades. Ademais, verifica-se que o direito fundamental à prova decorre do arcabouço de direitos e garantias essenciais ao processo, notadamente do devido processo legal. Não obstante, questiona-se como compatibilizar as diretrizes abrigadas no cerne da Constituição Federal, conseqüentemente, conferir-lhes equivalente aplicabilidade, inclusive quando confrontadas com outros bens, valores e interesses igualmente tuteláveis. Impelindo-se pelo esforço de solucionar as colisões de direitos fundamentais, ambas – doutrina e jurisprudência – apresentam-se aquiescentes à aplicação do princípio da proporcionalidade, dada à sua relevância no âmbito da ponderação, sem, entretanto, dispensar rigorosa atenção à hermenêutica jurídica. Uma vez contemplados esses aspectos, o presente estudo pretende examinar a questão da prova ilícita no processo civil e a (in)aplicabilidade do princípio da proporcionalidade. Inicialmente, tratar-se-á do direito fundamental à prova, para em seguida proceder à abordagem da prova ilícita e, por fim, analisar a prova ilícita e o princípio da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Processo. Provas. Provas ilícitas. Direitos Fundamentais. Princípio da Proporcionalidade.



GALBIATI, Carolina Maria Morro Gomes. **Prova ilícita no processo civil e a (in)aplicabilidade do princípio da proporcionalidade**. 2013. 194f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2013.

#### ABSTRACT

The Article 5 LVI of the Federal Constitution of 1988 holds as inadmissible injudicial proceedings illegally evidence, to the effect of defense of which the absolute and inflexible nature of the rule was recognized. It is observed that the right of proof is considered among fundamental rights and includes the comprehensive opportunity to its generation. As a result of being a fundamental right, its fulfillment must be made equally viable and widely provided between the parties through the recognition of instruments aimed to confer them the same share of rights. Besides, it is worth verifying that such a legal entitlement of proof derives from the framework of essential rights and assurances to legal proceedings. However, it is brought into question of how to make compatible these rules sheltered at the core of the 1988 Federal Constitution and, as a result, confer them equivalent applicability, including when they are confronted with other goods, values and interests also protectable. Impelled by an earnestly effort to resolve the collisions of fundamental rights both – doctrine and jurisprudence – present themselves acquiescent with the applying of the principle of proportionality due to its relevance within the ambit of deliberation, but without granting the judicial hermeneutics an accurate attention. Taking into account all of these aspects, the present study is intended for an analysis of the question of illegal evidence in the civil law proceedings and the (in)applicability of the principle of proportionality. To further this aim the study will firstly deal with the process of constitutionalization and the fundamental right of proof, followed by an approach to the general theory of proof, particularly the illegal one, and finally there is a brief debate on the parameters of the principle of proportionality in the field of illegal evidence.

**Keywords:** Proceedings. Proof. Illicit Proof. Fundamental Rights. Principle of Proportionality.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
<b>CAPÍTULO 1 - DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA.....</b>	<b>15</b>
1.1 Constitucionalismo .....	15
1.1.1 A transição do constitucionalismo antigo ao clássico liberal .....	16
1.1.2 Do constitucionalismo moderno .....	31
1.1.3 Constitucionalismo no Brasil .....	34
1.1.4 Constitucionalismo contemporâneo: neoconstitucionalismo .....	41
1.1.5 A constitucionalização do processo .....	52
1.2 Direito processual constitucional .....	61
1.2.1 Tutela constitucional do processo.....	64
1.2.1.1 Institutos fundamentais do processo: ação, jurisdição e processo .....	66
1.2.1.2 Princípios constitucionais do processo .....	69
1.2.2 Devido processo legal .....	71
1.2.3 Direito fundamental à prova.....	75
<b>CAPÍTULO 2 – DA PROVA ILÍCITA.....</b>	<b>79</b>
2.1 Aspectos gerais da prova.....	79
2.1.1 Acepção do termo prova e conceito .....	81
2.1.2 Objeto da prova.....	84
2.1.3 Finalidade.....	87
2.1.4 Meios e fontes .....	89
2.1.5 Classificação.....	93
2.1.6 Ônus da prova.....	96
2.1.7 Poderes instrutórios do juiz .....	103
2.1.8 Princípios aplicáveis à prova.....	106
2.1.8.1 Princípio do devido processo legal, contraditório e ampla defesa .....	107
2.1.8.2 Princípio do livre convencimento motivado .....	109
2.1.8.3 Princípio da aquisição processual ou comunhão da prova.....	111
2.1.8.4 Princípio da proibição das provas ilícitas.....	111
2.2 Prova ilícita .....	112
2.2.1 Considerações iniciais .....	112
2.2.2 Algumas distinções conceituais .....	114
2.2.2.1 Provas atípicas, ilegais e imorais.....	114
2.2.2.2 Prova ilícita e ilegítima .....	116
<b>CAPÍTULO 3 – PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....</b>	<b>124</b>
3.1 A questão da (in)admissibilidade das provas ilícitas.....	124
3.1.1 Considerações gerais .....	124
3.1.2 A questão da (in)admissibilidade das prova ilícitas .....	127
3.1.2.1 Corrente obstativa, contrária ou proibitiva.....	128
3.1.2.2 Corrente favorável ou permissiva.....	130
3.1.2.3 Corrente intermediária ou da teoria da proporcionalidade.....	133
3.2 Teoria da proporcionalidade.....	135
3.2.1 Considerações gerais .....	135
3.2.2 Linhas evolutivas .....	141

3.2.2.1 Direito norte-americano.....	144
3.2.2.2 Direito alemão.....	146
3.2.3 Uma distinção inevitável: proporcionalidade e razoabilidade.....	148
3.2.4 Os elementos do princípio da proporcionalidade.....	150
3.3 A questão da prova ilícita no processo e o princípio da proporcionalidade.....	153
3.3.1 Considerações gerais.....	153
3.3.2 Prova ilícita no processo e o princípio da proporcionalidade.....	153
3.3.2.1 Análise da Ação Penal 307/DF – Caso “PC Farias”.....	163
3.3.3 Aspectos polêmicos.....	166
3.3.3.1 Provas ilícitas por derivação.....	166
3.3.3.2 Prova emprestada.....	169
3.3.3.3 Gravações clandestinas e interceptações telefônicas.....	172
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	175
REFERÊNCIAS.....	179

## INTRODUÇÃO

O interesse pela pesquisa do tema ganhou vulto durante o período do cumprimento do crédito de mestrado Pressupostos Críticos: Teoria Geral da Prova, disciplina oferecida pelo Programa de Pós-Graduação de Mestrado em Direito do Centro Universitário “Eurípides de Marília” – UNIVEM, mantido pela Fundação Eurípides Soares da Rocha, correlato à área de concentração Teoria do Direito e Do Estado, fato que foi decisivo à escolha do tema que discute a questão das provas.

Ancorando-se na linha de pesquisa que busca refletir a crítica acerca do modelo dogmático posto, o aprofundamento da pesquisa doutrinária atinente à prova ilícita mostrou-se interessante.

A Constituição Federal de 1988, mediante a disposição expressa do Artigo 5º, inciso LVI, prevê que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

O contexto destacado demonstra que o legislador constitucional optou, em se tratando do processo, pela postura hostil à admissibilidade das provas obtidas ilicitamente. Compreende-se que, genericamente, a prova ilícita é aquela colhida com infringência a normas de direito material, notadamente a princípios e normas constitucionais.

Diante do caráter taxativo e absoluto da norma constitucional, questiona-se se a vedação probatória tal como preconizada no texto da Constituição Federal de 1988 não comportaria os devidos abrandamentos.

Essas circunstâncias que indagam acerca da tensão entre a previsão normativa e a realidade estimula o operador do direito a repensar e a reformular essas noções para adaptá-las às demandas contemporâneas.

Trata-se de uma preocupação inaugurada, sobremaneira após as experiências vivenciadas durante os regimes totalitários. De fato, após a Segunda Guerra Mundial, o positivismo jurídico que preconizava a neutralidade, a formalidade e a codificação restaram insuficientes à compreensão adequada do Direito. Urgia reaproximar o Direito da Moral, visando considerar os valores, as opções ideológicas e políticas, a Moral e a Ética.

A reestruturação da dogmática jurídica transformou os paradigmas de outrora, alterando o modelo de Constituição de Estado, de forma que as Constituições modernas impuseram a sua supremacia no cerne dos ordenamentos jurídicos e consagraram, em seus textos, normas pertinentes a outros ramos do Direito, o que lhe instou a releitura reflexiva.

À época, a nova perspectiva imprimiu notáveis alterações no âmbito da teoria jurídica no intuito de atender as complexidades do modelo inovador, o que em larga medida

impulsionou a deferência aos valores, princípios, opções políticas e ideologias intrínsecas às novas constituições. Eis, destarte, a concepção e gênese do fenômeno do moderno constitucionalismo ou neoconstitucionalismo.

Por extensão, verifica-se que esse ideal técnico-científico conferiu um inédito colorido ao processo, de modo que se abandonou a precedente concepção de solução de conflitos e passou-se a preconizar a utilização de instrumentos cujas bases são agora constitucionais.

As inovadoras premissas ideológicas substituíram o velho modelo de interpretação do sistema jurídico e fizeram-se considerar seus inspirados conceitos, modelos e metodologias, pondo-os em vigor.

Posto que o tradicional modelo dogmático não houvesse resistido às constantes mudanças ocorridas no âmbito das relações sociais, e, conseqüentemente, cedido espaço à renovada metodologia de interpretação, que, então permeou os sistemas jurídicos, o paradigma de interpretação que considera a base da Constituição irradiou os seus efeitos aos diversos ramos jurídicos e influenciou a atual formatação do sistema.

Sob a égide lógica dessa concepção dogmática, conduziram-se as discussões concernentes às provas ilícitas no âmbito deste trabalho. Por extensão, analisando-se as circunstâncias atinentes à inadmissibilidade das provas ilícitas e o aparente caráter absoluto da vedação probatória que a regra constitucional transmite, questiona-se se essas novas construções doutrinárias e jurisprudenciais seriam capazes de conferir abrandamentos à disposição constitucional, mediante a análise do caso concreto.

A esse respeito, destaca-se a perspectiva da técnica de ponderação de normas, bens e valores quando da colisão de normas constitucionais, disponibilizando a aplicação do princípio da proporcionalidade, prática que vem sendo difundida no Brasil pela doutrina e jurisprudência, conquanto ainda destituída do devido rigor técnico-científico que o instituto reclama.

Ao examinar as possibilidades referentes à tutela dos direitos fundamentais, despontou a relevância de considerar o princípio da proporcionalidade relativamente às hipóteses que envolvem a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo civil face ao direito fundamental à prova, sem desmerecer a técnica e os critérios de sua aplicação, no intuito de obter decisões racionalmente justificáveis.

Evidenciadas as circunstâncias destacadas, dentre as quais se discriminam entre si: a taxatividade da norma constitucional que confere, no processo, caráter absoluto relativamente à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos; o direito constitucional à prova; as

transformações porque passou o sistema jurídico concernentes à Teoria do Direito, e a instauração do renovado paradigma de interpretação que considera o princípio da proporcionalidade na ponderação de normas, bens e valores igualmente tuteláveis e os critérios de aplicação da nova orientação. Levantam-se questionamentos tangenciais aos pontos favoráveis e contrários às perspectivas elencadas e convoca-se ao enfrentamento do tema, com o propósito de desenvolver a pesquisa frente às possíveis alternativas oferecidas pelo sistema jurídico.

O objetivo da pesquisa será, pois, examinar no âmbito do processo civil a (in)admissibilidade da prova ilícita no sistema jurídico brasileiro, e, conseqüentemente, analisar os parâmetros de aplicação do princípio da proporcionalidade frente às posturas doutrinárias e jurisprudenciais.

Nesse contexto, valendo-se das exposições doutrinárias e jurisprudenciais, sem desmerecer o panorama da questão no âmbito legislativo, apresentar-se-ão sistematicamente as pesquisas bibliográfica e documental. Estrutura-se o empreendimento sob a égide lógica de um estudo metodológico dedutivo, uma vez que, fundado em argumentos gerais, partirá ao exame dos particulares. Oportuno considerar que o progresso da pesquisa se pautará no rigor técnico-científico.

Para a consecução de tal propósito, dividiu-se o trabalho em três capítulos, o que se passa a indicar:

No primeiro capítulo, fixam-se as premissas basilares ao estudo sistemático do tema da pesquisa. Para tanto, apresentar-se-á a evolução do constitucionalismo, essencial ao cotejo e à compreensão a respeito de como se superaram os paradigmas da dogmática de outrora e se instituiu a contemporânea, por meio dos quais se concretizou a deferência avalores, aprincípios e a regras no sistema jurídico, além de considerar a mesma evolução no âmbito do Direito brasileiro. Por extensão, o desenvolvimento da perspectiva contribui para a constitucionalização do processo e, conseqüentemente, para a releitura dos institutos processuais à luz da influência exercida pela Constituição Federal de 1988 – cujas bases são pressupostas na interpretação do sistema jurídico e do Direito –, para, enfim, deduzir o arcabouço em que o direito fundamental à prova se insere.

No segundo capítulo, considerando o enfoque da tendência atual do processo, que se compreende sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988, notadamente do direito fundamental à prova, desenvolver-se-ão os aspectos gerais da prova, sem, contudo, exauri-lo, tampouco analisá-lo minuciosamente. No entanto, cuidar-se-á de expor as questões imprescindíveis à compreensão da prova ilícita no processo civil, entre as quais consta a

fixação de formulações conceituais que permitam inferir o conceito de prova ilícita, não negligenciando a prévia análise dos aspectos gerais da prova anteriormente destacados, mediante a devida incursão no direito processual constitucional e a propósito da moderna concepção de processo. Com efeito, pretende-se examinar as peculiaridades da classificação das modalidades de prova, no intuito de estabelecer as possíveis distinções conceituais e a posição que ocupam no ordenamento jurídico.

Após a análise detida do conceito de prova ilícita, reservou-se o terceiro capítulo à abordagem da prova ilícita e à questão de sua (in)admissibilidade, servindo-se da avaliação de posturas doutrinárias e de algumas decisões dos tribunais pátrios. Finalmente, consideram-se os aspectos pertinentes à prova ilícita e à aplicação do princípio da proporcionalidade, demarcando a sua conexão com o tema da produção da prova ilícita no processo, particularmente no Processo Civil. Procede considerar que se conferiu especial ênfase à complexa apreensão jurídica do fenômeno que tem permeado as decisões judiciais relativamente à prática de aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que despida de rigor.

Fundando-se nas circunstâncias elencadas, propõe-se desenvolver um estudo sistemático acerca das provas ilícitas e do princípio da proporcionalidade no sistema jurídico, com o intuito de descortinar os parâmetros que se devam considerar na solução dos conflitos de bens, interesses e valores igualmente tuteláveis quando da aplicação do princípio da proporcionalidade pelos tribunais pátrios, tema e fato que não deixam de ser polêmicos dada à carência de critérios uniformes.

## CAPÍTULO 1 - DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

*“O progresso do direito deve manter-se em naturalparalelismo como progresso da ciência; negá-lo significaria negar os fins da ciência e os fins do direito”.*  
Eduardo J. Couture<sup>1</sup>

### 1.1 Constitucionalismo

A abordagem ao tema do presente trabalho tem o propósito de analisar a questão da prova ilícita no processo, sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988 e da moderna concepção do Processo Civil, porque se compreenda a relação entre processo e Constituição. Para tanto, o estudo deverá perpassar a estatura ocupada pela Constituição Federal de 1988 na ordem interna e os institutos fundamentais do processo – ação, jurisdição e processo –, sem omitir o cotejo dos valores, princípios e regras permeados no ordenamento jurídico, mormente a questão da aplicação do princípio da proporcionalidade.

O estudo dessas questões reflete, pois, as transformações por que passou a dogmática jurídica. De fato, as experiências jurídicas dos últimos anos corroboram o desenvolvimento de ideias e teorias, inclusive a inserção, no âmbito da interpretação jurídica, de técnicas e metodologias capazes de propiciar a solução adequada aos conflitos de direitos fundamentais – notadamente daqueles que envolvem a produção da prova ilícita.

Nesse cenário, gera discussões e toma vulto a ausência de critérios sistemáticos e racionalmente justificáveis à aplicação do princípio da proporcionalidade no cerne das decisões judiciais, o que enseja uma investigação minuciosa ao atendimento dos propósitos do presente trabalho. É à luz dessa perspectiva que as considerações posteriores se desenvolverão.

Antes, porém, importa realizar uma abordagem acerca do constitucionalismo<sup>2</sup>, dado que se objetiva resgatar, no contexto histórico das ideias, a compreensão do valor da

<sup>1</sup> COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal Civil**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

<sup>2</sup> No sentido adotado por Canotilho, constitucionalismo representa “*uma reflexão em torno dos ciclos longos e dos momentos fractais da ideia constitucional*”. E continua “*em termos rigorosos, não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês)*”. Alerta “*ser mais rigoroso falar de vários movimentos constitucionais do que vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de constitucionalismo*”. A respeito dessa noção de constitucionalismo, pormenoriza que: “**Constitucionalismo** é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 47.). (grifo do autor).



Constituição, a investigação de seus fundamentos e o enaltecimento de sua concepção contemporânea de norma suprema do ordenamento jurídico.

Com o propósito de investigar o atual valor da Constituição e a formatação do sistema jurídico interno, a referência a fases históricas terá por marco teórico a observação da evolução do conceito de Constituição no constitucionalismo antigo – que permeou o período da Idade Média – ao constitucionalismo moderno. O enfoque se dará mediante recorte metodológico, visando enfatizá-lo, o que conferirá suporte à compreensão da perspectiva de Constituição na contemporaneidade. Desenvolver-se-ão esses tópicos mediante o estudo das correspondentes concepções políticas e jurídicas por que passaram a Europa e os Estados Unidos, sem que se negligenciem os relatos históricos tangenciais à compreensão desse contexto, o que se passa a considerar, conquanto concisamente.

### 1.1.1 A transição do constitucionalismo antigo ao clássico liberal

Os extratos da experiência histórica que envolveu o constitucionalismo antigo são demarcados por períodos que datam 30 séculos antes de Cristo. Dado que se correria o risco de incidir sobre a prolixidade exaustiva para cobrir tão longa extensão de tempo, apenas constarão aqui recortes dos períodos históricos mais relevantes, o que se passa a elencar, ainda que brevemente, observando que a exigência de um documento escrito não se faz acompanhar do desenvolvimento do constitucionalismo ao derredor de sua trajetória: à exigência de uma Constituição escrita não corresponde uma relação de pertinência necessária com o constitucionalismo.<sup>3</sup>

A primeira notícia do constitucionalismo antigo surgiu entre os hebreus, levando-se em consideração que esse povo fundava seu regime na teocracia.<sup>4</sup>

Um regime absolutamente constitucional vigorou na Grécia Antiga durante dois séculos, o que lhe conferiu a titularidade de ser a nação preconizadora do mais avançado governo constitucional: a democracia constitucional.<sup>5</sup> Trata-se, portanto, da mais avançada forma de governo de que se teve notícia.

<sup>3</sup> Esse é o ensinamento de Karl Loewenstein (1891-1973): “*Sin embargo, la existencia de una Constitución escrita no se identifica con el Constitucionalismo*”. (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964. p. 154.).

<sup>4</sup> Karl Loewenstein relata que: “*El primer pueblo que practicó el Constitucionalismo fueron los hebreos*”. (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964. p. 154.).

<sup>5</sup> Nesse sentido, Karl Loewenstein pormenoriza que: “*Durante dos breves y brillantes siglos existió en Grecia un régimen político absolutamente constitucional. A través de uno de esos milagros, frecuentes en la historia de las formas de gobierno, esta nación excepcionalmente dotada*

Relativamente ao funcionamento desse sistema político exercido na Grécia Antiga, procede observar que essa democracia direta erigiu-se sob o edifício da igualdade entre governantes e governados no exercício do poder político, que, aliás, se distribuía igualmente entre todos os cidadãos ativos, refutavam todo e qualquer tipo de poder concentrado e arbitrário e perseguiram uma ordem fundada na lei, na igualdade e na justiça igualitária.<sup>6</sup>

No entanto, essa avançada organização política em que o povo participava das decisões políticas do Estado, sucumbiu frente ao extremismo com que conduziu a democracia. O povo passou a se sentir excessivamente soberano, a ponto de exceder aos limites constitucionais. Por conseguinte, deduz-se que a democracia grega tenha sucumbido ante a ausência de limites ao exercício do poder.<sup>7</sup>

A República romana – que durou do século V ao final do século II a. C. – apresenta-se como exemplo clássico de uma sociedade constitucional que não incidiu nos erros cometidos pelos gregos, dado que, inerentes ao sistema político, havia mecanismos de limitação do poder.<sup>8</sup>

Os romanos tinham nítido conhecimento a respeito da discriminação entre os dispositivos constitucionais e os constantes das leis ordinárias. Observa-se ainda que, a partir

*alcanzó casi de un solo paso el tipo más avanzado de gobierno constitucional: la democracia constitucional*". (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964. p. 155.).

<sup>6</sup> Nesse sentido, refere-se Karl Loewenstein: "*La democracia directa de las Ciudades-Estado griegas en el siglo V es el único ejemplo conocido de un sistema político con plena identidad entre gobernantes y gobernados, en el cual el poder político está igualmente distribuido entre todos los ciudadanos activos, tomando parte en él todos por igual. Frente al impacto permanente que los griegos supusieron en la evolución política del mundo occidental, tiene poca importancia el hecho de que la polis-Estado fuese más bien el dominio oligárquico de una clase ociosa, relativamente reducida, montada sobre la infraestructura de una economía de esclavos. Todas las instituciones políticas de los griegos reflejan su profunda aversión a todo tipo de poder concentrado y arbitrario, y su devoción casi fanática por los principios del Estado de derecho de un orden (eunomía) regulado democráticamente y constitucionalmente, así como por la igualdad y la justicia igualitaria (isonomía)*". (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964. p. 155.).

<sup>7</sup> Karl Loewenstein relata que: "*Pero el fundamentalismo democrático fue, sin embargo, llevado hasta tal extremo que la Asamblea de los ciudadanos activos (ekklesia) se tuvo que sentir todo-poderosa, no sometiendo a ninguna limitación constitucional, excepción hecha de aquellas inherentes a la tradición moral de la comunidad. Las ventajas de la democracia directa griega se convirtieron en vicios, teniendo que fracasar al final por mostrarse el pueblo incapaz de frenar su propio poder soberano*". (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964. p. 156.). (grifo do autor).

<sup>8</sup> Segundo relato de Karl Loewenstein: "*El orden republicano de Roma que duró mucho más tiempo – desde el siglo V hasta el final del siglo II – presenta el ejemplo clásico de una sociedad estatal que siendo fundamentalmente constitucional, no cometió el error de una excesiva democratización. Las Asambleas, no menos de cuatro, eran más bien institucionalizaciones de la estructura social tradicional que encarnaciones de funciones democráticas, y si bien no desaparecieron totalmente, más tarde perdieron su papel de centros políticos. La organización estatal republicana fue un sistema político con complicados dispositivos de frenos y contrapesos para dividir y limitar el poder político de los magistrados establecidos. Consistió en un amplio repertorio de limitaciones mutuas: [...]*". (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964. p. 156.).

de uma certa época, passaram a considerar o Estado a fonte do Direito, enaltecendo a relevância das leis constitucionais.<sup>9</sup>

A esse respeito, constata-se que os romanos priorizavam o texto constitucional em detrimento das leis comuns. Corrobora a primazia o fato de que a Lei das XII Tábuas vetava a apresentação das assim consideradas leis inconstitucionais em comícios, quando, direta e usualmente, votavam-se as leis. Ao Senado, assistia julgar a constitucionalidade das leis comuns, atribuição que lhe era bem mais frequente que a também sua de legiferar.

Posto que o modelo de democracia romana não houvesse resistido às constantes guerras civis, e, conseqüentemente, cedido seu vigor à centralidade do poder nas mãos de uma única pessoa, que, então, passou a exercer os principais cargos da já esmaecida República<sup>10</sup>, o constitucionalismo republicano de Roma influenciou sobremaneira a concepção política da Inglaterra no período medieval.<sup>11</sup>

Lançados que foram alguns retalhos pontuais acerca do constitucionalismo praticado ao longo de 30 séculos antes de Cristo, passa-se agora à análise das experiências vividas na Inglaterra durante a Idade Média.

Inicialmente, no constitucionalismo medieval, cumpre relevar o papel exercido pela Inglaterra, quando, num primeiro momento da História, arrojou-se a avanços concernentes à disseminação do embrionário constitucionalismo moderno, o que ocorreu por ocasião da assinatura da Magna Carta em 15 de junho de 1215.<sup>12</sup> Trata-se do documento inaugural da defesa das liberdades da Igreja e do Reino Inglês, respectivamente, quando o rei João Sem Terra, cedendo às pressões exercidas pela nobreza e o clero, porque se reconhecessem e respeitassem direitos e garantias desses estamentos, viu-se obrigado a assinar, tornando-se

---

<sup>9</sup> FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro: teoria geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. I. v. p. 41-42.

<sup>10</sup> Karl Loewenstein traz pormenores acerca dessa circunstância: “*El Constitucionalismo republicano, arquetipo clásico para todos los tiempos del Estado constitucional, no estructuradonecesariamente como democracia plena, se desintegró en las guerras civiles de los primeros siglos antes de Cristo y acabó en el dominio de César, que fue una monarquía en todo salvo en el nombre. Este cambio se llevó a cabo a través de la acumulación sin limitación temporal de los principales cargos republicanos en su persona, así como a través de su hábil manipulación y corrupción del Senado*”. (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964. p. 157.).

<sup>11</sup> Tangencial a essa consideração, Karl Loewenstein assevera: “*La tradición de la legitimidad republicana corre como un río subterráneo a través del pensamiento político antiguo y medieval, surgiendo a la superficie en Azo y entra, en virtud de la influencia de este último en Bracton, en la corriente de la tradición política inglesa*”. (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964. p. 157.).

<sup>12</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 71.

igualmente vinculado pela própria lei que editou, porquanto, sob juramento, não poderia modificá-lo.<sup>13</sup>

Fábio Konder Comparato pondera a respeito da relevância do documento, no sentido de se instituir mais tarde o constitucionalismo moderno.

O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados.<sup>14</sup>

A Magna Carta (1215), conquanto trouxesse em seu cerne matérias várias – algumas dispendo sobre questões peculiares a determinados locais e contextos, outras de pouco valor no que respeita ao avanço da marcha histórica destinada à afirmação dos direitos humanos e à instituição do regime democrático –, conquistou notoriedade por haver se tornado ancoragem onde se pautaram os primórdios da civilização moderna.

Analisando-se as circunstâncias atinentes ao constitucionalismo sob o enfoque do teor político e jurídico nas ideias que transitavam no cenário europeu, destaca-se a figura do legislador e administrador Jean Bodin, erudito possuidor de vasta cultura histórica e jurídica. Apesar de suas excentricidades: contrapor-se a Maquiavel, a quem ao mesmo tempo admirava e temia, e de pretender ser o Aristóteles de sua época no tocante à política, esse escritor e jurista francês influenciou profundamente a Europa e ainda hoje há quem o considere o “pai” da Ciência Política, em virtude de sua teoria sobre soberania.

Autor de várias obras, publicou em 1576 seus *Seis Livros da República*, obra responsável por difundir pelo mundo o seu nome, sobremaneira porque aí definiu o Estado soberano como a única forma de regime político a assegurar a ordem, na medida em que se mantém imune a influências internas e externas. Quanto a outras leis e instituições, sustentava

---

<sup>13</sup> Nesse sentido Dalmo de Abreu Dallari expressa: “*Em sentido geral, pode-se dizer que o constitucionalismo moderno tem sua origem mais remota na Idade Média, nas lutas contra o absolutismo, nascendo como expressão formal de princípios e objetivos políticos em 1215, quando os barões da Inglaterra obrigaram o rei João Sem Terra a assinar a Magna Carta, jurando obedecê-la e aceitando a limitação de seus poderes. Depois disso, ainda seriam necessários alguns séculos para que ocorressem avanços substanciais, o que se dará na própria Inglaterra, no século XVII, quando a Revolução Inglesa consagra a supremacia do Parlamento como órgão legislativo. Com isto se chega bem próximo da ideia de que o Estado deve ter um governo de leis, não de homens*”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 197-198.). (grifo do autor).

<sup>14</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 80.

que fossem relativas, nunca absolutas, porque não viessem exasperar e contrariar de todo o povo. Na mesma obra, o pensador também define “o poder político como forma necessária da existência social”, razão por que se tornou conhecido como “o iniciador da Teoria moderna do Estado”.<sup>15</sup>

Em sua concepção teórica, Bodin declara que “o poder da sociedade política, para ser considerado soberano, tem de ser perpétuo e absoluto”<sup>16</sup>, ou seja, indiferente a qualquer circunstância que possa limitá-lo no tempo, e independente de qualquer motivo que o fundamente: não depende de nada, nem de ninguém.

Na enunciação de Bodin, o poder concentra-se unicamente na mão do monarca e não há transferência dos poderes de governar pelas instituições integrantes da sociedade, encontrando-se afastado das influências sociais. Decorre daí sua manifestação favorável à monarquia. O fragmento que segue traz pormenores do poder absoluto do rei, em que a

[...] ordem é definida pelas Leis: essas determinam, segundo a necessidade, as normas da existência social em seu aspecto público; o Estado é senhor de ‘dá-las e de revogá-las’. Do mesmo modo, pertence às suas prerrogativas absolutas declarar a paz e a guerra, dirigir a administração, julgar em última instância e conceder a graça, cunhar a moeda e arrecadar impostos [...]<sup>17</sup>

Ancorando-se no contexto destacado, pode-se deduzir da perspectiva de Bodin que se trata de caracterizar uma norma superior, concebida de tal forma que se faz embrião da ideia de Constituição. Com efeito, Afonso Arinos de Melo Franco atesta esse caráter rígido das leis que sustentam o Estado, o que coincide com a concepção de Bodin:

Toda modificação nas leis que dizem respeito ao Estado é perigosa; mudar os costumes e decretos (ordonnances) concernentes às sucessões, contratos e servidões é tolerável, mas mudar as leis que dizem respeito ao Estado é tão perigoso como remover os fundamentos ou pedras angulares que suportam o peso da construção.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 46.

<sup>16</sup> Alberto Ribeiro Barros pormenoriza que: “*O adjetivo perpétuo indica a continuidade que o poder deve ter ao longo do tempo. [...] O uso do adjetivo absoluto implica atribuir ao poder soberano as características de superior, independente, incondicional e ilimitado.* (BARROS, Alberto Ribeiro de. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarco, 2001. p. 234-236.).

<sup>17</sup> CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 47.

<sup>18</sup> FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**: teoria geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 45.

Thomas Hobbes de Malmesbury, autor inglês do século XVII, concebe que o homem, individualmente corporal, é fundamentalmente *potência*. Essa circunstância constitui a premissa basilar de sua obra *Leviatã*, publicada em 1651. Por extensão, deduz-se que os homens, dispersos, são potências movidas pelo desejo, não limitados por nada (são integralmente livres).<sup>19</sup> Na concepção de Hobbes, no estado de natureza, a liberdade humana é irrestrita, todos são iguais em capacidade e todos têm direito a tudo, o que culmina em “uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens”<sup>20</sup>, gerando, conseqüentemente, a insegurança geral. De fato, para o pensador político, a vida humana se move por paixões em busca de meios de subsistência, de modo que se encontrem em sua natureza três razões por que se envolvem constantemente os homens em discórdia, conflito e beligerância: “primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro, a glória”.<sup>21</sup> Resulta daí a impossibilidade de “sociabilidade (benevolente) e de harmonia com o meio –, ele experimenta, enquanto máquina sensível, sentimentos entre os quais predominam a inveja e o medo, em particular o medo de sofrer e de morrer”.<sup>22</sup>

Acorde com o entendimento hobbesiano, ante a possibilidade do perigo, os homens sentem-se premidos da necessidade de instalar uma ordem superior, com o intuito de eliminar a violência presente no estado de natureza.<sup>23</sup>

A doutrina de Thomas Hobbes de Malmesbury, em contraposição à de Jean Bodin – em que o poder do monarca não resulta da conjugação de vontades dos indivíduos ou de setores específicos da sociedade –, concebe a sociedade como um pacto<sup>24</sup> entre indivíduos livres e iguais, possuidores de direitos antecedentes (que residem nas leis naturais), quando os indivíduos transferem as parcelas do poder inerente ao seu *status* ao soberano, para a criação do pacto e, em consequência, do estado civil. Há de se convir, pois, que “a instauração da

<sup>19</sup> CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 51.

<sup>20</sup> MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 109.

<sup>21</sup> MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 109.

<sup>22</sup> CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 51.

<sup>23</sup> Nesse sentido, Thomas Hobbes de Malmesbury pondera que: “*As paixões que fazem os homens tender para a paz são o medo da morte, o desejo daquelas coisas que são necessárias para uma vida confortável, e a esperança de consegui-las através do trabalho. E a razão sugere adequadas normas de paz, em torno das quais os homens podem chegar a acordo.*”. (MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 111.).

<sup>24</sup> A propósito do termo *pacto* utilizado no trecho, deste texto advirta-se que Hobbes prefere pacto a contrato, a exemplo do que segue: “*Que os homens cumpram os pactos que celebrarem.*”. (grifos do autor) (MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 123.).

sociedade política – *commonwealth, civitas* – do Estado pressupõe que os cidadãos, de comum acordo, despojem-se integralmente de sua potência individual e a transfiram para a autoridade pública”.<sup>25</sup> Uma vez estabelecido o pacto, os indivíduos criam para si a obrigação de obedecerem a ele e ao soberano, incontestavelmente. Observa-se que os indivíduos não estabelecem o pacto com o soberano; o pacto é realizado entre os indivíduos, de maneira que o soberano não se sujeita a ele; destarte, poderá desrespeitá-lo.

No teor das ideias políticas de Thomas Hobbes de Malmesbury, quando se busca um ponto de partida para a transição entre o estado de natureza e o estado civil, verifica-se que o autor não se utiliza de preceitos morais, ao perseguir as justificativas humanas tendentes à paz. Para tanto, vale-se da Razão – premissa lógica de sua teoria – faculdade natural humana, para concluir que é racional buscar a paz. Destarte, a condição para inaugurar uma ordem política estável “é que a coletividade deseje a instituição de um princípio soberano onipotente e consinta em obedecer às leis civis e às decisões que são impostas pelo poder que encarna a soberania”<sup>26</sup>, ou seja, os poderes devem concentrar-se nas mãos do soberano.

Nesse ponto, faz-se relevante uma pausa no histórico das ideias políticas, visando destacar outro, extraído do contexto inglês: “mais ou menos entre 1645 e 1653 procedeu-se na Inglaterra a uma enorme contestação, questionamento e reavaliação de tudo. Foram questionadas velhas instituições, velhas crenças, assim como velhos valores”.<sup>27</sup> Mesmo nesse cenário turbulento, a monarquia é restaurada em 1660, o que representou um hiato nas lutas até então empreendidas em busca da soberania e divisão funcional dos poderes; contudo, a partir de 1688 e 1689 – um século antes da Revolução Francesa – com a Revolução Gloriosa e o *Bill of Rights*, respectivamente, assiste-se ao declínio da monarquia absolutista.<sup>28</sup>

O documento do *Bill of Rights* contribuiu decisivamente para a inauguração da ideia de separação de poderes, com o objetivo de proteger direitos fundamentais da pessoa humana, exaltando, para tanto, a figura do Parlamento como órgão incumbido de realizar a defesa dos

<sup>25</sup> CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 51.

<sup>26</sup> CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 53.

<sup>27</sup> HILL, Christopher. **O mundo de ponta-cabeça: idéias radicais durante a revolução inglesa de 1640**. Tradução, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 31.

<sup>28</sup> Fábio Konder Comparato assevera: “*Promulgado exatamente um século antes da Revolução Francesa, o Bill of Rights pôs fim, pela primeira vez, desde o seu surgimento na Europa renascentista, ao regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido. A partir de 1689, na Inglaterra, os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativas do monarca, mas entram na esfera de competência reservada do Parlamento. Por isso mesmo, as eleições e o exercício das funções parlamentares são cercados de garantias especiais, de modo a preservar a liberdade desse órgão político diante do chefe de Estado.*” (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 93.). (grifo do autor).

súditos perante o Rei, que não poderia mais interferir em seu funcionamento. Eis a essencialidade do *Bill of Rights* no início da monarquia constitucional inglesa.<sup>29</sup>

A formatação atribuída ao governo – espécie de monarquia constitucional via *Bill of Rights* – assim como a obra política de John Locke, *Segundo Tratado do Governo Civil*, publicada em 1690, preconizam a “fórmula liberal do Estado moderno, potência soberana e legisladora e unidade de uma multiplicidade de ‘súditos francos’”.<sup>30</sup> Nesse sentido, contrapõe-se a Hobbes, que sustenta a forma autoritária de Estado.

Para Locke, os indivíduos em estado de natureza organizam-se e respeitam-se numa constante harmonia, independentemente da constituição de um poder público, de que decorre a concepção: “os homens são, como se tem dito, livres, iguais e independentes”<sup>31</sup>. Não obstante, “a *impotência* a que se encontra reduzida uma tal sociedade quando sua organização natural é ameaçada”<sup>32</sup> impõe que ingressem numa sociedade com o propósito de estabelecer uma instância que vise organizar e estabelecer regras aplicáveis à sociedade, e porque possam fruir dos direitos naturais em sua plenitude, mormente da propriedade, que, na concepção de Locke, pode ser instituída pelos indivíduos, dado que se encontram revestidos de capacidade para tal mister. Por conseguinte, segundo Locke “o grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos”<sup>33</sup>, porquanto “o estado de natureza é carente de muitas condições”.<sup>34</sup> Almeja-se, em nível de utopia embora, que o poder seja exercido em prol do bem comum, conferindo-se paz e segurança na fruição da propriedade.

Em seu Segundo Tratado, Locke declara:

---

<sup>29</sup> Respeitante a esses aspectos, Fábio Konder Comparato relata: “O documento proposto à aceitação do Príncipe de Orange, como condição de seu acesso ao trono da Inglaterra, representou a institucionalização da permanente separação de poderes no Estado, à qual se referiu elogiosamente Montesquieu meio século depois. Embora não sendo uma declaração de direitos humanos, nos moldes das que viriam a ser aprovadas cem anos depois nos Estados Unidos e na França, o *Bill of Rights* criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma ‘garantia institucional’, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana.”. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 93-94.). (grifo do autor)

<sup>30</sup> CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 51.

<sup>31</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2006. p. 139.

<sup>32</sup> CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 59.

<sup>33</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2006. p. 162.

<sup>34</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2006. p. 156.



A única maneira pela qual alguém se despoja de sua liberdade natural e se coloca dentro das limitações da sociedade civil é através de acordo com outros homens para se associarem e se unirem em uma comunidade para uma vida confortável, segura e pacífica uns com os outros, desfrutando com segurança de suas propriedades e melhor protegidos contra aqueles que não são daquela comunidade.<sup>35</sup>

Ao se associarem, os homens constituem um corpo político e atribuem à maioria o direito de agir e decidir pelo restante, induzidos que são pelo fato de se verem premidos da necessidade de ingressarem na sociedade, visto que, no estado de natureza, a insegurança se faz presente, mormente quanto à posse e propriedade. Ansiando por um estado de estabilidade nas relações sociais, delegam poderes a uma maioria que, por sua vez, obriga-se a zelar pelo bem comum.

Procede considerar que, no processo de formação da sociedade e na conseqüente instituição de um poder gerido pela maioria, os homens renunciam, ou melhor, se destituem apenas daqueles direitos que lhes foram outorgados em seu estado de natureza – igualdade, liberdade e do poder executivo. Cedem, pois, parcelas de seus direitos – aqueles que são essenciais à efetivação do bem comum, da mesma maneira como requer a sociedade por eles composta, atribuindo ao legislativo deles dispor, desde que se obedeça e se assegure o interesse coletivo.<sup>36</sup>

Assiste ao poder público instituído pela sociedade que, de seu lado, lhe deve obediência e suporte, a plena efetivação dos princípios do direito natural, por meio do deferimento de tarefas pertinentes a legislador, juiz e governante, cuja realização dependerá do crédito que lhes depositem os homens. Ao desvirtuamento do bem público responde a interrupção da atividade desempenhada por aquele corpo eleito. Ademais, acrescenta Locke a dependência de uma lei estabelecida, conhecida de todos, aceita, reconhecida e acatada pela anuência coletiva, porque seja parâmetro do certo e do errado, além de servir como fiel na balança com que se pesam todas as controvérsias entre os homens.

Todas essas posturas se fazem absolutamente imprescindíveis, em virtude de que, no estado de natureza, falte um juiz imparcial, cuja autoridade consiga pôr fim àquelas

---

<sup>35</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2006. p. 139.

<sup>36</sup> Locke justifica essa outorga ou cessão de direitos em favor da sociedade: “[...]cada um age dessa forma apenas com o objetivo de melhor proteger sua liberdade e sua propriedade (pois não se pode supor que nenhuma criatura racional mude suas condições de vida para ficar pior), e não se pode jamais presumir que o poder da sociedade, ou o poder legislativo por ela instituído, se estenda além do bem comum [...]”. (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2006. p. 159.)

controvérsias ou a discriminações de várias espécies em conformidade com a lei então estabelecida. Além disso, o mesmo estado de natureza não detém poder bastante, tanto para apoiar e manter a sentença justa quanto para impor sua efetivação legítima.

Da concepção de Locke se deduz a ênfase na divisão de poderes como fórmula essencial à proteção e ao alcance do bem comum – fator relevante e decisivo para a modernidade. Com efeito, daí decorre a distinção atual entre poder absoluto e poder moderado.

Concernente aos poderes instituídos, o famoso doutrinador filosófico inglês refere-se ao Legislativo, Executivo e Federativo, curiosamente omitindo a abordagem ao Poder Judiciário. Explica-se o fato por entender que os dois poderes – Executivo e Federativo –, conquanto sejam distintos entre si e se responsabilizem por atribuições igualmente distintas, estão frequentemente unidos, de modo que se façam exercer por uma mesma pessoa, a quem, inclusive, incumbe o poder de julgar.

Nota-se que Locke confere atribuições inconfundíveis aos poderes Executivo e Federativo: ao primeiro compete a gestão interna da sociedade, o que se estende indistintamente a todos quantos a ela pertencem, ao passo que o segundo se incumbe da esfera pública externa, administrando-lhe interesses e a segurança, bem como àquilo que lhe possa trazer benefícios ou danos.

Relativamente ao Legislativo, Locke o atribui ao povo, que o detém sob condições restritas e nos seguintes moldes: cabe-lhe o poder supremo de alterar ou destituir o corpo legislativo toda vez que julgar seus atos alheios ou avessos à confiança que nele depositou, com a ressalva de que o povo apenas assim poderá proceder no caso de o governo ser dissolvido.

É nítida a cisão entre o Executivo e o Legislativo, em conformidade com a proposta de Locke quanto à titularidade do exercício desses poderes; no entanto, o motivo da cisão é fundado, porquanto

[...] como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade [...]<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2006. p. 170.

Malgrado o propósito de se discriminarem entre si o Executivo e o Legislativo, Locke pormenoriza que “enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior”<sup>38</sup>, ou seja, os Poderes – Executivo e Legislativo – não desfrutam das mesmas condições de igualdade no que respeita à posição hierárquica no cerne da sociedade política.

Louváveis foram os aportes de Locke para a edificação da doutrina constitucional democrática, observando que se apresentam dentre suas contribuições a divisão e limitação do poder, a formação do governo fundada na vontade geral e a pregação de garantias destinadas à proteção dos direitos individuais, mormente no que se respeita à propriedade.

De acordo com Thomas Fleiner-Gerster<sup>39</sup>, para a Inglaterra, os séculos XV, XVI e XVII representaram um período entressachado de lutas, geradas com o propósito de garantir o equilíbrio de forças entre o parlamento e a coroa. Por sua vez, o período compreendido entre o final do século XVII e o XVIII marcou-se particularmente da conquista da hegemonia política do parlamento sobre a coroa.

Almejava-se o desenvolvimento de um sistema parlamentar em que as esferas dos poderes Executivo e Legislativo coexistissem harmonicamente – o ideal político da sociedade<sup>40</sup> –, uma vez que tais Poderes exercem controles recíprocos, em se tratando de suas atividades essenciais. Conferiu-se ao rei o poder de vetar as leis editadas pelo Legislativo, e, ao Parlamento, a incumbência de controlar a atuação do Executivo, mediante a prévia autorização de gastos.

Essa formatação do regime inglês, especialmente conferida no final do século XVII e XVIII, ganha vulto na obra de Montesquieu. Fundado no espírito das leis, Montesquieu observa que o governo moderado assegura a separação de poderes e constitui peça fundamental da liberdade política<sup>41</sup>, cuja coexistência depende de que se faça presente o

---

<sup>38</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2006. p. 174.

<sup>39</sup> FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. Colaboração de Peter Hänni. Tradução de Marlene Holzhausen. Revisão técnica Flávia Portella Puschel. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 336.

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

<sup>41</sup> Relativamente à liberdade política, Charles Secondat Montesquieu assevera: “[...] a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer. [...] a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer.”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 166.).

governo moderado, uma vez que, como conclamou o próprio autor, “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”.<sup>42</sup>

Considerando a nova formatação que se imprimiu ao mecanismo cujo intuito se assenta no prevenir ou coibir o abuso de poderes, de tal forma que uns exerçam controle sobre os outros, coube a Montesquieu desenvolver a ideia aristotélica da tripartição dos poderes. Para tanto, propôs ao Estado as funções do Legislativo, Executivo e aquele por ele denominado poder de julgar.<sup>43</sup>

A proposição de Montesquieu relativamente à separação de poderes como mecanismo de efetivação da liberdade encontra ecos de influência na doutrina de Karl Loewenstein, que assegura ser a liberdade o fim perseguido pelo mecanismo da discriminação de poderes, o que se traduz na necessidade imperiosa de controles recíprocos no exercício do poder político.<sup>44</sup>

Paulatinamente, as mudanças que atravessaram o curso histórico do ideário político a respeito da concepção do Estado absolutista cederam espaço a uma nova formatação, cujo espírito visava precipuamente enfatizar o poder popular, que adquire forças nos ideais políticos da doutrina de Rousseau, após a publicação de sua obra *Contrato Social*, em 1762, em que se pregava a criação de um pacto social legítimo, cujo escopo vem assim sintetizado:

‘Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, se unindo a todos, obedeça apenas, portanto, a si mesmo, e permaneça tão livre quanto antes.’ Este é o problema fundamental a que o Contrato Social dá a solução.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 166.

<sup>43</sup> Charles Secondat Montesquieu enuncia: “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.p. 167-168.).

<sup>44</sup> Observação de Karl Loewenstein que resulta do seguinte trecho: “[...] *libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político.*” (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.p. 55.).

<sup>45</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. Curitiba: Hemus, 1995. p. 27.

Rousseau pormenoriza que “o que o homem perde pelo contrato social é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que o tenta e que pode alcançar; o que vem a ganhar é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui”.<sup>46</sup>

Verifica-se que, em Rousseau, o contrato não se representa apenas estabelecido entre indivíduos – resultado da vontade individual –, mas trata-se de um acordo de cada um consigo mesmo, transformando a todos em cidadãos. Destarte, a vontade individual cede espaço à vontade geral, o que constitui resultado da “alienação total de cada associado com todos os seus direitos a toda a comunidade”.<sup>47</sup> Nesse sentido, “o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe, como foi dito, nome de soberania”.<sup>48</sup>

Em seu tempo, Rousseau interveio substancialmente na formação do pensamento democrático, de forma que, de seu complexo raciocínio, advêm as principais formulações a respeito da soberania política de um povo. Eis interessante síntese extraída de seu *Contrato Social*: “pelo pacto social demos a existência e a vida ao corpo político: trata-se agora de dar-lhe o movimento e a vontade pela legislação”.<sup>49</sup> Relativamente a esse aspecto, Rousseau atribui ao povo a autoria das leis.

Rousseau conclui o raciocínio, na defesa de que “não há, nem pode haver nenhuma espécie de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem mesmo o contrato social”.<sup>50</sup> Sob a égide lógica da teoria rousseauianasubiste integralmente a possibilidade de o povo retomar o poder, na medida em que a lei constitui vetor limitativo aos poderes conferidos aos governantes pelo povo.

Observados esses ideais políticos que permearam o período histórico aqui demarcado, evidenciou-se uma efervescência das manifestações político-filosóficas voltadas à concretização da soberania popular, mediante o exercício de uma expressão política que interferisse no cenário estatal, o que culminou na instituição de uma sede cujo propósito visava concretizar tais interesses populares – o Parlamento – que, então, passa a abrigar a

---

<sup>46</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. Curitiba: Hemus, 1995.p. 31.

<sup>47</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. Curitiba: Hemus, 1995.p. 27.

<sup>48</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. Curitiba: Hemus, 1995.p. 41-42.

<sup>49</sup> Jean-Jacques Rousseau completa: “*As leis são propriamente apenas as condições da associação civil. O povo submetido às leis deve ser o autor destas; somente aos que se associam é pertinente regulamentar as condições da sociedade.*” (ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. Curitiba: Hemus, 1995. p. 49.)

<sup>50</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. Curitiba: Hemus, 1995.p. 41-42.

efetiva e adequada defesa da liberdade e da propriedade, o que, antes, era inviabilizado pelo Estado absolutista.

Instala-se a nítida tendência à adoção da sistemática de separação dos poderes, visando a controles recíprocos, a que sucedeu o fortalecimento do Parlamento, dado que esse órgão representativo do povo constitui a expressão da vontade geral, materializada na edição de leis, para que se efetive o valor liberdade.

Em contrapartida, a força do Parlamento e da lei exauria o valor da Constituição, em consonância com o teor deste fragmento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Supremacia do parlamento e supremacia da lei eram aspectos de um mesmo fenômeno, hostil, por si mesmo, à ideia de um instrumento normativo superior ao parlamento e à lei. Inviabilizava-se, desse modo, a noção de Constituição dotada de valor normativo efetivo, capaz de estabelecer parâmetros para a aferição da validade jurídica dos atos dos poderes públicos. Tudo isso conduzia, também, a que tampouco se emprestasse maior relevância ao problema da modificação da Constituição por via institucional.<sup>51</sup>

Esse ideário persistiu por um longo período de tempo em toda a Europa e contribuiu para haurir o movimento constitucional contemporâneo, cujas alterações decisivas vieram a ocorrer por volta do final do século XIX e do XX em decorrência dos processos de democratização, que conferiram à Constituição o valor de norma suprema do ordenamento jurídico. Procurava-se, pois, reprimir medidas contrárias aos ditames constitucionais – o que equivale a coibir o abuso estatal, sobremaneira no que tange àqueles revelados após a Segunda Guerra Mundial, que atentaram contra a dignidade da Pessoa.

Torna-se imprescindível pormenorizar a contribuição dos Estados Unidos na composição desse cenário de mudanças determinantes da atribuição de valor supremo à Constituição. Para tanto, também neste ponto, a observação às circunstâncias históricas se fazem relevantes.

Após as experiências dramáticas com o Parlamento inglês, em virtude de pressões fundadas na exploração perpetrada pelas leis britânicas, como no caso das altas taxações lá aprovadas, em detrimento das colônias e de sua liberdade – os Estados Unidos intervieram mediante manifestações que cessassem aqueles poderes ilimitados e abusivos.

---

<sup>51</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 54.

Antecipadamente à Europa, os Estados Unidos, embora se apresentassem em sua peculiar condição de colônia, identificam que os limites e os mecanismos de frear os abusos dos poderes estatais constituem fator essencial à concepção de um Estado não absolutista. No entanto, o modelo vigente na Europa, apesar de se afirmar soberano, não concebia instrumentais adequados ao controle dos abusos dos poderes do Estado.

A tradicional supremacia da lei e do Parlamento foi posta em xeque, o que corroborou a exortação de documentos com *status* de normas superiores e a supremacia da Constituição. Fábio Konder Comparato apresenta síntese que exhibe esse momento histórico decisivo para o que viria a ocorrer posteriormente no panorama mundial:

A independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte, em 1776, reunidas primeiro sob a forma de uma confederação e constituídas em seguida em Estado federal, em 1787, representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.<sup>52</sup>

As considerações desse fragmento contêm elementos suficientes para afirmar que a Declaração de Independência dos Estados Unidos representou a primeira manifestação da democracia moderna.

Conquanto estivesse latente nesse cenário histórico, preocuparam a positivação dos direitos naturais e a correspondente elevação à categoria de norma superior. Ademais, as Declarações Norte-Americanas de Direitos priorizaram os direitos individuais. A essa circunstância, soma-se o fato de que, acatando o modelo do *Bill of Rights* britânico, os Estados Unidos elevaram os direitos humanos à qualidade de direitos fundamentais, reconhecidos expressamente pelo Estado, acima, portanto, da legislação ordinária, o que sustenta e confirma o constitucionalismo.

Paralelamente à experiência dos Estados Unidos, procede registrar que adquiriu maior repercussão o contexto da Revolução Francesa, iniciada em 1789, tendo contribuído para o banimento do sistema feudal e da monarquia absolutista. Sob o lema da liberdade, igualdade e fraternidade, editou-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, em 1791, a Primeira Constituição europeia registrou os ideais democráticos resultantes das lutas concernentes à superação dos paradigmas do passado: poder feudal, poder monárquico, cisão da Igreja e do Estado. Inclusive, trouxe em seu cerne o conteúdo da Declaração de Direitos do

---

<sup>52</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 99.

Homem e do Cidadão, particularmente a garantia de direitos fundamentais e a separação dos poderes.

Somente na segunda metade do século XX a Europa incorporou a orientação que preconiza a supremacia constitucional e garante os direitos humanos.<sup>53</sup>

Ancorando-se no contexto considerado, evidencia-se que os Estados Unidos são o berço do moderno constitucionalismo, que concebe e acata a vontade política suprema do povo na elaboração da Constituição. De fato, a finalidade essencial desse movimento é a proteção do indivíduo contra os abusos dos governantes.<sup>54</sup>

As ponderações acerca da trajetória empreendida desde o constitucionalismo antigo ao moderno conjugam concepções políticas compostas pelas ideias de Bodin – marco das transformações porque passou a ciência política –, fazendo-se acompanhar do respectivo pensamento de Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau. Ainda neste contexto, despontam as revoluções que marcaram a História: Revolução Gloriosa na Inglaterra (1688), Revoluções de Independência dos Estados Unidos e Revolução Francesa, que, obviamente, deixaram seu legado à posteridade, no sentido de prover uma linha de reflexões que favorece a instituição constitucional e o benefício de direitos humanos.

Com efeito, as ideias de supremacia constitucional e direitos fundamentais deixam o campo das concepções políticas formuladas pelos autores antes referenciados e ganham vulto no âmbito das primeiras Constituições. O impacto posterior na história de todos os povos assinala a significativa contribuição daqueles pensadores que lançaram as premissas essenciais ao movimento constitucionalista que preconiza a limitação do poder, o reconhecimento e a garantia de direitos no bojo das Constituições e a separação de poderes imprescindíveis à moderna concepção de Estado, cuja abordagem se fará no próximo item e pautará o desenvolvimento do trabalho.

### **1.1.2 Do constitucionalismo moderno**

A abordagem às perspectivas políticas e aos movimentos sociais geradores de revoluções nos ideais humanos não pretendeu exaurir toda a extensão dos aspectos concernentes ao tema do constitucionalismo, senão enfatizar o valor das fundadas reflexões

---

<sup>53</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 115.

<sup>54</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 113.



que permearam as esferas política e socioeconômicas mundiais, além de se considerar a relevância desses fatores no que respeita ao edifício das primeiras Constituições.

De fato, compreender a demarcação histórica dos períodos em que as mudanças se fizeram sentir na sociedade humana constitui alicerce para conhecer a gênese dos movimentos tangenciais ao constitucionalismo, o que se cercou de um cenário de lutas e conquistas sociais. Não há, pois, negar seu posterior significado – decisivo para a evolução do constitucionalismo, uma vez que corroboram o reconhecimento do valor supremo da Constituição, da limitação e discriminação de poderes e da garantia de direito.

Dessa maneira, contextualizar o início da experiência do constitucionalismo moderno implica a observação dos novos fatores que levaram a sociedade a pleitear um elenco mínimo de direitos e a conseqüente alteração dos dogmas do passado.

Observou-se que o constitucionalismo – clássico ou liberal – estruturou-se nos ideais de proteção e de garantia da liberdade, na consagração de direitos civis e políticos, fruto das Revoluções liberais ocorridas no final do século XVIII – Revolução Francesa e Revolução Liberal nos Estados Unidos.

José Joaquim Gomes Canotilho traça interessante síntese desse movimento de transição entre constitucionalismo antigo e moderno, quando enfatiza a alteração das condições políticas:

[...] fala-se em *constitucionalismo moderno* para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado *constitucionalismo antigo*, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder.<sup>55</sup>

A esse respeito, procede considerar que as contribuições da transição entre o constitucionalismo antigo e o moderno foram decisivas para o advento das Constituições escritas, o que corresponde a afirmar a delimitação do conceito de Constituição moderna, porquanto passou-se a compreendê-la como a “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os

---

<sup>55</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.p. 48.

direitos e se fixam os limites do poder político”.<sup>56</sup> Por empréstimo, adotou-se do constitucionalismo antigo a busca pela legitimidade do poder político e a consagração constitucional das liberdades.

No entanto, esse conceito não se identifica imediatamente com as pretensões proclamadas em cada uma das fases do constitucionalismo ao longo da História. Mostra-se aquém da expectativa, uma vez que carece da essência – a previsão de mecanismos que visassem à proteção da liberdade e ao atendimento das novas demandas.

Com efeito, tal como abordado anteriormente, o constitucionalismo moderno é resultado de uma apropriação dos ideais que permearam as concepções político-filosóficas de Bodin, Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau, assim também das Revoluções: Gloriosa, sobremaneira da Francesa e da Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e da Declaração de Direitos (1787).

Por sua vez, a proteção idealizada pelos movimentos revolucionários tornou-se insuficiente ao atendimento das novas demandas sociais porque passava o século XIX, de um lado urgindo que a figura do Estado absenteísta saísse de cena e, de outro, exigindo um Estado mais atuante no sentido de se efetivarem os direitos conclamados por uma sociedade plural e diversa quanto aos distintos anseios por ela perseguidos.<sup>57</sup>

Verifica-se, portanto, que a igualdade formal reconhecida por ocasião das revoluções liberais não conferia a plena proteção perseguida pelos novos ideais emergentes, dado que não reduzia as desigualdades. Ao contrário, aumentava o abismo social entre os detentores dos meios de produção e da classe do proletariado, de forma que o Estado Liberal mostrou-se insuficiente ao atendimento das novas aspirações sociais. Ademais, tornou-se imprescindível realizar a igualdade social perante os bens da vida, visando efetivar a liberdade e o desenvolvimento social.<sup>58</sup>

A percepção da inevitabilidade de se incorporarem direitos essenciais básicos inerentes à efetivação da igualdade substancial fez eclodir, na Revolução Industrial no século XIX, lutas voltadas ao reconhecimento dos direitos sociais. Passou-se, por conseguinte, a exigir a interferência estatal na concretização dos direitos fundamentais e da igualdade material – pedras de toque que garantem o conteúdo mínimo ao exercício da liberdade, dado que assegura a dignidade intrínseca à Pessoa.

---

<sup>56</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 48-49.

<sup>57</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1. v. p. 40.

<sup>58</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1. v. p. 40-41.

A respeito dessas considerações, verifica-se que o exato sentido do constitucionalismo moderno se traduz pela “superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade”.<sup>59</sup>

As conquistas oriundas da Revolução Industrial no século XIX, representativas do reconhecimento de direitos sociais e de direitos fundamentais e verdadeira tradução de valores e opções políticas, gradativamente se incorporaram aos textos constitucionais, visando à materialização da igualdade, mediante as correspondentes prestações jurídicas e materiais proporcionadas pelo Estado. Tratou-se, portanto, de uma reação aos regimes autoritários de épocas passadas.<sup>60</sup>

Eis, destarte, por que, no constitucionalismo moderno, a Constituição se caracterizapela “absorção de valores morais e políticos, sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis”<sup>61</sup>, porque sirvam ao propósito de constituir uma diretriz a ser observada pelas maiorias.<sup>62</sup>

Neste mister, a máxima enunciada pelas Constituições modernas – o reconhecimento dos direitos fundamentais e da participação política no interior de seus textos – corrobora o ideal do Estado Democrático de Direito. Eis outro traço distintivo do constitucionalismo moderno.

### 1.1.3 Constitucionalismo no Brasil

Desenvolveu-se o constitucionalismo brasileiro a partir de 1824 com a primeira Constituição do Império. Anteriormente a esse marco constitucional, a Coroa Portuguesa impôs, no período colonial, a divisão do território brasileiro em capitanias hereditárias, numa tentativa de delegar a particulares – denominados donatários – o ônus da colonização e defesa da terra conquistada face à ameaça externa. Além de direitos e deveres, a Coroa conferiu aos

---

<sup>59</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 61.

<sup>60</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, n. 15, jan./fev./mar. 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2012. p. 4.

<sup>61</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 61.

<sup>62</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, n. 15, jan./fev./mar. 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2012. p. 9.

donatários o direito de legislar, acusar e julgar<sup>63</sup>. Não obstante, não possuíam, de fato, direitos sobre a terra, porquanto o rei mantinha sua suserania: não doava as terras, senão os benefícios que delas advinham.<sup>64</sup>

Para definir-lhes direitos e deveres, a Coroa estabeleceu os dois primeiros vínculos jurídicos com a Colônia: a carta de doação significando mercê da capitania, com direitos hereditários e os posteriores forais, que fixavam os direitos dos donatários e os impostos a se pagarem ao rei, a quem deviam vassalagem.<sup>65</sup>

Vários fatores concorreram para o insucesso dessa primeira iniciativa de colonização – extensão geográfica do território brasileiro; ataques dos índios; desinteresse dos donatários; alto custo do assentamento de colonos, transporte, montagem de produção. Dentro desse quadro excetuam-se Pernambuco e São Vicente, cujos respectivos donatários – Duarte Coelho e Martim Afonso de Souza – dispuseram de ajuda financeira de grupos mercantes estrangeiros.<sup>66</sup> Aliás, as capitanias hereditárias ilustram a absoluta inviabilidade da colonização fundada no capital particular.

Malsucedido o empreendimento de ocupação efetiva da terra, a Metrópole lançou bases para centralizar a administração da Colônia sob o comando de um Governo-Geral (1548), implantado um ano depois, o que significou uma mudança no rumo da política colonial. Com efeito, tratou-se de órgão sobreposto às capitanias, sem, contudo, destituí-las. Reafirmava-se, na Colônia, a soberania da autoridade metropolitana.<sup>67</sup>

Representando diretamente a Coroa, o governador-geral e seus agentes refreavam o poder dos donatários, que mantinham a posse da terra sob a absoluta condição de independem do capital estatal português. Enquanto estes receberam os instrumentos jurídicos – cartas de doação e forais –, o novo representante da Coroa na Colônia era nomeado mediante um Regimento, de cujos artigos constavam atribuições bem definidas, a saber: construir navios e fortes; armar colonos para a defesa contra toda espécie de ataques; estabelecer alianças com os índios, catequizá-los, conceder-lhes sesmarias, incentivando-os à integração produtiva na economia; promover a instalação de engenhos; explorar o sertão; informar a Coroa da descoberta de recursos econômicos e proteger-lhe os interesses quanto ao monopólio do extrativismo e à arrecadação de impostos.<sup>68</sup>

---

<sup>63</sup> CRISTIANI, Claudio Valentim. O direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 427-443. p. 432.

<sup>64</sup> KOSHIBA, Luís; PEREIRA, Denise ManziFrayze. **História do Brasil**. São Paulo: Atual, 1979. p. 21-24.

<sup>65</sup> KOSHIBA, Luís; PEREIRA, Denise ManziFrayze. **História do Brasil**. São Paulo: Atual, 1979. p. 21-24.

<sup>66</sup> KOSHIBA, Luís; PEREIRA, Denise ManziFrayze. **História do Brasil**. São Paulo: Atual, 1979. p. 21-24.

<sup>67</sup> KOSHIBA, Luís; PEREIRA, Denise ManziFrayze. **História do Brasil**. São Paulo: Atual, 1979. p. 21-24.

<sup>68</sup> KOSHIBA, Luís; PEREIRA, Denise ManziFrayze. **História do Brasil**. São Paulo: Atual, 1979. p. 21-24.

Como auxílio ao Governador-Geral, criaram-se três cargos, cada qual com seu respectivo regimento: 1. provedor-mor da Real Fazenda (tesoureiro), que provia cargos e cobrava impostos; 2. a maior autoridade da justiça cabia ao ouvidor-mor (juiz) com funções jurídica e administrativa; 3. ao capitão-mor da costa (militar) atribuía-se a defesa da terra.<sup>69</sup>

A implantação do Governo-Geral conferiu maior relevo às leis gerais que, no Brasil-Colônia, foram agrupadas em três ordenações: Afonsinas (1466), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). Importa ressaltar que a última ordenação vigeu por muito tempo, conforme disposições tangenciais ao direito civil, apenas revogada com o advento do Código Civil de 1916.<sup>70</sup> A longa duração dessas ordenações não corresponde, no entanto, à sua eficácia no sentido de assegurar os ideais das Revoluções Liberais, notadamente da Revolução Francesa, que pôs em cheque qualquer traço do Absolutismo. Afinal, “o nosso constitucionalismo, ao revés, levantou-se sobre as ruínas sociais do colonialismo, herdando-lhe os vícios e as taras”.<sup>71</sup>

Em que pesem os aspectos negativos desse processo de iniciação constitucional, o primeiro momento de definição de nosso estatuto institucional marcou-se de influências europeias-inglesa e continental.<sup>72</sup>

No incipiente constitucionalismo brasileiro, engendraram-se forças para modificar o contexto político-social e conter as arbitrariedades estatais. Inspirando-se tanto no ideário liberal republicano quanto na corrente do pensamento iluminista, e visando à independência definitiva da Colônia, afloram – mormente no Nordeste – acirrados conflitos de natureza social que, além de repudiarem a política de D. João VI, reivindicavam transformações socioeconômicas. Eis, pois, constituídos os germens que se desenvolveram, intensificaram, eclodiram e culminaram na Revolução de 1817.<sup>73</sup>

Tratou-se de um movimento tenso que ultrapassou as aspirações de descolonização e rompimento político com Portugal, para se matizar de integração do mercado brasileiro ao internacional, sob a direção britânica. O traço distintivo da Revolução Pernambucana se encontra nas camadas sociais que compuseram os levantes: além dos grandes senhores rurais,

---

<sup>69</sup> KOSHIBA, Luís; PEREIRA, Denise ManziFrayze. **História do Brasil**. São Paulo: Atual, 1979. p. 21-24.

<sup>70</sup> CRISTIANI, Claudio Valentim. O direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 427-443. p. 433-434.

<sup>71</sup> BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos avançados**, São Paulo, vol. 14, n. 40, p. 155-176. 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci_arttext)>. Acesso em: 15 jan. 2013. p. 156.

<sup>72</sup> BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos avançados**, São Paulo, vol. 14, n. 40, p. 155-176. 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci_arttext)>. Acesso em: 15 jan. 2013. p. 156.

<sup>73</sup> KOSHIBA, Luís; PEREIRA, Denise ManziFrayze. **História do Brasil**. São Paulo: Atual, 1979. p. 130-133.

insurgiram-se os homens livres não-proprietários, membros do clero, e, lutando por sua própria sobrevivência, a camada popular, porquanto o monopólio comercial português acarretava o encarecimento de gêneros alimentícios de primeira necessidade.<sup>74</sup>

Aos 7 de março de 1817, o movimento triunfa, e um Governo Provisório se instala marcado da ideologia republicana. Adotou-se bandeira e, como ocorreu na Revolução Francesa, os envolvidos tratavam-se pessoalmente por “patriota”, elaborou-se, enfim, a *Lei Orgânica*, cuja autoria provavelmente seja de Antonio Carlos (irmão de José Bonifácio) e de Frei Caneca.<sup>75</sup>

O documento de 1817 consagrava uma forma avançada de organização do poder.<sup>76</sup> Entre outros aspectos de seu teor, incorporaram-se as aspirações na Lei Orgânica: (a) liberdade de consciência, por esse motivo coíbiam perseguir pessoas; (b) liberdade de imprensa, ressalvando ataques à Constituição e à religião; (c) tolerância religiosa, embora fosse a católica considerada oficial e seu clero, assalariado do Estado; (d) tolerância com os estrangeiros estabelecidos na terra; (e) delimitação do Governo Provisório até que se elaborasse a Constituição do Estado, por uma Assembleia Constituinte a ser convocada dentro de um ano. Ademais, estabeleceram-se outras medidas de caráter popular, por exemplo a abolição de tributos que onerassem gêneros alimentícios de primeira necessidade.<sup>77</sup>

De fato, é incontestável reconhecer, na Revolução Pernambucana, sua contribuição decisiva para a inauguração da Assembleia Nacional Constituinte. No entanto, a constituinte não cumpriu o papel de instrumento de fundação da República, conforme fora idealizado por seus precursores. Em vez de uma promulgação, resultou a outorga que tão somente transformou a monarquia absolutista em uma monarquia constitucional. Com essa natureza e destinação, a Carta de 1824 inicia a trajetória constitucional brasileira.<sup>78</sup>

Com o propósito de analisar a evolução constitucional do Brasil, o estudo passa a considerar, agora, indicativos que compõem os documentos constitucionais que já vigoram no País, adotando-se a perspectiva cronológica, em cujo período demarcado se percebem fases evolutivas distintas, conforme sintetiza Paulo Bonavides

---

<sup>74</sup> Aqui está por que, na Revolução Pernambucana, avançou-se quanto à organização do poder: a participação de homens livres (cidadãos) e camadas populares exigindo seus direitos liberais, conforme ocorreu na Revolução Francesa.

<sup>75</sup> KOSHIBA, Luís; PEREIRA, Denise ManziFrayze. **História do Brasil**. São Paulo: Atual, 1979. p. 130-133.

<sup>76</sup> BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos avançados**, São Paulo, vol. 14, n. 40, p. 155-176. 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci_arttext)>. Acesso em: 15 jan. 2013. p. 159-160.

<sup>77</sup> KOSHIBA, Luís; PEREIRA, Denise ManziFrayze. **História do Brasil**. São Paulo: Atual, 1979. p. 130-133.

<sup>78</sup> BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos avançados**, São Paulo, vol. 14, n. 40, p. 155-176. 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci_arttext)>. Acesso em: 15 jan. 2013. p. 159-166.

Quem se propuser a uma análise em profundidade da evolução constitucional do Brasil não terá dificuldade em distinguir três fases históricas perfeitamente identificáveis em relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influxo preponderante na obra de caracterização formal das instituições: a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do corrente século.<sup>79</sup>

Nesse ponto, faz-se relevante destacar os períodos do constitucionalismo praticado no Brasil e as marcas ideológica, políticas e jurídicas que cada um deles trouxe consigo.

*Oconstitucionalismo do Império*, datado de 1822 – ano da Independência do Brasil, a 1889, momento em que ocorreu o advento da República – foi o primeiro período da evolução constitucional brasileira, marcado pelos ideais de inspiração francesa sob a perspectiva teórica, e inglês quanto aos aspectos doutrinário e fático. Essas marcas mostraram-se insuficientes à manutenção do modelo de repartição de poderes desenvolvido por Montesquieu, razão por que se adotou o de Benjamin Constant que preconizava a repartição tetradimensional de poderes, mediante a instituição do Poder Moderador, cujo titular era o monarca. A reunião do Poder Executivo e Moderador nas mãos do monarca favorecia a centralização e fiscalização dos demais poderes. Conquanto no princípio representativo e absolutista se reunissem e se equilibrassem sob uma mesma composição, a monarquia constitucional contribuiu decisivamente para a inauguração do Estado liberal.<sup>80</sup>

Nota-se na vigência do *constitucionalismo do Império* que a Constituição do período se fundava na força da economia e no poder dos latifundiários. No entanto, a abolição da escravidão (13.05.1889) enfraqueceu o sistema e ocasionou o rompimento com as concepções conservadoras, individualistas, elitista e antidemocráticas, o que se tornou campo propício à defesa de um liberalismo às avessas, ou seja, eminentemente conservador.<sup>81</sup> Embora sejam posturas contraditórias, o conjunto de circunstâncias beneficiou a proclamação da República em 1889.

Relativamente ao *constitucionalismo da Primeira República*, – período de 1891 a 1934 – preconizou-se a adoção do modelo americano, cujos fundamentos se estruturavam sob o pálio do sistema republicano, no que respeita à forma presidencial de governo e à forma federativa de Estado e o funcionamento de uma Suprema Corte apta ao exercício do controle de constitucionalidade dos atos do poder. Há de se convir que tais fundamentos

<sup>79</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 361.

<sup>80</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 362-364.

<sup>81</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 101.

alicerçais representaram “a ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e se inspirava em valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade”.<sup>82</sup>

Obstou-se esse modelo político e doutrinário de Estado Liberal por meio do Decreto nº 19.398 de 11 de novembro de 1930, o que pôs fim ao período da Primeira República e instalou-se o exercício arbitrário do poder, mediante a instituição de um Governo Provisório, sob a justificativa de zelar pela idoneidade do processo eleitoral, dado que se maculava de vícios o sistema representativo. A contestação ao Governo Provisório adveio com a deflagração, em São Paulo, da Revolução Constitucionalista de 1932.<sup>83</sup>

No entanto, o modelo idealizado pelo *constitucionalismo da Primeira República* perdeu seu espaço, tal como ocorreu com o *constitucionalismo do Império*, uma vez que apartadas da real e efetiva participação popular.<sup>84</sup> Corrobora-o a ponderação de Antonio Carlos Wolkmer, porquanto os referidos movimentos defendiam verdadeiramente

[...] formas clientelísticas de representação política, na conservação rigorosa da grande propriedade, na defesa desenfreada de um liberalismo econômico, bem na introdução ‘aparente’ e ‘formalista’ de direitos civis, que, na verdade, expressavam o esvaziamento do que se poderia conceber como cidadania.<sup>85</sup>

Novas perspectivas passaram a integrar o sentimento popular, o que deu ensejo à corrente de princípios que consagravam o aspecto social. Decorre daí a inauguração de uma ordem inédita para o constitucionalismo brasileiro – o *constitucionalismo do Estado Social*. Suas complexidades e crises revelam o sentido assumido pelo constitucionalismo brasileiro, cujos reflexos se fazem sentir até hoje.

O período do *constitucionalismo do Estado Social* tem início com a promulgação da Constituição de 1934. Conhecido como a Segunda República (1934-1937), marcou-se de “[...] crises, golpes de Estado, insurreição, impedimentos, renúncia e suicídio de Presidentes, bem como queda de governos, repúblicas e Constituições”.<sup>86</sup>

A primeira Constituição (1934) dessa fase deixou-se influenciar pelo modelo de Weimar, notadamente no que respeita à consagração de direitos fundamentais da pessoa humana. O golpe de Estado de 10 de novembro de 1937 pôs termo ao curto período de sua

<sup>82</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 365.

<sup>83</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 365-366.

<sup>84</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 141.

<sup>85</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 141.

<sup>86</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 366.



vigência, e o então presidente – Getúlio Vargas – outorgou a Constituição de 1937, eminentemente autoritária, que preconizava um regime totalitário que não prosperou ante o golpe de Estado em 29 de outubro de 1945, resultando na deposição de Vargas. Nesse contexto, promulgou-se a Constituição da Terceira República em 18 de setembro de 1946.<sup>87</sup>

Após um período tenso de agitações, reorganiza-se o País, amparado por aspirações que visavam à redemocratização. Reflete-se o processo na Constituição de 1946, que as acolheu, resgatando a mesma inspiração que permeou a Constituição de 1934, ou seja, o sentido social dos novos direitos.<sup>88</sup>

Parece incontestado o vulto alcançado pela espécie de democracia que se originou do documento promulgado em 1946. A respeito, posicionam-se Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins:

A Constituição de 1946 se insere entre as melhores, senão a melhor, de todas que tivemos. Tecnicamente é muito correta e do ponto de vista ideológico traçava nitidamente uma linha de pensamento libertária no campo político sem descurar da abertura para o campo social que foi recuperada da Constituição de 1934. [...] Era, portanto, um reencontro do País com suas origens pretéritas, saltando-se o obscuro período do Estado Novo.<sup>89</sup>

Verifica-se que a Constituição Republicana de 1946 “restabeleceu a democracia formal representativa, a independência aparente dos poderes, a autonomia relativa das unidades federativas e a garantia dos direitos civis fundamentais”.<sup>90</sup>

Não obstante, a manutenção dos princípios democráticos conquistados pela Constituinte de 1946 foi abalada quase duas décadas à frente. Com efeito, ascendendo os militares ao poder nos anos 60, dos sucessivos Atos Institucionais que se seguiram após 9 de abril de 1964, adveio a Carta semiautoritária de 24 de janeiro de 1967, que preservava o poder ditatorial e dava margem à expedição de documentos legalmente formais pelo Estado. Em 17 de outubro de 1969, após um período em que algumas questões permanecem em suspenso, expede-se a Emenda n. 1 à Constituição de 67.<sup>91</sup>

A possibilidade de conciliar o crescente poder estatal, exigido pelo desenvolvimento econômico, com a preservação da democracia política não feneceu num período superior a

---

<sup>87</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 367.

<sup>88</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 368.

<sup>89</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. 2. v. p. 312.

<sup>90</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 146.

<sup>91</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 367.

vinte anos. Mesmo dispondo da medida de coexistirem a ordem institucional com a constitucional, não ficou latente a aspiração de retorno ao regime constitucionalista, o que se renovou e reafirmou-se em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição vigente.<sup>92</sup>

As vicissitudes porque passou o Estado brasileiro nos períodos anteriormente relatados fizeram aflorar e vicejar aspirações ideológicas voltadas à efetivação do constitucionalismo moderno. Quanto a esse aspecto, considerando a evolução do constitucionalismo brasileiro, ressalta a relevância dos textos constitucionais de 1934, 1946 e, sobremaneira, o de 1988, de que se pode inferir que, tanto na forma quanto na substância, acerca-se da Lei Fundamental alemã de 1949, inclusive a ultrapassando em alguns pontos, como no caso do mandado de injunção.<sup>93</sup>

Há de se convir, pois, que a Constituição Federal de 1988 se aproxima do ideal democrático perseguido pelo povo durante um período de relevantes lutas e conquistas no cenário político da história brasileira, uma vez que nelas se preveem e se fazem acompanhar de direitos e garantias fundamentais, além de se assegurar a participação popular na decisão política do Estado. Disponibilizam-se à sociedade e ao Estado instrumentais imprescindíveis à edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, em prol da realização da dignidade da pessoa humana, tal como preconizado pelo próprio texto constitucional.

Conquanto se limitem as linhas dedicadas ao constitucionalismo no Brasil, observa-se que traduzem os paradigmas que inspiraram o teor das Constituições brasileiras, inclusive o do texto promulgado em 1988 que, à semelhança dos demais, se inspirou nos ideais conclamados pela sociedade.

Considerados os aspectos do constitucionalismo moderno, segue-se à análise do constitucionalismo contemporâneo, em torno do qual se organizará a diretriz teórica a ser adotada no desenvolvimento do tema. Por conseguinte, observa-se que se torna imprescindível recorrer ao viés do constitucionalismo buscando a compreensão dos temas atuais e de seus desdobramentos, o que se demonstrará a seguir.

#### **1.1.4 Constitucionalismo contemporâneo: neoconstitucionalismo**

Perpassou-se a análise dos contextos do constitucionalismo antigo, do clássico liberal e do moderno, sem descuidar da evolução do constitucionalismo no Brasil. Posto que breve, a

---

<sup>92</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 32-33.

<sup>93</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 369-370.

abordagem teve o propósito de reunir as concepções teóricas basilares à compreensão do próximo estágio do constitucionalismo a ser examinado: o constitucionalismo contemporâneo.

Com efeito, vive-se o período do constitucionalismo contemporâneo em decorrência da gradativa alteração porque passou a história e a concepção do clássico ideário político.

Nesse cenário, enfatiza-se que os resultados das experiências totalitárias vivenciadas no período da Segunda Guerra Mundial foram decisivos para a alteração dos paradigmas até então vigentes. Urgia reconhecer um elenco de direitos e garantias fundamentais voltados à proteção do indivíduo frente ao Estado, conforme ocorreu na Alemanha de 1949, com a Lei Fundamental de Bonn.

Durante a Segunda Guerra Mundial, o positivismo jurídico fundamentou as atrocidades cometidas em desfavor dos seres humanos, uma vez que o direito se encontrava cativo do enunciado da lei que houvesse observado o processo legislativo de sua aprovação. Pressuposto pela neutralidade, esse ideal técnico-científico sucumbiu. Destarte, o fim da guerra deixou brechas à inauguração de uma nova doutrina capaz de afastar a neutralidade do Direito e acatar as diretrizes políticas, morais e éticas imprescindíveis ao controle das arbitrariedades levadas a efeito pelo Estado.<sup>94</sup> Almejava-se “resgatar a *substância* da lei, e mais do que isso, encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça”.<sup>95</sup>

Ancorando-se no contexto destacado, pode-se deduzir que tanto o Direito quanto a Moral celebram uma proveitosa aproximação, o que implicou uma nova forma de compreender o Direito. De fato, gradativamente, após a Segunda Guerra, incorporaram-se valores, opções políticas e princípios no bojo dos textos das Constituições modernas, notadamente aqueles relativos aos direitos fundamentais – circunstâncias que fortificaram a concepção de que a Moral permeia o direito positivo. Ademais, corrobora-se o liame entre Direito e Moral, premissa substantiva à concretização do Direito no âmbito das relações sociais.

Os paradigmas do constitucionalismo até então desenvolvidos – positivismo jurídico – alteraram-se em decorrência da imprescindibilidade de se reconhecerem, no imo das Constituições, os valores e princípios a serem perseguidos pelos sistemas jurídicos. Nesse elenco, destacam-se o atributo da dignidade da pessoa humana, a que se confere a primazia de valor supremo no cerne dos diversos ordenamentos jurídicos que concorrem para a

---

<sup>94</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 134.

<sup>95</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1. v. p. 44. (grifo do autor).

concretização dos demais valores e o pluralismo político, ambos fundamentais ao desenvolvimento holístico da Pessoa tanto quanto para a construção de uma sociedade justa e solidária.<sup>96</sup> A modificação implicou o reconhecimento da supremacia dos textos constitucionais e a subordinação da lei à Constituição.

Procede observar que a inserção da dignidade da pessoa humana como núcleo das Constituições imprime transformação profunda no teor de seus textos. Com efeito, as Constituições modernas concebidas nestes moldes munem-se de conteúdo prolixo, consagram um totalitarismo constitucional, uma vez que, em seus textos, contemplam as aspirações sociais e os instrumentais imprescindíveis à efetivação das promessas constitucionais, inclusive a respeito de assuntos atinentes à legislação ordinária.<sup>97</sup>

Verifica-se, pois, a intensa preocupação em se celebrarem direitos e garantias fundamentais nos textos, com o intuito de resguardar o valor central supremo da ordem constitucional composta por novos propósitos e ideologia, notadamente a concretização da dignidade da pessoa humana – núcleo axiológico da tutela constitucional.<sup>98</sup>

Essas considerações delimitam o real sentido do constitucionalismo contemporâneo, que persegue o reconhecimento de um elenco de direitos concernentes à proteção da Pessoa, para fazer face ao arbítrio estatal, além de promover maior participação política da sociedade nas decisões do Estado. Por conseguinte, o “neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais”.<sup>99</sup>

A esse respeito, constata-se que o termo *neoconstitucionalismo* – de uso reiterado nas obras de doutrinadores e juristas renomados<sup>100</sup> – representa o estágio do constitucionalismo contemporâneo.

<sup>96</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

<sup>97</sup> Nesse sentido: CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 237; BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79.

<sup>98</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 38.

<sup>99</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

<sup>100</sup> Entre os quais citam-se: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, v. 58, p. 128-173, jan./mar. 2007; POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição?. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 7, jan./jun. 2006. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc\\_7.htm](http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc_7.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2012. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, n. 15, jan./fev./mar. 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2012. BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 7, jan./jun. 2006. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc\\_7.htm](http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc_7.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2012.

De fato, nota-se que há certa divergência no âmbito da doutrina constitucional no que se refere à concepção em torno da nomenclatura *neoconstitucionalismo*: alguns sustentam que se identifique ao constitucionalismo contemporâneo, mas transmutado em nova terminologia, ao passo que outros comungam a ideia de que se trate de renovada fase do constitucionalismo, inaugurada posteriormente ao constitucionalismo moderno, o que faz equivalerem-se constitucionalismo pós-moderno, ou o neoconstitucionalismo, ou ainda o pós-positivismo.<sup>101</sup>

De qualquer forma, a discussão resulta inócua, porquanto são terminologias que fluem e se escoam numa mesma foz – a fase posterior ao constitucionalismo moderno: aquele que é contemporâneo, produto das etapas de sua evolução ao longo da História e do trajeto percorrido pelas ideias políticas elencadas anteriormente.

Posto que o constitucionalismo atual possa, de fato, consistir em inovação, e, conseqüentemente, distinguir-se das feições que assumiu em períodos anteriores em que se desenvolveu o fenômeno do constitucionalismo, constata-se que não se apresenta divorciado daqueles que o precederam, o que não significa que desmereça considerações no sentido de tratar-se de novidade.<sup>102</sup>

Relativamente à perspectiva, Mauro Barberis – para quem o termo ‘neoconstitucionalismo’ possa mesmo haver advindo de ‘constitucionalismo’ – assevera que a primeira abonação do termo talvez tenha ocorrido em textos genoveses nos fins dos anos 90, e proferido ineditamente por Susanna Pozzolo em uma comunicação durante o XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, em Buenos Aires no ano de 1997, posteriormente publicada na revista *Doxa*.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> Uadi Lammêgo Bulos tece severas críticas àqueles que comungam a ideia de que o neoconstitucionalismo é algo novo, asseverando que “*Só devemos pronunciar a palavra **neoconstitucionalismo** no sentido de constitucionalismo contemporâneo, nada obstante a postura metodológica daqueles que preferem usar o termo à sombra das transformações teóricas por que vem passando o positivismo jurídico nos últimos tempos.*”. Ou seja, para o autor, é o constitucionalismo contemporâneo com terminologia diversa. (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 89.). (grifo do autor). Em oposição a Uadi Lammêgo Bulos, o constitucionalista Kildare Gonçalves Carvalho assevera que “*Uma nova era histórico-constitucional surge no alvorecer do século XXI, com a perspectiva de que ao constitucionalismo social seja incorporado o constitucionalismo fraternal e de solidariedade.*” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p. 239.).

<sup>102</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, n. 15, jan./fev./mar. 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2012. p. 1.

<sup>103</sup> BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 7, jan./jun. 2006. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc\\_7.htm](http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc_7.htm)>. Acesso em 31 jul. 2012. p. 19. Confira também: POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretación constitucional. **Doxa**, 21-II, p. 339-353. 1998. Disponível em: <[http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21V.o.II\\_25.pdf](http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21V.o.II_25.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2012.

Considerados alguns aspectos que conjugaram a transição do constitucionalismo moderno ao contemporâneo, inclusive discutindo acerca do termo neoconstitucionalismo, passa-se ao elenco dos fatores que compõe sua mais nova fase.

Os horrores da Segunda Guerra Mundial e a insegurança jurídica gerada pelo pensamento do positivismo jurídico – hermético e rigoroso – conclamaram a sociedade a engendrar lutas voltadas a transformações do sistema então vigente. A codificação idealizada para edificar a estabilidade das relações jurídicas entre os indivíduos e entre estes e os poderes públicos negligenciou aspectos da segurança esperada, uma vez que não se fez seguir de modificações imprescindíveis ao atendimento das novas demandas, notadamente porque era inevitável acompanhar as transformações sociais no intuito de inaugurar um novo modelo de proteção e regulação da vida em sociedade.<sup>104</sup>

Moral e Justiça entressacham-se ao Direito num esforço de efetivaros valores idealizados por toda a coletividade e legitimar o poder. A nova formatação confere maior ênfase aos textos constitucionais, de forma que ocupam o centro dos sistemas jurídicos, no que respeita à interpretação e aplicação das normas. Por conseguinte, a fase da descodificação ganha vulto, dado que, gradativamente, vá perdendo a sua relevância nos sistemas jurídicos.<sup>105</sup>

É possível deduzir que o neopositivismo fundado no direito posto atribui um novo colorido ao Direito. Eis, destarte, o contexto do neoconstitucionalismo que adquiriu força idêntica àquela do neopositivismo e favoreceu o abandono dos modelos jusnaturalistas e positivistas. Admitindo novo método de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, priorizou os princípios, reconheceu a nova hermenêutica constitucional, desenvolveu uma teoria dos direitos fundamentais destinada à preservação da Pessoa.<sup>106</sup>

Abordando o tema, Luís Roberto Barroso reconhece que o neoconstitucionalismo apresenta uma mudança de paradigma da doutrina e de jurisprudências até então conhecidas, porquanto possibilitou nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica. Trata-se do desenvolvimento de inusitada dogmática de

---

<sup>104</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 57.

<sup>105</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 59-60; 138.

<sup>106</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, v. 58, p. 128-173, jan./mar. 2007. p. 132-133.

interpretação, uma releitura do Direito Constitucional, em que a Constituição é a premissa fundamental – lente através da qual se lê e compreende o Direito.<sup>107</sup>

A contraposição ao desenvolvimento de uma doutrina do neoconstitucionalismo reside na contestação precisa apresentada por Elival da Silva Ramos, quando tece críticas aos doutrinadores do neoconstitucionalismo, notadamente a Luís Roberto Barroso. O autor argumenta que aqueles que se intitulam neoconstitucionalistas cometem excessos ao não visualizar uma nítida diretriz teórica a ser seguida.

Concernente a esse aspecto, Elival da Silva Ramos enfatiza que a concepção histórica do neoconstitucionalismo não serve aos propósitos de se efetivar a distinção, acrescentando não se tratar de fenômeno simultâneo e de abrangência universal, em virtude de o Estado Constitucional de Direito haver se solidificado em períodos históricos diversificados. Ademais, o positivismo jurídico não deixou de ser o modelo dominante da Teoria do Direito. Por fim, afirma fundarem-se as proposições do neoconstitucionalismo em falso moralismo jurídico, uma vez que apenas consideram o direito posto quando não constitua óbice à concretização da ordem objetiva de valores.<sup>108</sup>

As negações à doutrina do neoconstitucionalismo formuladas por Elival da Silva Ramos sustentam-se, pois, na circunstância de que “o núcleo do novo constitucionalismo não residiria na diversidade de objeto em relação ao constitucionalismo clássico e sim em uma nova maneira de compreender o próprio Direito Constitucional”.<sup>109</sup>

A justificativa para a dicotomia Direito Constitucional neoconstitucionalista e o Direito Constitucional clássico – positivista – reside na apropriação pelos neoconstitucionalistas de uma “moderna Hermenêutica” e do desenvolvimento de “princípios instrumentais adequados à interpretação da Constituição”, o que não procede para Elival da Silva Ramos, porque se apresenta inteiramente compatível aos “avanços teóricos no plano da Teoria da Interpretação com os postulados centrais do positivismo jurídico”. O que há de novo na Teoria de Interpretação é uma excessiva valorização dos princípios constitucionais,

---

<sup>107</sup>BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, v. 58, p. 128-173, jan./mar. 2007. p. 134.

<sup>108</sup>RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 279-285.

<sup>109</sup>Para Elival da Silva Ramos: “[...] não há que se falar, [...], em neoconstitucionalismo e sim na afirmação do constitucionalismo e da autonomia científica do Direito Constitucional” (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 281-283.).

uma “autêntica principiologização do Direito Constitucional, que passa a desprezar as regras em favor de princípios”.<sup>110</sup>

Apesar das críticas, a ancoragem do neoconstitucionalismo resulta da nova configuração adquirida pelo constitucionalismo moderno e não deve ser ignorada pelos operadores do Direito, sobremaneira porque sua relevância “não consiste absolutamente nas teses que sustenta, mas nos problemas que levanta: que são, pois, os problemas principais do direito contemporâneo”.<sup>111</sup>

Nesse contexto, Mauro Barberis sinaliza pontualmente os problemas concernentes ao neoconstitucionalismo e a sua singularidade ao contexto do ordenamento jurídico moderno, entre os quais citam-se: “o problema dos princípios e da sua distinção das regras; o problema da ponderação entre princípios constitucionais; o problema dos direitos”.<sup>112</sup>

O enfoque da doutrina de Luís Roberto Barroso ratifica as questões que o constitucionalismo moderno suscita:

[...] uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. [...] migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns [...] de longa data, como a liberdade e a igualdade, [...]. Outros, [...] sofreram releituras [...] como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve ainda princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.<sup>113</sup>

Malgrado aqueles que impõem entraves ao desenvolvimento de uma doutrina do neoconstitucionalismo, justificam-se os fundamentos dos que o defendem, tal como Luís Roberto Barroso. Afinal, os problemas que levanta beneficiam o reconhecimento das novas variantes doutrinárias que representam a superação da dogmática dos idos tempos e traz ao contexto novas experiências, perspectivas e valores relacionados aos segmentos socioeconômicos, políticos e filosóficos transformados pela História.

<sup>110</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 281-283. Nesse mesmo sentido: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 90.

<sup>111</sup> BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 7, jan./jun. 2006. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc\\_7.htm](http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc_7.htm)>. Acesso em: 31 jul.2012. p. 24.

<sup>112</sup> BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 7, jan./jun. 2006. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc\\_7.htm](http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc_7.htm)>. Acesso em: 31 jul.2012. p. 25.

<sup>113</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 328.



Ao tecer considerações acerca da realidade, Norberto Bobbio aponta que “o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas”.<sup>114</sup>

O propósito do constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo é ponderar as variantes de uma sociedade cambiante e materializá-las no mundo do Direito – medida inoperante no âmbito do positivismo jurídico idealizado pelo Código de Napoleão. Conferir primazia ao texto constitucional, enfatizar princípios e valores na consagração de direitos fundamentais, considerar os preceitos morais fatores essenciais à realização de uma nova interpretação do sistema jurídico. Essa diretriz teórico-metodológica não desmerece o positivismo jurídico; no entanto, considera que este não é neutro. Para tanto, deve-se abrir a novos métodos de interpretação e de compreensão da norma.

Similares aspectos são corroborados por Kildare Gonçalves Carvalho ao assinalar que a partir de meados do século XX, inserindo-se num contexto pós-positivista, a ideia de centralidade da Constituição no sistema jurídico, a supremacia das normas constitucionais, a força normativa dos princípios, a ênfase nos direitos humanos fundamentais – sobremaneira a dignidade da pessoa humana – instaram a gênese do neoconstitucionalismo, porque se compusesse um modelo constitucional-democrático eficiente para transformar a natureza do direito positivo e de um instrumental teórico juspositivista. Considerando-se a concorrência de todos esses fatores, concebe-se o neoconstitucionalismo um método antijuspositivista de aproximação do Direito.<sup>115</sup>

O aprimoramento do Direito é perpétuo e deve acompanhar os avanços porque passa a sociedade, ou seja, há de constantemente atender ao movimento que permeia as relações sociais. Nesse mister, abandona-se o constitucionalismo moderno, fundado no positivismo que preconiza a neutralidade da ciência do Direito, e acolhe-se o constitucionalismo contemporâneo – mais adequado ao atendimento às novas demandas de uma sociedade diversa e plural.

Essa alteração gerou consequências, entre as quais o surgimento das aclamadas teorias concernentes a normas, fontes do Direito e da interpretação, todas afinadas à dinâmica social e à aproximação do Direito e a Justiça.

A evolução histórica e a observação das concepções clássicas da política, anteriores ao constitucionalismo contemporâneo, foram imprescindíveis ao novo formato que o Estado e

---

<sup>114</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 3. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 38.

<sup>115</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p. 239.

o Direito Constitucional adquiriu. Merece relevo a notável transição paradigmática do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito, a que se agregaram instrumentais fortalecedores do novo constitucionalismo, entre os quais se assinalam: a aproximação entre o Direito e a Ética, a rigidez constitucional, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e a valorização dos princípios e dos valores constitucionais relacionados à transformação da dogmática jurídica pretérita. Enfatiza-se o fato de todos os implementos terem sido ajustados ao contexto da interpretação inovadora, quando se propõe a atender às demandas atuais.<sup>116</sup>

De igual modo, no Brasil, essas alterações estruturais do constitucionalismo fizeram-se presentes com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que assinalou a transição democrática brasileira. Com efeito, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Mônica Bonetti Couto asseveram que “[...] a Constituição brasileira de 1988, alinhando-se a alguns modelos europeus (v. g., Itália e Alemanha), passa a assumir um papel diverso daqueles que lhe antecederam, aqui no Brasil e, pode-se dizer, no mundo”.<sup>117</sup> De fato, gradativamente o sistema jurídico brasileiro transformou-se e incorporou as aspirações do neoconstitucionalismo.

A proposição do neoconstitucionalismo “exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição”<sup>118</sup>, ou seja, o reconhecimento de que a constitucionalização do direito consiste na realidade inerente à atual conformação social e jurídica. Inclusive do ordenamento jurídico brasileiro.

Verifica-se que se transformaram os ordenamentos jurídicos, as Constituições modernas tornaram-se o centro do sistema jurídico, constituíram-se numa ordem objetiva de valores, em que se conjugam princípios e regras<sup>119</sup> na compreensão, aplicação e concretização do Direito e da Justiça. Ademais, as transformações permeiam e influenciam os setores dos Poderes estatais, das esferas sociais, atingindo até mesmo as relações estabelecidas entre particulares. Com efeito, trata-se de um “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo

---

<sup>116</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, v. 58, p. 128-173, jan./mar. 2007. p. 140-141.

<sup>117</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; COUTO, Mônica Bonetti. (Neo)constitucionalismo e princípio da proporcionalidade: algumas reflexões de relevo. In: ZOVICO, Marcelo Luis Roland (Org.). **Filosofia do direito: estudos em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho**. São Paulo: Clássica, 2012. p. 276-296. p. 284.

<sup>118</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1. v. p. 40.

<sup>119</sup> Eduardo Cambi explicita: “O neoconstitucionalismo reclama uma **nova teoria da norma**, que possibilite a conjugação de regras e de princípios, bem como uma **nova teoria da interpretação jurídica** que não seja nem puramente mecanicista nem, tampouco, absolutamente discricionária, em que os riscos que comportam a exegese da Constituição sejam suportados por um esquema plausível de **argumentação jurídica**.” (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 90.). (grifo do autor).

conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”.<sup>120</sup> Eis, destarte, o propósito da Constituição moderna ao incorporar a seus textos um elenco de direitos e garantias fundamentais.

A respeito, Virgílio Afonso da Silva assevera: “quando se fala em constitucionalização do direito, a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”.<sup>121</sup>

A lição de Luís Roberto Barroso traduz a síntese do exposto:

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.<sup>122</sup>

Deduz-se da explanação de Luís Roberto Barroso que a constitucionalização do direito envolve instrumentais aptos à realização adequada da irradiação dos efeitos das normas ou valores constitucionais. Acrescenta-se a conclusão incisiva de Virgílio Afonso da Silva quanto ao aspecto: “essa irradiação é um processo e, como tal, pode se revestir de diversas formas e pode ser levada a cabo por diferentes atores”.<sup>123</sup>

Com efeito, as normas constitucionais exercem decisiva influência no conteúdo das leis ordinárias que compõem o sistema jurídico, acarretam o vínculo do legislador ordinário, submetendo-o à observação do núcleo axiológico constitucional na confecção e aprovação das leis que edita. Tanto o juiz na efetivação do valor Justiça quanto o administrador na fiel execução da lei encontram-se igualmente vinculados aos preceitos constitucionais<sup>124</sup>, a ponto de pautarem sua conduta observando a Constituição, tal é a decorrência extensiva da constitucionalização do Direito.

---

<sup>120</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, v. 58, p. 128-173, jan./mar. 2007. p. 141.

<sup>121</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 38.

<sup>122</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, v. 58, p. 128-173, jan./mar. 2007. p. 141-142.

<sup>123</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 38.

<sup>124</sup> São marcantes as decisões no âmbito do Poder Judiciário que tem conferido aplicabilidade ao arcabouço dessas ideias inerentes ao neoconstitucionalismo, entre as quais citam-se: Mandados de Injunção nº 758 e 708, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8 e Habeas Corpus n. 87.585. (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 23 ago. 2012.).

Nesse mister, perseguir a efetividade constitucional é o propósito dos operadores do direito imbuídos do esforço de concretizar os direitos fundamentais – mormente os valores supremos, cujo reconhecimento se deu em virtude de uma evolução social que exigiu intenso empreendimento de ideais políticos, filosóficos, e ocasionou a alteração da formatação inicial do constitucionalismo e dos sistemas jurídicos, passando a exigir uma revisão do desenho das instituições estatais e das Constituições.

A constitucionalização do direito é ferramenta essencial, inerente ao cerne da evolução do constitucionalismo, o que lhe faltava para a plena realização dos objetivos do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, dado que “uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”.<sup>125</sup>

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo preconiza um novo<sup>126</sup> paradigma em que se promove a relevância do texto constitucional, que abandona o estigma maculoso de mera carta de exortações, para enfatizar a eficácia dos princípios constitucionais, o exercício da jurisdição constitucional e a leitura do Direito e da lei infraconstitucional, elegendo por premissa fundamental a Constituição.

Somam-se a esses fatores o reconhecimento de valores destinados à proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, bem como o reconhecimento de opções políticas inerentes à proteção das minorias, seguida da adoção de uma nova dogmática – enfatiza-se: uma dogmática transformadora – para a solução dos conflitos.

Em princípio, o sentimento das normas constitucionais penetrou a legislação infraconstitucional e a constitucionalizou por meio da eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais.

No novo modelo de conceber a Constituição moderna – a brasileira não se faz exceção – devem-se prever as condições imprescindíveis à concretização de seu mister, entre as quais a de conferir segurança jurídica e Justiça. Dessa forma, a legislação infraconstitucional agrega-se ao sentido das normas constitucionais, dotando o sistema de instrumentais efetivos e adequados à expansão do fenômeno da constitucionalização. Com

---

<sup>125</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 3. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 80.

<sup>126</sup> Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Mônica Bonetti Couto advertem: “*As ideias defendidas pelos movimentos neoconstitucionalistas têm, evidentemente, um caráter altamente positivo. Conquanto, a rigor, não se possa falar em verdadeira ‘novidade’, são altamente saudáveis formulações dessa ordem, emprestando-se notável prestígio à força normativa da Constituição e aos princípios, sobretudo de índole constitucional*”. (MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; COUTO, Mônica Bonetti. (Neo)constitucionalismo e princípio da proporcionalidade: algumas reflexões de relevo. In: ZOVICO, Marcelo Luis Roland (Org.). **Filosofia do direito: estudos em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho**. São Paulo: Clássica, 2012. p. 276-296. p. 285.).

efeito, o elenco de direitos fundamentais imediatamente aplicáveis constitucionalizou a legislação infraconstitucional e influenciou os diversos ramos do Direito.

Eis, destarte, que da explanação apresentada emergem os pontos fundantes do constitucionalismo contemporâneo ou do *neoconstitucionalismo*: o propósito da abordagem de novos elementos na composição do estudo concomitante do Direito Constitucional e outros ramos do Direito.

Conquanto breve, a exposição a respeito do fenômeno da constitucionalização do Direito – decorrência do neoconstitucionalismo –, cumpre seu propósito de não esgotar o tema, tampouco as discussões tangenciais à referida doutrina e teoria. Antes de se constituir inovação, tornaram-se mais evidentes no ordenamento jurídico brasileiro após o advento da Constituição Federal de 1988, em cuja essência se refere a valores e princípios – amostras de sua contemporaneidade –, sem negligenciar o fato de que, no plano da legislação infraconstitucional, posto que paulatinas, as alterações abrigam em seu cerne a preocupação responsável de sua afinidade com o texto constitucional e conferem autonomia ao administrador e julgador no exercício interpretativo.

Ainda concernente à constitucionalização do Direito, destina-se o próximo tópico à perspectiva da constitucionalização do processo, com aportes tangenciais ao tema, como a produção da prova ilícita no processo civil, a (in)aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, os valores e princípios na conformação do sistema jurídico e um leitura constitucional do Direito, mormente do Direito Processual Civil – tudo à luz da proposição que prioriza a supremacia da Constituição.

### **1.1.5 A constitucionalização do processo**

A evolução do constitucionalismo robustece o sentido e o curso das transformações sociais, exercendo uma influência decisiva, uma vez que altera o âmago dos ordenamentos jurídicos e conclama a instauração e o desenvolvimento de novos instrumentais que visam conformar as demandas que surgem no decorrer desse processo paulatino e incessante de mudanças, entre as quais se podem enumerar: a formação do Estado e a constituição do poder político, aprimoramento das formas e sistemas de governo, imposição de limites aos poderes estatais, reconhecimento de direitos e garantias fundamentais e jurisdição constitucional.<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> José Carlos Barbosa Moreira expressa: “O processo, e o direito, e a própria vida não se constroem à força de opções sempre radicais, e menos ainda de golpes espetaculares, senão com a paciência de combinar elementos heterogêneos e tentar costurá-los, sem grande alarde, sem demasiada ambição, num conjunto quanto possível

Essa evolução que deságua na contemporaneidade e que exige uma reestruturação do sistema jurídico e do estudo da dogmática jurídica, para que passe a atender as novas demandas sociais, prescinde de observar e compreender o papel do Direito Constitucional, sob a perspectiva e revisão das teorias das fontes, normas e interpretação.

Ao contemplar as premissas da essencialidade da Constituição e sua relevância para o sistema jurídico, reconhecem-se as diretrizes que orientarão o desenvolvimento do estudo da prova ilícita no processo civil, porquanto prescinde de considerações tangenciais à constitucionalização do processo.

O contexto concernente à constitucionalização do processo civil possui assentamento remoto. Abordando o tema e sustentando-se em Joan Picó I Junoy, Maria Elizabeth de Castro Lopes científica que, depois da Segunda Guerra Mundial e das experiências dos regimes totalitários, emergiu um crescente fenômeno de constitucionalização dos direitos fundamentais da Pessoa, em cujo imo se reconhecem as garantias inerentes ao processo judicial.<sup>128</sup>

Constata-se que a constitucionalização do processo se faz transparecer após a Segunda Guerra Mundial, precisamente na segunda metade do Século XX. Segundo a preciosa lição de Calmon de Passos, apresentou-se como decorrência necessária dos ganhos democráticos obtidos, em termos de cidadania e da nova dimensão atribuída à noção de devido processo legal.<sup>129</sup>

Desse modo, o fenômeno da constitucionalização do processo espalhou-se nos ordenamentos jurídicos. As Constituições que adquiriram o perfil da contemporaneidade aninham e regulamentam diretamente os principais institutos do sistema jurídico e, conseqüentemente, influenciam a leitura constitucional dos diversos ramos do Direito. Comunga essa postura Hermes Zaneti Júnior, que declara: “o direito constitucional constitui *a matriz na qual os diversos ramos do direito buscam a orientação e a fonte que serão especificadas nas normas ordinárias* (sentido material)”.<sup>130</sup>

Em decorrência dessas razões, imperioso rememorar que os movimentos sociais das décadas anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988 – produto de um processo de transição democrática porque passou o Estado brasileiro – deram ensejo a que se

---

*harmonioso.*” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 20, v. 79, p. 142-153, jul./set. 1995. p. 153.).

<sup>128</sup> LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 69-70.

<sup>129</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 26, v. 102, p. 56-67, abr./jun. 2001. p. 59.

<sup>130</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007. p. 4. (grifo do autor).

instalassem as experiências advindas de mudanças históricas há pouco relatadas, e instaram a se munir de instrumentais para coibir práticas abusivas em relação aos direitos individuais e coletivos destinados à efetivação do constitucionalismo moderno.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 é a configuração mais avançada do ideal perseguido durante um período de relevantes lutas e conquistas, posto que, em textos constitucionais precedentes, houvesse o reconhecimento da importância da força normativa da Constituição. Posicionar-se no centro do sistema e reconhecer extenso rol de direitos e garantias fundamentais intrínsecos à realização dos objetivos do Artigo 3º do texto supremo, constituiu-se, pois, no ponto central da nova dogmática, premissa da leitura do Direito, mormente do processo civil.<sup>131</sup>

Ao tratar do tema, Hermes Zaneti Júnior assegura:

[...] a Constituição deve ser entendida como um direito superior, vinculativo inclusive para o legislador. Mas não só, o seu mais importante aspecto está na presença simultânea de regras, princípios, direitos fundamentais e justiça como elementos mínimos, agregados pela exigência extra de adequação e razoabilidade entre o caso concreto e a lei; em certa medida, é um retorno aos juízos de equidade. Esse direito constitucional é o núcleo e o conteúdo da Constituição, o que garante a sua dinâmica e a sua estabilidade; em uma palavra, a *unidade da Constituição no Estado Democrático e Pluralista*.<sup>132</sup>

Verifica-se que as marcas indeléveis das experiências históricas interferiram, inclusive, no estudo do processo que passou a exigir a observância dos princípios e valores constitucionais e dos direitos fundamentais, sob a perspectiva da Constituição e consectários – ação, jurisdição e processo –, uma vez que os códigos e as leis atinentes à regulamentação do processo civil devem conter preceitos que regulamentem a garantia de justiça prevista no texto constitucional.<sup>133</sup>

Relativamente ao aspecto, José Joaquim Calmon de Passos afirma que

<sup>131</sup> José Carlos Barbosa Moreira reforça a ideia expondo: “[...] *lancemos os olhos à paisagem do moderno direito processual civil brasileiro. A Constituição de 1988, [...], marcou nesse campo inflexão relevante. Com efeito, nenhuma de nossas anteriores cartas políticas havia mostrado igual preocupação com as garantias das partes: se a elas se referiam, era em regra com alcance restrito ao território do processo penal.*” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 20, v. 79, p. 142-153, jul./set. 1995. P. 144.)

<sup>132</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007. p. 4. (grifo do autor).

<sup>133</sup> Eduardo Couture assevera: “[...] *el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementarias son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución.*”. (COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 19.).

[...] esta ótica constitucional do processo foi que fundamentou o passo adiante, dado nas últimas décadas, no sentido de se considerar como indissociáveis não só o enunciar o direito, como também o organizar democraticamente as funções vinculadas a sua produção e aplicação.<sup>134</sup>

Interessa acrescentar que os reflexos da constitucionalização do processo são uma constante nas obras dos processualistas tanto do passado quanto do presente<sup>135</sup>, quando sustentam a íntima relação entre processo e Constituição.

Pode-se notar a manifestação doutrinária da adoção dessa tendência nas obras de Ada Pellegrini Grinover *Garantia Constitucional do direito de ação* de (1973) e *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*, de 1975:

Acentua-se a ligação entre Constituição e processo civil, no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é este o caminho, ensina Leberman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.<sup>136</sup>

O eco da influência pretérita inspirou o legislador constitucional a enumerar, no corpo do texto da Constituição Federal de 1988, um rol de direitos fundamentais com vistas à regulamentação dos diversos ramos do direito, sem que omitisse ou se descuidasse do específico campo do processo. A respeito, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci também asseguram:

Com efeito, lei suprema que é a Constituição Federal, situada no ponto culminante da hierarquia das fontes de direito, e contendo os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária, em seus textos repousam numerosos dispositivos e institutos de direito processual.<sup>137</sup>

<sup>134</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 26, v. 102, p. 56-67, abr./jun. 2001. p. 59.

<sup>135</sup> Destacam-se: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 83-84; MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 20-22; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1. v, p. 21-39. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 84-87. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. I. v, p. 193-203; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 17-66; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 37-44.

<sup>136</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 13; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975; p. 4.

<sup>137</sup> TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 1.



Sem desmerecer quanto precedentemente desenvolvida pela dogmática jurídica, a nova diretriz conferiu unidade ao sistema jurídico e abriu “margem para a reformulação do paradigma tradicional do direito processual, em favor de um modelo dialógico-participativo, em que o processo figura como espaço público para o debate democrático e a sedimentação de consensos de valores”.<sup>138</sup>

Ademais, Ricardo Maurício Freire Soares prossegue o raciocínio, elucidando:

O processo converte-se, assim, na instituição jurídica do exercício dos direitos fundamentais do contraditório, isonomia, ampla defesa na construção da estrutura (espaço-tempo) do procedimento, pressupondo uma consciência participativa em que o povo total da sociedade política é a causalidade deliberativa ou justificativa das regras de criação, alteração e aplicação de direitos.<sup>139</sup>

A preocupação da constitucionalização do direito processual civil visa orientar a interpretação e aplicação do direito processual civil com vistas à efetivação dos direitos fundamentais processuais previstos na Constituição, notadamente da concretização do direito de ação em busca de um processo justo, pautado na implicação prática do direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.<sup>140</sup>

De fato, todo o arcabouço teórico do neoconstitucionalismo que imprimiu transformações graves a esta fase do pensamento jurídico constitui fenômeno que favoreceu a constitucionalização do Direito, tornando-se aplicável ao estudo do processo, o que ensejou a leitura das principais categorias teóricas processuais à luz do neoconstitucionalismo.

A influência do neoconstitucionalismo no âmbito do direito processual fez emergir entre os processualistas a afirmação da existência de um neoprocessualismo ou constitucionalização do processo – o estudo do processo sob o enfoque das premissas do neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, “o *neoprocessualismo* procura construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional”<sup>141</sup>,

---

<sup>138</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 27.

<sup>139</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 28.

<sup>140</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 15.

<sup>141</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 116.

condições essenciais para combater o excesso de formalismo<sup>142</sup> e realizar a concretização dos comandos constitucionais, como antes mencionado.

Oportuno considerar, nesse contexto, a concepção dos processualistas que, partindo das mesmas bases doutrinárias e teóricas, designam formalismo-valorativo ao fenômeno da constitucionalização do processo.

Conquanto se aproprie o formalismo-valorativo de premissas idênticas às do neoprocessualismo, a ele acrescenta a Ética e a boa-fé processual. Corroborando o posicionamento Daniel Francisco Mitidiero:

O formalismo-valorativo no Brasil desembarca com a Constituição de 1988. É nela que devemos buscar as bases de um processo cooperativo, com preocupações éticas e sociais. Superado aquele estágio anterior de exacerbação técnica, de vida breve entre nós, recobra-se a consciência de que o processo está aí para concretização de valores, não sendo estranho à função do juiz a consecução do justo, tanto que se passa a vislumbrar, no processo, o escopo de realizar a justiça no caso concreto [...]. Mais: a tomada de consciência de que a força normativa da Constituição deve alcançar todo o direito processual civil, não sendo esse outra coisa que não o próprio direito constitucional aplicado, fez acentuar os poderes do juiz no processo, armando-o de técnicas capazes de proporcionar ao jurisdicionado o efetivo acesso à ordem jurídica justa, sem que, no entanto, essa incrementação de poderes redunde em arbítrio, porque esse deve agir lealmente no processo, observando e fazendo observar a garantia do contraditório [...].<sup>143</sup>

Por conseguinte, deduz-se que o estudo da relação processo-constituição converge aos propósitos do Estado Democrático de Direito, uma vez que dota o processo das transformações havidas na ciência do direito e do direito constitucional. Imprime-se, pois, uma visão axiológica e consideram-se os valores capazes de efetivar os direitos fundamentais processuais previstos na Constituição, sobremaneira do direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

---

<sup>142</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira aponta que formalismo não se identifica com forma, para tanto, ressalta: *“O formalismo, ou a forma em sentido amplo [...] mostra-se mais abrangente e mesmo indispensável, a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo procedimento.”* (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 6-7). (grifo do autor).

<sup>143</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38-39.

Nesse contexto, disseminar o viés constitucional contemporâneo aos demais ramos do Direito, de modo particular ao processo, constitui a proposta de Hermes Zaneti Junior que se requer seja reconhecida:

[...] a necessária aproximação entre direito processual e direito material, dentro da moldura constitucional; a *judicial review*; a criação da norma pela jurisprudência (*judge-made-law*); a superação dos paradigmas de processo civil ‘moderno’, de um *processo técnico, individual e privado* para um processo compreendido como *fenômeno de poder, social e coletivo*; a consequente *valorização das tutelas diferenciadas*; a necessidade de abertura para a *adequação do processo em seu curso*; a efetividade como corolário do acesso à justiça; e o devido processo legal substancial como forma de controle do ‘correto’ *exercício do ‘poder’ de julgar* (razoabilidade e proporcionalidade nas decisões judiciais).<sup>144</sup>

Louváveis são as pretensões de alteração da sistemática de outrora, por tradicionais, uma vez que, ao superar as premissas anteriores, corrige as distorções existentes no antigo modelo, reforçando o cunho moderno ao processo civil, afinando-o à concepção contemporânea de processo civil constitucionalizado, o que “veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social”.<sup>145</sup>

O movimento da constitucionalização do Direito Processual Civil não se encerrou. Trata-se de tendência que se apresenta como centro dos debates atuais, caso do Projeto de Lei nº 8.046/2010, cujo propósito é alterar o Código de Processo Civil vigente, amparando-o nas premissas do fenômeno da constitucionalização do processo civil.<sup>146</sup>

<sup>144</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007. p. 6. (grifo do autor).

<sup>145</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, v. 113, p. 9-21, jan./fev. 2004. p. 18.

<sup>146</sup> O texto do Projeto de Lei 8.046/2010 em trâmite na Câmara dos Deputados é o substitutivo do Projeto de Lei 166/2010 – anteprojeto do Código de Processo Civil apresentado ao Presidente do Senado Federal, José Sarney, em 8.6.2010 pelo presidente da comissão de juristas, Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça (atual Ministro do Supremo Tribunal Federal), tendo sido aprovado em 15.12.2010 e após remetido a Câmara dos Deputados que o recebeu em 22.12.2010 – a exposição de motivos do anteprojeto traz em seu cerne as diretrizes desse fenômeno da constitucionalização do processo e a preocupação da contemporaneidade: “*Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. [...] um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas. [...] Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais. [...] A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. [...] Trata-se de uma forma de*

Com efeito, os contornos da atual dimensão do processo civil constitucional exigem a releitura dos institutos fundamentais do processo: jurisdição, ação/exceção e processo. Implicam, pois, a redefinição das categorias processuais à luz das premissas do constitucionalismo contemporâneo, ou seja, a observação dos valores e princípios constitucionais.

Relativamente à adoção da nova postura, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira assevera

[...] o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.<sup>147</sup>

Conferir efetividade aos direitos e realizar o valor justiça previstos na Constituição Federal de 1988 constitui a função precípua da moderna doutrina da constitucionalização do processo na edificação do Estado Democrático de Direito, para cujo cumprimento e completude “é preciso desmentir a dimensão técnica, socialmente neutra, cega à vida que permeou a interpretação e aplicação do direito”.<sup>148</sup>

Abordando o tema da atual dimensão do processo civil, Ricardo Maurício Freire Soares comenta:

Gradativamente, no entanto, a modernidade jurídica começou a ser solapada pelo advento de novos fatos e valores sociais, exigindo o redimensionamento da finalidade do processo jurisdicional, a fim de configurar-se como instrumento ético-político capaz de materializar os direitos fundamentais da sociedade civil. Tais exigências oportunizam a emergência de uma teoria dos princípios constitucionais aplicados às relações processuais, cuja multifuncionalidade e eficácia vertical-horizontal permitiram tornar o processo um espaço público vocacionado para a emancipação do ser humano e, portanto, mais adequado para a concretização dos direitos fundamentais.<sup>149</sup>

Ao considerar as circunstâncias antes relatadas, verifica-se que o processo assumiu a categoria de direito fundamental. Posto que a orientação precedesse a Constituição Federal de

---

*tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material [...].”* (Disponível em: [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)).

<sup>147</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, v. 113, p. 9-21, jan./fev. 2004. p. 10.

<sup>148</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007. p. 9.

<sup>149</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 26.

1988, quando se promulgou o documento, seu reconhecimento tornou-se a pedra de toque da concretização dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, entre os quais a dignidade da pessoa humana; o pluralismo político na concepção das ideias; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Enfim, a nova fase metodológica da ciência jurídica transformou a ciência do processo de tal modo, que conferiu ao direito processual a visão constitucionalizada. Notam-se as implicações práticas da penetração constitucional no processo a partir do reconhecimento e da incorporação das transformações no ordenamento. Com efeito, reconheceu-se a força normativa da Constituição e a relevância de se adotar uma nova forma de interpretar os dispositivos infraconstitucionais sob o enfoque que priorize a convergência dos valores constitucionais e da efetividade das diretrizes processuais fundamentais previstas no texto da Constituição.

Ademais, o aprimoramento e expansão da jurisdição constitucional constitui outra decorrência das transformações operadas durante a nova fase metodológica da ciência do processo “da qual decorre a necessidade de revisão do princípio da separação dos poderes, a compreensão das repercussões do princípio da supremacia da Constituição e, ainda, o alcance do direito fundamental à tutela jurisdicional”.<sup>150</sup>

No que concerne à hermenêutica jurídica, a atuação judicial adquiriu novos contornos e assumiu um caráter mais ativo, tornando-se essencial à concretização do Direito. De fato, o sistema de princípios e regras concebido pelo ordenamento jurídico constitucional integra a orientação interpretativa dos dispositivos normativos, de modo que a proporcionalidade, razoabilidade, cláusulas gerais etc. tornaram-se mecanismos de concretização do direito.

Por fim, a teoria dos direitos fundamentais inerentes à composição do novo cenário delineou o conteúdo mínimo que deve pertencer ao Direito, restando primordial à preservação da Ética no que respeita à preservação dos direitos fundamentais. Devem, pois, ser preservados contra qualquer atuação que os abrande, simplificando, ou omita.

Há de se convir que, no contexto da teoria dos direitos fundamentais, todas as garantias processuais revestem-se de direitos fundamentais, inclusive a disposição que trata da prova ilícita, de modo que “a perspectiva constitucional dos direitos fundamentais garante o

---

<sup>150</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 172.

*direito ao 'justo' processo*, isto é, não mais um processo apenas estruturado formalmente (estático), mas entendido como *garantia mínima de meios e resultados*".<sup>151</sup>

Ao conjugar os elementos da Constituição Federal de 1988 – valores e princípios – frente às normas de direito material e processual, confere-se efetividade à tutela jurisdicional e dessacraliza o formalismo do processo civil, o que constitui obstáculo ao exercício e concretização dos direitos.<sup>152</sup> Trata-se de torná-lo apto ao enfrentamento dos novos desafios do processo civil: a observação da instrumentalidade, da garantia à tutela jurisdicional justa, efetiva e tempestiva, a participação das partes no processo, a iniciativa do julgador na instrução e condução do processo, a adoção de métodos voltados à interpretação que confira efetividade aos direitos fundamentais, mediante as técnicas de ponderação e do princípio da proporcionalidade.

Eis, destarte, a marca do novo processo civil e a categoria teórica que orienta este trabalho, notadamente das questões inerentes aos institutos de direito processual civil, do direito processual constitucional, da tutela constitucional do processo, de seus princípios constitucionais, do devido processo legal, ademais embasando todas elas o teor dos itens que seguem.

## 1.2 Direito processual constitucional

O arcabouço das considerações tecidas anteriormente trouxe à baila aspectos tangenciais à evolução verificada desde o constitucionalismo antigo ao constitucionalismo contemporâneo – também denominado *neoconstitucionalismo* – que se transformou no combustível da constitucionalização do Direito, sob a maneira da aclamada constitucionalização do processo – neoprocessualismo ou formalismo valorativo, que conferiu ao processo civil uma moderna concepção afinada aos ditames dos valores e princípios constitucionais.

Ao longo de seu desenvolvimento na História, a análise do Direito Processual Civil apresenta um quadro teórico bastante diverso do contemplado pela concepção contemporânea.

De início, esse ramo do Direito subordinava-se ao direito privado – não possuía autonomia científica. Seguramente Oskar von Bülow foi o principal responsável pela afirmação de que o processo configura uma relação jurídica de direito público que envolve as partes e o

<sup>151</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 218.

<sup>152</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 115-116.

juiz.<sup>153</sup> Trata-se de uma distinta defesa em favor de uma relação jurídica processual apartada do direito privado, o que implicou alterações profundas nos paradigmas reinantes e conferiu ao direito processual o viés publicista e a afirmação de ciência autônoma.

Sucedendo às fases do sincretismo e do processualismo, inaugura-se o instrumentalismo. Ao se ancorar nas premissas estabelecidas pelo processualismo – que distingue direito material e direito processual –, inovou por considerar a relação de interdependência entre direito processual e material, porquanto o processo é o instrumento técnico apto a efetivar o direito material. Observa-se que, sem negar o desenvolvimento da fase anterior, gera preocupações outras, que se incorporam ao avanço da ciência processual.

As conquistas obtidas pela ciência do processo não cessam por aí: implicam o despontar de uma fase diversa, hábil para encarar o repto de novos desafios e de, eficientemente, sobrepuja-los. Sob a égide das inovações verificadas na teoria do Direito e no Direito Constitucional, que lhes imprimiram renovada perspectiva, o neoprocessualismo se propôs a reconstruir a ciência do processo.

O reposicionamento do direito processual no âmbito do direito público solidifica a experiência do direito processual constitucional<sup>154</sup>, uma vez que o direito processual – singularmente o direito processual civil –, extrai do texto da Constituição as bases de seus institutos e princípios.

Tendo em vista que a concepção contemporânea de processo civil considera a relação processo *versus* Constituição, verifica-se uma sistemática inédita, de cujo cerne emerge a questão do emprego de duas expressões: direito processual constitucional e direito constitucional processual.

Acompanhando o passo da conjuntura que se instalou, Antônio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco asseguram:

A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de direito processual constitucional. Não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas de uma colocação científica, de um ponto-de-vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup>BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y lospresupuestosprocesales**. Buenos Aires: Europa-América, 1964. p. 1.

<sup>154</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 25.

<sup>155</sup>CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 85.

Ainda concernente à abordagem anterior acerca do tema, Cândido Rangel Dinamarco<sup>156</sup> expõe que o direito processual constitucional refere-se “ao estudo da ordem processual a partir dos princípios, garantias e disposições de diversas naturezas que sobre ela projeta a Constituição”. Para o autor, portanto, no direito processual constitucional circunscrevem-se “as recíprocas influências existentes entre a Constituição e a ordem processual”.

Nelson Nery Junior ancora-se em bases diversas das anteriormente apresentadas, ao asseverar que

[...] existe um direito constitucional processual, para significar o conjunto das normas de direito processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional. Não se trata, portanto, de ramos novos do direito processual.<sup>157</sup>

Observa-se que alguns autores não guardam uniformidade no emprego das expressões direito processual constitucional e direito constitucional processual. Relativamente à ausência de consenso entre os que tratam do assunto, Antônio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco asseguram que o direito processual constitucional propõe o estudo de duas vertentes: a primeira refere-se à tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo, ao passo que a segunda respeita à jurisdição constitucional. De seu lado, Nelson Nery Junior explica que o direito processual constitucional abrange o estudo dos princípios que regulam a jurisdição constitucional; e o direito constitucional processual, o estudo das normas processuais previstas na essência da Constituição Federal.

Recorre-se à apresentação dos pontos de vistas divergentes porque se faz relevante ao debate e contribui para o aprimoramento das diversas perspectivas teóricas desenvolvidas na evolução do processo.

Malgrado as condições expostas, o posicionamento teórico que pautará a abordagem da pesquisa é o que assegura a existência de um direito processual constitucional que pressupõe o estudo de duas vertentes, a saber: a tutela constitucional do processo e a

---

<sup>156</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. I. v. p. 55.

<sup>157</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 41.



jurisdição constitucional. Por imprescindíveis, procede mencionar os pormenores apontados por Candido Rangel Dinamarco:

O direito processual constitucional exterioriza-se mediante (a) *tutela constitucional do processo*, que é o conjunto de princípios e garantias vindos da Constituição Federal (garantias de tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório, do juiz natural, exigência de motivação dos atos judiciais [...]; e (b) a chamada *jurisdição constitucional das liberdades*, composta pelo arsenal de meios predispostos pela Constituição para maior efetividade do processo e dos direitos individuais e grupais [...].<sup>158</sup>

Em decorrência da inegável relação Constituição *versus* processo civil, de acordo com os termos antes propostos, em que se assegura a existência de um direito processual constitucional, observa-se que o processo tem suas linhas mestras previstas pelo direito constitucional<sup>159</sup>, o que justifica o seu atributo de instrumento de realização do valor justiça na concretização do direito de ação, em busca de um processo justo que favoreça o acesso à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Eis, destarte, justificado o perpassar de olhos imprescindível à compreensão da nova concepção do direito processual civil na análise de seus institutos fundamentais, mormente da prova ilícita. Por isso se considerou a investigação dos pormenores que cercam o direito processual constitucional, notadamente da tutela constitucional do processo – o ponto de partida a se desenvolver neste estudo.

### 1.2.1 Tutela constitucional do processo

Demonstrou-se que, na contemporaneidade, a relação processo *versus* Constituição é indissociável, uma vez que o texto constitucional fornece a pauta de valores que deverá orientar o ordenamento jurídico na concretização dos direitos fundamentais que reconheceu e das opções políticas que adotou.

Observa-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, tal como preconizado pelo Parágrafo 1º, Artigo 5º do texto constitucional.

<sup>158</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. I. v. p. 55-56.

<sup>159</sup> Nesse sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira expressa: “*Daí a ideia, substancialmente correta, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e pacificação social.*”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 75.).

Além disso, a edição das normas infraconstitucionais, de cunho material e processual, ensejam uma ação legislativa destinada à efetivação do preceito constitucional e devem obediência a normas constitucionais, sejam elas regras, sejam princípios, uma vez que se pode questionar sua validade mediante os mecanismos concernentes à jurisdição constitucional, visando resguardar a supremacia do texto da Constituição.

Por conseguinte, o conteúdo de normas infraconstitucionais processuais que se pretendam válidas deverão observar os comandos constitucionais que compõem o conjunto de normas concernentes à tutela constitucional do processo, porquanto são “portadoras de garantias que expressam os princípios fundamentais do sistema (controle jurisdicional, isonomia, juiz natural, contraditório e ampla defesa, devido processo legal etc.)”.<sup>160</sup>

A rigor, trata-se da obediência aos ditames da Constituição que se irradia por todo o ordenamento jurídico, tanto na edição quanto na aplicação da legislação. O processo que observe a diretriz do texto constitucional torna-se instrumento idôneo para alcançar a efetividade das normas.

Nesse contexto, a tutela constitucional do processo contempla a harmonização dos institutos fundamentais do processo aos princípios constitucionais de direito processual previstos na Constituição. De fato, “o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, [...] o *microcosmos democrático* do Estado-de-Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação”.<sup>161</sup>

Conforme mencionado anteriormente, o elenco dos direitos fundamentais previstos na Constituição resultado degradativa transformação porque passou o constitucionalismo nas fases que o marcaram. Enfatiza-se o fato de que a Segunda Guerra Mundial foi a principal responsável pelo reconhecimento de normas cujo conteúdo prevê garantias, entre as quais se inserem as de cunho processual que perseguem o aprimoramento do sistema e objetivam tornar a tutela jurisdicional justa, adequada, efetiva e tempestiva na concretização do Estado Democrático de Direito.

As noções que orientam a dogmática do Direito Processual Civil mostram-se, portanto, pertinentes à concepção contemporânea do Direito que, por sua vez, obriga-se a conferir à sociedade os instrumentais adequados à participação e à reivindicação de seus direitos.

---

<sup>160</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. I. v. p. 73.

<sup>161</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 27.

Verifica-se que a Constituição “aponta vários dispositivos a caracterizar a tutela constitucional da ação e do processo”<sup>162</sup>, de modo que traça as diretrizes do processo justo, equânime e adequado ao maior propósito constitucional – a materialização do valor Justiça.

Em linhas gerais, pretendeu-se aqui abordar sucintamente a tutela constitucional do processo, o que remete à sua teorização mais abrangente<sup>163</sup>, por meio do estudo sistemático dos princípios processuais constitucionais e da compreensão dos institutos basilares do processo, sob a égide da Constituição. Com efeito, o enfoque exhibe-se imprescindível ao desenvolvimento do tema *prova ilícita*, a seguir considerado, brevemente embora, dados os limites objetivos estabelecidos para o presente trabalho.

### 1.2.1.1 Institutos fundamentais do processo: ação, jurisdição e processo

O desdobramento da tutela constitucional do processo pressupõe o domínio sistemático de conceitos e princípios, fatores que são intrínsecos à teoria geral do próprio processo, tornando-se seus pilares na medida em que buscam ancoragem no texto constitucional.

Dessa forma, os conceitos basilares da doutrina do Direito Processual – que se submeteram à releitura em virtude da evolução constitucional e processual já aqui analisada – ganharam o vulto de institutos fundamentais do processo. Ei-los: ação/defesa, jurisdição e processo.

O direito constitucional à ação vem delineado no inciso XXXV do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>164</sup>, de que se depreende que são cabíveis todas as ações passíveis de conferir ao jurisdicionado a tutela jurisdicional justa, adequada, efetiva e tempestiva – fatores imprescindíveis à realização do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>162</sup>CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 86.

<sup>163</sup> As discussões acerca da proeminência de uma teoria geral do processo serão relegadas, dado que não pertinentes aos propósitos deste trabalho. Para tanto, as premissas teóricas respeitantes à teoria geral do processo contidas na exposição de Cândido Rangel Dinamarco atenderão ao arcabouço teórico que se desenvolve. Nesse sentido, observa-se que a teoria geral do processo identifica: “[...] a essência dogmática do direito processual, nos seus **quatro institutos fundamentais** (jurisdição, ação, defesa, processo) [...], determinando as funções que desempenham no sistema [...]. [...] vai também identificando e definindo os grandes **princípios e garantias** que coordenam e tutelam as posições dos sujeitos do processo e o modo de ser dos atos que legitimamente realizam ou podem realizar. Por fim, ela reúne e harmoniza os institutos, os princípios e as garantias, compondo, assim, o **sistema processual**.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 71.). (grifo do autor).

<sup>164</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

No processo civil contemporâneo, o direito de ação<sup>165</sup> evidencia a jurisdição e permite o atuar democrático dos cidadãos por meio dos poderes processuais que lhe são atribuídos.<sup>166</sup>

Não obstante, há que se examinar e ponderar o reverso da medalha, em que tratando do direito de ação. De seu lado, àquele que é demandado igualmente se assegura o direito à ampla defesa, em atendimento ao corolário do contraditório, porquanto, nos termos do inciso LV, Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, prevê-se que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.<sup>167</sup>

Destarte, ação e defesa constituem o verso e o reverso da bilateralidade do direito de ação, para atender aos propósitos da busca de um provimento justo, em observância às formalidades que o estabelecem e às condições materiais que lhe são subjacentes.

Tendo em vista a concepção contemporânea do Direito Processual – cuja leitura se dá sob o prisma da Constituição –, porque sejam reputadas constitucionais, as leis infraconstitucionais que regulam o direito de ação e defesa devem se alinhar à dimensão do direito fundamental concernente às categorias basilares do processo.

Com efeito, releva-se a essencialidade da jurisdição que, em linhas gerais, expressa-se e se corporifica no exercício do Poder Judiciário que atua substituindo o Estado na pacificação social, mediante a aplicação da lei ao caso concreto.

Não há como desperceber a natureza hermética dessa delimitação conceitual de jurisdição que não corresponde ou atende ao conceito contemporâneo do Direito Processual, carecendo acrescentar-lhe as garantias fundamentais ao exercício da função, inclusive utilizando-se dos mecanismos estruturais e orgânicos de que se deve dotar o Poder Judiciário.

Segundo entendem Antônio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a atual concepção e jurisdição mostra-se oportuna, porque, se de um lado assegura a função jurisdicional pacificadora como fator de minimização de conflitos, de outro,

---

<sup>165</sup> Ao termo ação podem ser atribuídos três sentidos: o constitucional, o material e o processual. O sentido constitucional refere-se à possibilidade de provocar a jurisdição, assegurado pelo Artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988; trata-se do direito fundamental de ir a juízo; direito ao processo, direito de inaugurar a relação jurídica processual, direito à prestação jurisdicional do Estado, independentemente de qualquer condição. O sentido material constitui a afirmação inerente ao próprio direito material violado. O sentido processual do termo ação expressa a junção dos dois sentidos anteriores – constitucional e material – ou seja, o exercício do direito constitucional de ir a juízo afirmando a existência do direito material violado. Neste trabalho, particularmente no trecho referenciado, os termos “ação” e “direito de ação” respeitam ao sentido constitucional.

<sup>166</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 138.

<sup>167</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

adverte os encarregados do sistema quanto à necessidade imperiosa de se fazer do processo um *meio efetivo para a realização da justiça*.<sup>168</sup>

A leitura contemporânea permite depreender que não apenas a jurisdição se constitui o mecanismo de atuação concreta da lei, senão também pelo fato de favorecer adequados instrumentais, poderes processuais e estruturas para compor o quadrante constitucional, visando conferir organicidade e efetividade à tutela jurisdicional justa.

No âmbito das considerações acerca dos pilares fundamentais do processo, observa-se que os conceitos encontram-se intrinsecamente coesos – e não menos o de processo, instrumento que deve ser dotado das garantias constitucionais antevistas, de mecanismos idôneos à sua realização efetiva, ademais deve-se estar vocacionado ao propósito constitucional de conferir uma tutela jurisdicional justa, adequada, efetiva e tempestiva.

Considerado o contexto, na época contemporânea o acesso à justiça adquiriu notável destaque, uma vez que conjuga princípios e garantias constitucionais na prestação da tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva, visando conferir às partes a igualdade de condições formais e substanciais à atuação processual. Acrescenta-se que se trata de direito fundamental essencial à perspectiva do processo contemporâneo.<sup>169</sup>

Concernente ao âmbito do acesso à justiça Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco<sup>170</sup> declaram que

[...] uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias.

Eis a razão por que a Constituição Federal de 1988 cuida de garantir o acesso à justiça por meio de um elenco de princípios e garantias, entre os quais destacam-se: o amplo acesso à jurisdição garantido pelo não afastamento do controle jurisdicional e a realização do princípio do devido processo legal, assegurando-se a participação dialógica e democrática das partes e a igualdade de condições na atuação processual com vistas à pacificação social sob o escudo defensivo de justiça efetiva.

<sup>168</sup>CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 43. (grifo do autor).

<sup>169</sup>CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p.12.

<sup>170</sup>CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 33-34. (grifos do autor.)

A leitura contemporânea dos institutos fundamentais do processo comunga os ideais do acesso à justiça, cujas fontes constitucionais – princípios e garantias – devem confluir para a concepção do processo adequado, efetivo e tempestivo.

Essas considerações demonstram que a análise de qualquer instituto do processo deve adotar a premissa da Constituição Federal de 1988 como o seu ponto de partida, nesse contexto ação/defesa, jurisdição, processo e as leis infraconstitucionais que os regulamentem.

### **1.2.1.2 Princípios constitucionais do processo**

As transformações porque passou a marcha evolutiva do constitucionalismo foram decisivas para a composição dos textos constitucionais modernos, e representam o rompimento de dogmas e a adoção de novas ideologias, resultantes das lutas das classes populares, nobres, ou político-econômicas. Os resultados dessas transformações políticas e socioeconômicas ingressaram nas Constituições modernas, o que urgiu a criação de novos paradigmas, visando atender as novas demandas.

Releva-se que, no cenário das modificações a ciência do positivismo jurídico pretendia afirmar-se como ciência neutra, prevalecia a legalidade estrita e era afastado qualquer critério que envolvesse julgamento de valor. Nesse sentido, a atividade do juiz limitava-se à aplicação do direito àquilo que se lhe era submetido, não havendo margem para que se valesse de possíveis valores de cunho político, social ou econômico no exercício de uma atividade interpretativa.<sup>171</sup>

Frente às transformações da sociedade, o movimento não perdurou muito, deu origem a contestações de diversas ordens, entre as quais as filosóficas, políticas e sociais, e sucumbiu ante o edifício de valores consagrados após a Segunda Guerra Mundial.

Como decorrência desses fatores, a concepção moderna de Constituição adquiriu posição antes não ocupada e favoreceu o exercício da atividade interpretativa do sistema, ancorada, então, nos valores fundamentais das Constituições.

Há pouco anteriormente, dedicou-se item próprio à análise da concepção moderna de Constituição e do desenvolvimento da doutrina do neoconstitucionalismo – ou neoprocessualismo, ou ainda constitucionalização do direito e do processo –, uma vez que aí se provê do fermento da interpretação que considera o texto da Constituição o seu alicerce.

---

<sup>171</sup> PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Verginia K. Pupi. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 32-33.

A Constituição Federal de 1988 não foge a essas origens e representa o resultado das expectativas ideológico-sociais de um momento político delicado que culminou na transição democrática brasileira e no reconhecimento de valores e princípios.

Forçoso reconhecer que a metodologia de interpretação dos princípios é tarefa árdua: exige um exercício sistemático que admite vários desdobramentos doutrinários, entre os quais importa citar as posturas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Humberto Ávila, sem desmerecer muitos outros.

Impõe-se, com a orientação, que a atividade interpretativa da lei fundamental se realize constantemente, possibilitando a análise das normas constitucionais, em que se reconheçam os princípios e as regras nelas expostas.

Em se tratando da temática “princípios”, uma anotação se faz pertinaz ao contexto: não há uniformidade quanto à adoção de seu conceito, e nem mesmo dos critérios de que se utiliza para justificar as teorias que envolvem a sua aplicação mediante a atividade interpretativa.<sup>172</sup> As discussões relativas às doutrinas desenvolvidas ao redor da temática não serão objeto deste tópico.

No presente passo do estudo, os princípios constitucionais do processo circunscreverão a análise dos preceitos constitucionais que englobam e sistematizam tanto os mais elementares quanto os mais relevantes *direitos fundamentais* a serem observados na realização e no desenrolar de todo e qualquer processo – judicial ou administrativo – no âmbito da Constituição Federal de 1988<sup>173</sup>, conforme preconiza Nelson Nery Junior em sua obra intitulada “Princípios do Processo na Constituição Federal”, o que tornará mais didática a proposta das exposições.

É recorrente a utilização dos princípios constitucionais processuais na análise dos institutos fundamentais do processo, conquanto a ação/defesa, jurisdição e processo devam guardar coerência com os preceitos preconizados pelo texto constitucional. Trata-se da releitura do sistema, proposta após adotarem-se as Constituições modernas nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

O tratamento à sistemática impõe ao operador do direito que o exercício interpretativo seja constante e obrigatório, dado que aspira à realização dos valores justiça e segurança jurídica, ideais cuja ausência compromete os fins a que se propõe.

---

<sup>172</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição**: processo civil, penal e administrativo.9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 34-35.

<sup>173</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição**: processo civil, penal e administrativo.9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 35.

Nesse sentido, o edifício teórico dos princípios constitucionais do processo transformaram-se em um conjunto de direitos e garantias fundamentais, conforme pondera Fredie Didier Junior, ao asseverar que os princípios constitucionais processuais são encarados como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais.<sup>174</sup>

A essencialidade dos princípios constitucionais do processo mostra-se nítida e relevante aos propósitos sociopolíticos do processo e relaciona-se diretamente com a Ética e a Moral, o que confere legitimidade ao processo como eficaz instrumento de solução de conflitos.<sup>175</sup>

O elenco das considerações tecidas acerca do interesse pelo estudo dos princípios constitui ponto fundamental à compreensão das técnicas e dos instrumentais predispostos pela doutrina do direito processual, uma vez que compõem a pauta de valores que deverá orientar o ordenamento jurídico.

Os princípios processuais constitucionais conceberam o devido processo legal que desponta na posição de *princípio dos princípios*, do qual todos os demais emanam. Trata-se de princípio pertinaz ao estudo da dogmática jurídica que possibilita a observância de procedimentos e técnicas que instem sua aplicação efetiva, justa e adequada, particularmente no que respeita à produção da prova. A essencialidade conferida ao devido processo legal exige que se tracem algumas considerações, o que se passa a fazer.

### 1.2.2 Devido processo legal

Reitere-se que, no contexto do direito processual constitucional, o devido processo legal é o nascedouro de cuja essencialidade defluem todos os outros princípios constitucionais concernentes ao processo. Corroborando-se o fato de que o devido processo legal consta expressamente do inciso LIV do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988.<sup>176</sup> No entanto, na Constituição anterior (EC nº 1/69), já se previa essa disposição, conforme Artigo 153, § 4º: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.<sup>177</sup>

<sup>174</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2006. I. v. p. 32.

<sup>175</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 56.

<sup>176</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 77. No mesmo sentido: PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 145-147.

<sup>177</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).



Registra-se que a consagração do devido processo legal adveio por ocasião da assinatura da Magna Carta de 1215<sup>178</sup>, de que se destaca o Artigo 39, cujo teor assegura que: “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (*disseisatur*), banido (*utlagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”.<sup>179</sup>

O teor da cláusula conferia ao homem livre a proteção de direitos inerentes à vida, à liberdade e à propriedade, de tal forma que, para restringi-los, era imprescindível observar as formalidades do devido processo legal.<sup>180</sup>

Importa registrar que, ao longo de sua evolução, perpassou variações conceituais. A princípio, encontrava-se vinculado à ideia de garantia processual, de observância a um procedimento adequado, previamente estabelecido e justo. No entanto, a função substancial também foi reconhecida num segundo momento, dado que se tornou mecanismo de controle do mérito das decisões dos poderes públicos, para, enfim, alçar-se a direito fundamental.

Constata-se, pois, que o período evolutivo-histórico de que se originou instituto do devido processo legal não possibilitou a elaboração de um conceito preciso no que se refere a seu conteúdo e resultou delimitado quanto à sua extensão. Relativamente ao caráter diverso de sua concepção, Ada Pellegrini Grinover elucida que “o conceito de *due process* devia obrigatoriamente variar, de acordo com a evolução da consciência comum”.<sup>181</sup>

Por outro lado, facilita-se o propósito de identificar um possível conteúdo ao devido processo legal pela observação de suas vertentes substancial e formal.

A primeiratureza do devido processo legal coincidia com sua concepção formal da garantia de observância a um processo previamente estabelecido.<sup>182</sup>

De seu lado, a vertente formal visava garantir a observância a regras, no intuito de resguardar um processo penal previamente ordenado, equilibrado e justo, atribuindo às partes igualdade de condições para agir e defender-se durante a tramitação do processo, utilizando-se

<sup>178</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 71.

<sup>179</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 85. (grifo do autor).

<sup>180</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 7.

<sup>181</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 32-33. (grifo da autora).

<sup>182</sup> Carlos Roberto Siqueira Castro assevera que: “Foi com essa índole essencialmente processualista que a garantia do devido processo legal vigorou na velha Inglaterra, por imposição da Magna Carta, e daí ingressou nas Cartas coloniais da América do Norte e, depois, na 5ª e 14ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos.” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 26.). (grifo do autor).

da concessão de instrumentos, meios e oportunidades equivalentes e capazes de influenciar o resultado de um processo que almeja realizar a justiça.

Destinava-se, pois, a garantir não apenas a defesa técnica fundada na preservação dos direitos fundamentais, senão também assegurava a imparcialidade do juiz, o respeito ao procedimento e proteção do processo – instrumento de realização da justiça. Por fim, visava preservar o justo equilíbrio entre a liberdade do indivíduo e a atuação do Estado.

Eminentemente coesa ao processo penal, a garantia do devido processo legal ganhou notoriedade em outros ramos do Direito, sobretudo no Direito Processual Civil impregnado da perspectiva constitucional, em que o processo se efetiva pela observância aos princípios constitucionais da ação e do contraditório equos, visando à realização da justiça e dos direitos fundamentais da Pessoa.<sup>183</sup>

Nesse contexto, o devido processo legal passou a vigor e regular as relações processuais civis, tornando-se aplicável aos princípios constitucionais do acesso à justiça que permitem agir e defender-se de modo pleno, mediante a observação da igualdade das partes, do direito de ação e de defesa, do contraditório, da assistência judiciária, do duplo grau de jurisdição, da publicidade, da possibilidade de, no resultado do processo, a parte influenciar em igualdade de condições e participar de maneira semelhante à parte contrária.<sup>184</sup>

A transição da cláusula do devido processo legal formal para a fase substancial ocorreu no contexto do Estado Liberal em decorrência da necessidade de dotar o sistema de mecanismos de controle dos atos estatais, como vem reafirmado em doutrina de Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>185</sup>: “a garantia do *devido processo legal* assume uma nítida postura ‘substantiva’ e limitadora do mérito das ações estatais, tornando-se o paladino dos ideais privatistas na luta contra o avanço avassalador do Estado, que teve lugar a partir do 1º pós-guerra”.

Ainda recorrendo a enunciado de Carlos Roberto Siqueira Castro, verifica-se que a vertente substancial tornou-se “num amálgama entre o princípio da ‘legalidade’ (*rule of law*) e o da ‘razoabilidade’ (*rule of reasonableness*) para o controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais”.<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 40.

<sup>184</sup> Nesse sentido: SILVA, Nelson Finotti. **Paridade de armas**. Disponível em: <[http://www.manualdeprocessocivil.com.br/arquivos/artigo\\_nelson2.pdf](http://www.manualdeprocessocivil.com.br/arquivos/artigo_nelson2.pdf)>. Acesso em: 08 nov. 2012. p. 8-12.

<sup>185</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 47. (grifo do autor).

<sup>186</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 61. (grifo do autor).

O que se dispôs a respeito do devido processo legal deixa de ser uma mera cláusula assecuratória do aspecto procedimental paratutelar um extenso rol de direitos fundamentais.

A propósito, Ada Pellegrini Grinover assegura:

Malgrado o nítido sentido processual que à cláusula se imprimira, em sua tradição histórica, foi-se impondo um conceito substantivo de *dueprocessoflaw*, emergente do amplo significado por ela subsumido, quando foi reconduzida a um critério de *reasonableness*.<sup>187</sup>

Trata-se de um limite a ser observado pelos poderes públicos na formulação das leis e das decisões estatais, o que fortifica a autorização do controle da razoabilidade e da justiça de leis e decisões estatais por meio do controle de constitucionalidade e proporcionalidade quando ofensivas às vigas mestras do sistema constitucional. Inclusive o Poder Judiciário encontra-se igualmente limitado, porque deverá exercer seu múnus uma vez observadas as garantias constitucionais decorrentes da cláusula do devido processo legal, mormente dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 deixa transparecer em seu âmago a ampliação do conteúdo consequente dessa transformação, porquanto imprimiu ao processo o caráter de mecanismo de tutela dos direitos e garantias fundamentais.

A cláusula do devido processo legal substancial tornou-se essencialidade na configuração dessa nova sistemática. Corroborar a perspectiva Ricardo Maurício Freire Soares<sup>188</sup>, ao declarar que

(...) figurando o devido processo legal substancial como a via de concretização dos valores e finalidades maiores do sistema jurídico, oferecendo condições de possibilidade de um consenso racional dos sujeitos processuais sobre as opções hermenêuticas mais justas. Representa, assim, uma exigência de legitimidade do direito processual, pressupondo que o poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais.

Intimamente relacionado ao controle de razoabilidade<sup>189</sup>, o devido processo legal substancial destina-se a orientar a interpretação das normas e sua aplicação ao caso concreto, notadamente quando se referir a direitos e garantias fundamentais do processo.

<sup>187</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 35. (grifos da autora).

<sup>188</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 82.

Tangenciando o aspecto, Paulo Henrique dos Santos Lucon<sup>190</sup> afirma:

O devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei, e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade. Aliás, a fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados.

Não obstante as considerações pacíficas quanto à aplicabilidade do devido processo legal nas relações estabelecidas entre o Estado e os indivíduos, observa-se a forte tendência de que sua aplicabilidade deva igualmente ocorrer no âmbito das relações privadas.<sup>191</sup> Concernente ao tema, Paula Sarno Braga<sup>192</sup> assevera que “ao Estado cabe, além do dever negativo de abstenção, um dever positivo de concretização e proteção. Incumbe-lhe a salvaguarda dos direitos fundamentais de lesões ou ameaças de lesões presentes não só no seio das relações públicas, como também das relações privadas”.

A cláusula do devido processo legal constitui mecanismo inerente ao Estado Democrático de Direito em sua pretensão de tutelar e promover os direitos fundamentais, de modo a impedir qualquer restrição ilegítima dos direitos dos indivíduos, sem que seja observado um procedimento previamente estabelecido na realização da Justiça. Eis aí configurado um terreno fértil para a análise que envolve a questão da produção da prova.

### 1.2.3 Direito fundamental à prova

O direito fundamental à prova relaciona-se intimamente ao Estado Democrático de Direito e aos institutos constitucionais que traduzem os direitos e garantias fundamentais, particularmente no que tange ao elenco que envolve o acesso à justiça e ao devido processo legal – expressões representativas do direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e justa,

---

<sup>189</sup> Observe que o termo “razoabilidade” decorre do desenvolvimento da doutrina americana. Os detalhes pontuais acerca da distinção entre razoabilidade e proporcionalidade serão melhor desenvolvidos em tópico específico.

<sup>190</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER Jr., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 9-25. p. 12.

<sup>191</sup> Nesse sentido, observa-se a decisão proferida pelo STF no RE n. 201.819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005 – Informativo 405 do STF, 10-14 de outubro de 2005). (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 23 de ago. de 2012.).

<sup>192</sup> BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal a processos particulares. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, v. 161, p. 301-323, jul. 2008. p. 307.

assim também das garantias de liberdade, ampla defesa, contraditório, justiça e dignidade da Pessoa.

Imperioso reconhecer que a inadmissibilidade da prova ilícita tal como o direito à prova alçam a posição de direito fundamental. A consagração dessa garantia encontra fundamento no inciso LVI<sup>193</sup> do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Relaciona-se, pois, com o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, o direito à prova deve ser assegurado às partes em conflito, conferindo-lhes a igualdade de condições, inclusive a adequada oportunidade de participação no processo.<sup>194</sup>

Trata-se do corolário imediato da garantia de plenitude de defesa e do contraditório. No entanto, há de se respeitar a legitimidade de sua obtenção e produção<sup>195</sup>, dado que o direito fundamental referente à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo converge aos propósitos do direito fundamental à liberdade inerente ao Estado Democrático de Direito, Artigo 5º, caput<sup>196</sup> da Constituição Federal de 1988.

Resultado do contexto dessas circunstâncias, a relação entre os pilares fundamentais do processo – ação e defesa – e os elementos essenciais ao desenvolvimento regular do processo na obtenção do pronunciamento jurisdicional enseja a intrínseca correlação com o tema das provas.

No cerne do processo, a relevância das provas mostra-se pertinente à demonstração dos fatos alegados pelas partes no exercício do direito de ação e de defesa, tornando efetiva a garantia do direito ao processo e do devido processo legal.

Com efeito, o direito de produzir prova deve conter o direito à adequada oportunidade de requerer a sua produção, o direito de participar da sua realização e o direito de falar de seus resultados.<sup>197</sup>

A doutrina de Francisco Gérson Marques de Lima reflete o contexto do direito fundamental à prova: “O direito à prova é fundamental e contribui para a dialeticidade do processo, assegurando-se às partes levarem dados recíprocos e elementos de convencimento

---

<sup>193</sup> Art. 5º [...] LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

<sup>194</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 260.

<sup>195</sup> TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 68.

<sup>196</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à *liberdade*, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)). (grifo nosso).

<sup>197</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo**, São Paulo, ano IX, v. 35, p. 231-238, abr./jun. 1984. p. 232-233.

ao juiz. Quanto mais dados o magistrado tiver, maior será a probabilidade de acerto da decisão”.<sup>198</sup>

Verifica-se que compete ao Estado “a preocupação em garantir a igualdade de oportunidades ou a efetiva paridade de armas, para obter uma decisão favorável, é, enfim, uma exigência democrática a ser satisfeita por meio do processo”.<sup>199</sup>

Por outro lado, a plena liberdade do exercício do direito à prova deve vir precedida das cautelas que respeitem o direito à inadmissibilidade das provas ilícitas.

Cumpra advertir, contudo, que o direito à inadmissibilidade das provas ilícitas não se faz absoluto. Para tanto, basta retomar o estudo precedentemente considerado no que respeita à evolução por que passou a ciência do processo e o atual estágio de desenvolvimento das técnicas de interpretação.

Há de se convir que a nova dogmática da ciência processual permite a utilização do recurso da ponderação quando houver o conflito de normas de direitos fundamentais igualmente tuteláveis, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. Desenvolver-se-ão os detalhes pontuais da técnica em tópico específico.

Destarte, a compreensão do direito à prova demanda uma leitura harmonizada à concepção contemporânea do direito processual civil, porque, devidamente, se considere a garantia das garantias: o devido processo legal, previsto no inciso LIV, seguido das garantias de ação/defesa – ambos com previsão no inciso XXXV, dada à bilateralidade que lhe são inerentes. Seguem-se-lhes a ampla defesa e contraditório preconizados no inciso LV. Todos os dispositivos mencionados referem-se ao Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em cujo teor se encontra o elenco de garantias e direitos fundamentais, inclusive os processuais.

Constam da doutrina de Eduardo Cambi esclarecimentos imprescindíveis à compreensão do direito à prova, no sentido de que este direito fundamental tem caráter instrumental e visa a alcançar a tutela jurisdicional justa. Daí decorre que é imperioso constantemente perseguir-lhe a efetividade, mediante o máximo reconhecimento possível de seu potencial como instrumento probatório, para que se atribuam às partes amplas oportunidades de demonstrar os fatos que alegam e de influenciar no conteúdo da decisão.<sup>200</sup> Deve-se considerar tudo isso, sem que se desmereça o direito à inadmissibilidade da prova ilícita, conforme se advertiu anteriormente.

---

<sup>198</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo:** sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 191.

<sup>199</sup> CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 3. v. p. 132.

<sup>200</sup> CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 3. v. p. 170.

Decididamente, trata-se de reconhecer a essencialidade de tais disposições bem como o seu caráter de norma constitucional, atribuindo-lhes a categoria de direito fundamental.

## CAPÍTULO 2 –DA PROVA ILÍCITA

*“A arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”*  
Jeremías Bentham<sup>201</sup>

### 2.1 Aspectos gerais da prova

O tema que aborda a moderna concepção do processo civil tem ocupado lugar de destaque nas discussões da dogmática jurídica – questão amplamente verificada no capítulo anterior.

Essa perspectiva da constitucionalização do processo mostra-se relevante aos propósitos da prestação da tutela jurisdicional. Relacionando-se diretamente ao direito processual constitucional e à tutela constitucional do processo, que impõe a releitura dos institutos fundamentais do processo e dos princípios processuais a eles conexos, sobremaneira o do devido processo legal<sup>202</sup> – o contexto mais pleno das garantias constitucionais processuais –, que assegura às partes da relação processual o desenvolvimento regular do processo, conferindo-lhes igualdade na participação e no exercício das faculdades processuais que visem à obtenção de uma tutela jurisdicional justa, efetiva e adequada.

A esse respeito, Eduardo Cambi<sup>203</sup> enfatiza que se trata de

[...]uma ‘garantia de justiça’ que assegura o ‘direito ao processo justo’, o qual consiste no direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado e a todas as oportunidades que a Constituição juntamente com as leis processuais oferecem para a concretização da defesa judicial dos direitos lesados ou ameaçados de lesão. Desse modo, a garantia do devido processo legal dá uma configuração não apenas técnica, mas também ético-política ao processo civil, compreendendo não somente a pura ordenação de atos ligados a um procedimento qualquer, mas vinculados, ao contrário, a um procedimento que assegure a participação contraditória das partes, para que possam sustentar suas razões, produzir as provas e contraprovas necessárias

---

<sup>201</sup>BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1971. I. v.

<sup>202</sup> Relativamente ao princípio do devido processo legal, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco asseguram: *“Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.”* (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 88.)

<sup>203</sup> CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 3. v. p. 111-112.



e, assim, ter amplas e iguais oportunidades de influir na formação do convencimento do juiz [...].

Convém certificar-se de que tanto a prova quanto o direito a ela remetem à sua própria imprescindibilidade no processo, o que é decorrente do devido processo legal, conforme foi tratado anteriormente. A omissão da garantia de produzir provas torna inviável o exercício do direito de ação e defesa, uma vez que são essenciais à demonstração de que existem e procedem as alegações das partes.

Constata-se que o direito à prova ganhou destaque e ampliou os mecanismos inerentes à sua produção<sup>204</sup>, conferindo-lhes simplicidade, eficiência e agilidade. Para tanto, atribuíram-se maiores poderes instrutórios ao juiz, ampliaram-se os meios de prova, conferiram-se às partes oportunidades iguais na participação, coleta e produção da prova, procurou-se coibir práticas abusivas – fatores que corroboram o princípio do devido processo legal e a moderna concepção de processo. Nesse sentido, a inobservância ao devido processo legal constitui uma afronta ao processo e à legitimidade da tutela jurisdicional.

Todas as evidências apontam para o inegável valor da premissa da relação processo *versus* Constituição para o desenvolvimento do estudo a respeito do instituto das provas, posto que os institutos processuais, os princípios, direitos e garantias processuais constitucionais alcem a padrões de valor equivalente.

Ademais, a temática das provas sugere muita atenção aos estudiosos e operadores do direito, mormente quando se tem em vista que a prova permeia os mais comuns fatos da vida e assegura a aplicação do direito. No que concerne ao aspecto, Moacyr Amaral Santos sentencia que “das épocas mais remotas à era contemporânea, a prova vem acompanhando, no espaço, os avanços e recuos dos povos, a evolução da civilização”.<sup>205</sup>

Assegurar a prestação jurisdicional justa e efetiva depende do exame das provas e da garantia de sua produção – elemento indissociável do contraditório e da ampla defesa, équos e justos.

Desse modo, em se tratando do tema das provas, a influência da constitucionalização também se faz presente, uma vez que o ordenamento jurídico assegura às partes os meios de

---

<sup>204</sup> Nesse sentido posiciona-se Luís Henrique Barbante Franzé: “[...] se o Judiciário se contentar com meios de prova que não demonstrem a realidade (apenas para se desincumbir da entrega de sua função), teremos uma mera prestação jurisdicional, mas sem a justiça imposta para materializar a imprescindível tutela jurisdicional [...]”. (FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. Prova ilícita frente à dignidade da pessoa humana. In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (Coord.). **Gramática dos direitos fundamentais**: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 91-105. p. 97.).

<sup>205</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, [entre 1950 e 1970]. 1. v. p. 23.).

produção de provas pertinentes à formação da convicção do julgador. Observadas essas perspectivas, passa-se a considerar os mais relevantes aspectos da teoria geral da prova, imprescindíveis que restam à compreensão da prova ilícita.

### 2.1.1 Acepção do termo prova e conceito

O termo *prova* deriva do latim *probatio* e significa prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, aprovação, confirmação.<sup>206</sup> Permite-se descrevê-la como “aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato são verdadeiros; evidência, comprovação”.<sup>207</sup>

Destarte, o termo *prova* pode assumir diversos sentidos. Francesco Carnelutti assegura que “na linguagem comum, *prova* se utiliza como *comprovação da verdade de uma proposição*; somente se fala de prova a propósito de alguma coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata de comprovar”.<sup>208</sup>

No entanto, perseguindo aos propósitos do trabalho, acolher-se-á o sentido em que a *prova* define o mecanismo por meio do qual se objetiva a demonstrar a verdade dos fatos.

Do ponto de vista jurídico, também o termo *prova* assume acepções plurais, entre as quais se assinalam: a) a produção dos atos ou dos meios com que as partes ou o juiz entendam afirmar a verdade dos fatos alegados; significa o ato de provar, a ação de produzir prova; àquele que alega cabe produzir a prova do alegado, isto é, fornecer os meios alternativos de sua alegação – b) pode assumir, em si mesmo, o sentido de meio de prova: prova testemunhal, documental, indiciária, presunção – c) por fim, o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade em que o Autor prova a sua intenção, e o Réu, a prova de sua defesa.<sup>209</sup>

Variando conforme o contexto, as diversas acepções do vocábulo encontram abonação na doutrina de Eduardo Cambi:

Juridicamente, o vocábulo ‘prova’ é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento,

<sup>206</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, [entre 1950 e 1970]. 1. v. p. 11.

<sup>207</sup> Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, 2001, p. 2320, vocábulo “prova”.

<sup>208</sup> CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001. p. 67. (grifo do autor).

<sup>209</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, [entre 1950 e 1970]. 1. v. p. 11-12.

isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz).<sup>210</sup>

Diante dessas afirmações, é possível analisar a prova sob dois aspectos: o objetivo e o subjetivo.

Relativamente ao aspecto objetivo, emprega-se o vocábulo para indicar os meios postos à disposição, com que se demonstra a existência concreta de um fato.

Sustenta-se, ainda, a existência do aspecto subjetivo, em que se destacam os efeitos gerados pela produção da prova na convicção formada no espírito do julgador, ao analisá-la e a valorar, cotejando-a com os fatos que lhe são expostos.<sup>211</sup>

Essas considerações concorrem para demonstrar a dificuldade de estabelecer um conceito único e hermético de prova, o que, aliás, presta-se para corroborar o dissenso entre os doutrinadores que abordam o tema. Apontam-se: Moacyr Amaral Santos, Vicente Greco Filho, Giuseppe Chiovenda, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Hernando Devis Echandía e Nicola Framarino Dei Malatesta.<sup>212</sup>

Em contrapartida, as definições plurais que os autores apresentam gravitam em torno de uma característica comum: a possibilidade de a prova reconstruir as circunstâncias de como aconteceu um fato pretérito, visando formar o convencimento do julgador, para que este aplique a norma adequada ao caso que lhe fora submetido e, enfim, se materialize a justiça.

<sup>210</sup> CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 3. p. 47.

<sup>211</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. I. v. p. 425.

<sup>212</sup> O elenco dos conceitos que serão reproduzidos a seguir demonstra que o conceito de prova é variável. Moacyr Amaral Santos, apoiado na definição de Mittermaier, expressa que a prova judiciária pode ser definida como “*a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo*”. (SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, [entre 1950 e 1970]. 1. v. p. 21.) Para Vicente Greco Filho, “*a prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato*”. (GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais**. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 2. v. p. 182.). Comunga a mesma ideia Giuseppe Chiovenda, ao asseverar que “*provar significa formar a convicção do juiz sobre (sic) a existência ou não de fatos relevantes no processo*”. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição (continuação)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. III. v. p. 91.). Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco asseguram que “*a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo*.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 377.). Por sua vez, Hernando Devis Echandía aduz que “*probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados por la ley, los motivos a las razones para llevar al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos*.” (ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de la prueba judicial**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007. I. t. p. 22-23). Finalmente, Nicola Framarino Dei Malatesta declara que a prova é “*o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade*”. (MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitano. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 23.).

Gian Antonio Micheli e Michele Taruffo<sup>213</sup> declaram a respeito:

A própria estrutura do processo civil depende do problema da verdade, e, então, não se trata de uma simples adaptação técnica do instrumento judiciário a um objetivo determinado, mas se trata, sobretudo, de uma escolha de natureza política no que respeita às formas e aos objetivos da administração da justiça civil. No processo, com efeito, a verdade não é um fim em si mesma, mas é necessário buscá-la enquanto condição para que haja uma justiça ‘mais justa’.

Os propósitos perseguidos pelo juiz ao longo do processo, mediante a reunião de elementos probatórios, não visam apenas à busca da verdade senão também à prolação de uma decisão judicial lúdima e legítima. Gustavo Tepedido, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes<sup>214</sup> expõem:

Não se trata de uma reelaboração perfeita de acontecimentos pretéritos, sendo impossível extirpar completamente as dúvidas e incertezas acerca da existência de uma determinada situação. Afinal, a verdade admitida como essência de um fato passado nunca será inteiramente fiel ao que se passou. Por isso, o exame da prova volta-se predominantemente para a constituição de uma decisão judicial justa, adequada e eficaz sobre determinado fato controvertido. Trata-se, pois, de instrumento argumentativo e dialético utilizado pelo interessado para formar o convencimento do magistrado.

O teor do texto referido explicita que a prova não se reduz a mero instrumento utilizado na descoberta da verdade, tampouco se relaciona à possível reconstrução dos fatos pretéritos. Ancorando-se em perspectiva diversa, os autores assim argumentam a respeito da prova na seguinte citação: “é tanto o meio retórico, admitido por lei, direcionado a gerar um estado de convicção, quanto a existência de um fato e a própria convicção produzida: é a soma dos fatos que produzem um estado espiritual de certeza”.<sup>215</sup>

No contexto da reconfiguração realizada tanto do conceito quanto de seus propósitos, adquire a prova maior importância como ferramenta argumentativo-dialética na formação da convicção judicial. Com efeito, na qualidade de meio retórico, presta-se ao fundamento do raciocínio, à exatidão das argumentações proferidas pelas partes no âmbito do processo, de

---

<sup>213</sup> MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova. **Revista de Processo**, São Paulo, ano IV, v. 16, p. 155-168, jul. 2008. p. 168.

<sup>214</sup> TEPEDIDO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 429.

<sup>215</sup> TEPEDIDO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 429.

forma a restarem concernentes aos fatos por elas alegados, além de se destinar a construir, no julgador, a firme convicção sobre a qual ancorar a sentença.

Expuseram-se alguns pormenores, conquanto sucintos, do termo *prova*, de seu conceito, para, em seguida, considerar seu objeto.

### 2.1.2 Objeto da prova

Concernente ao objeto da prova, João Batista Lopes sugere que o questionamento “o que precisa ser provado?”<sup>216</sup>, por si mesmo, mostra-se bastante porque se entenda tudo quanto incida sobre a prova no contexto do processo, e defende que apenas fatos devam ser provados, o que acorda em parte com o teor disposto no Artigo 332 do Código de Processo Civil, ao se pronunciar que os meios da prova prestam-se ao intuito de “provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.<sup>217</sup>

Ao encontro da visão referida manifestam-se outros doutrinadores, entre os quais Hernando Devis Enchadía, que identifica o objeto da prova na (in)existência dos fatos sobre os quais recaem as afirmações ou negações das partes.<sup>218</sup> Por sua vez, nas palavras de Giuseppe Chiovenda, delimita-se o objeto da prova pelas espécies de fatos que “não sejam reconhecidos e notórios, porquanto os fatos em que não se possa negar ‘*sinet ergiversatione*’ dispensam prova”.<sup>219</sup>

Em contrapartida, Cândido Rangel Dinamarco<sup>220</sup> adota postura diversa, ao constatar a pertinência de se provarem as alegações.

De fato, uma questão curiosa e delicada subjaz às afirmações feitas a respeito do objeto da prova, em que se sustenta “*somente os fatos devem ser provados*”. Ora, *se são fatos*, deles não se discorda, tampouco é preciso prová-los.

O étimo latino “*fāctūm, i*” – nome neutro – remete à tradução de *feito; ação concluída; empresa; empreendimento; realização; efetivação; acontecimento; ocorrência;*

<sup>216</sup> LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32.

<sup>217</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

<sup>218</sup> ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de la prueba judicial**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007. I. t. p. 75.

<sup>219</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição (continuação)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. III. v. p. 94. (grifo do autor).

<sup>220</sup> Cândido Rangel Dinamarco assevera: “[...] **provar** é demonstrar que uma alegação é boa, correta e, portanto, condizente com a verdade. O **fato** existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. Não há fatos bons, corretos e verdadeiros nem maus, incorretos, mentirosos. As alegações, sim, é que podem ser verdadeiras ou falsas – e daí a pertinência de **prová-las**, ou seja, demonstrar que são boas e verdadeiras.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. III. v. p. 57.) (grifo do autor).

*obra*, para não dizer que, no Direito Processual, se pluralizado, denomina o próprio processo ou o conjunto de autos da lide, da causa, demanda ou pleito.

De seu lado, o Dicionário HOUAISS da Língua Portuguesa abona, entre outras acepções, para o verbete *fato*<sup>221</sup> os seguintes sentidos: *ação ou coisa que se considera feita, ocorrida, ou em processo de realização* (coincidindo com seu étimo latino) – *aquilo que acontece por causas naturais ou não dependentes ou independentes da vontade humana* – *ocorrência* (novamente o étimo) – *algo cuja existência pode ser constatada de modo indiscutível* (porque contra fatos não há argumentos!) – *informação apresentada como baseada numa realidade objetiva* e fato científico como *dado comprovado por observação especializada, enunciado em termos científicos*, para citar alguns apenas.

No contexto jurídico, *fato* presta-se para denotar *aquilo que, por estar completo* (feito), *não pode mais ter seus efeitos alterados*, o que quer significar que esteja tudo consumado, não precisando, pois, ser provado!

Observe que, no texto do Artigo 332 do Código de Processo Civil, não se declara que fatos devam ser provados, senão sua verdade, lidimidade, autenticidade, legitimidade ou legalidade, sua licitude ou juridicidade e outras acepções afins. Caso contrário, correr-se-ia o risco de se cair numa expressão ilógica ou na extrema redundância, conforme declaram João Batista Lopes, Hernando Devis Echandía e outros doutrinadores.

Reitere-se: não se provam fatos – o que já ocorreu é feito irreversível. Opiniões – porque são subjetivas –, hipóteses, inferências, pretextos, subterfúgios, tergiversações, tudo isso é objeto de comprovação, de exame e investigação acurados, de contestação, do contraditório, até que seja constatada sua veracidade. É por isso que assiste razão a Giuseppe Chiovenda, que argumenta apenas constituir objeto de prova a espécie de fatos que não sejam reconhecidos e notórios. Fatos são fatos, de forma que atribuir-se-á ao objeto da prova o benefício da dúvida.

Há de se alertar que a postura adotada no estudo considera que a prova tem por objeto a demonstração da verdade dos fatos.

Ademais, não são todos os fatos que devam ser provados, considerando-se o que expressa o Artigo 334 do Código de Processo Civil<sup>222</sup>. Independem de prova os fatos notórios (aqueles conhecidos por todos); os fatos confessados (aqueles acerca dos quais uma das partes afirma, e a outra confessa); os fatos incontroversos (aqueles não contestados pela parte

---

<sup>221</sup> Dicionário HOUAISS da Língua Portuguesa, 2001, p. 1313, vocábulo “fato”.

<sup>222</sup> Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

contrária), por fim, os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veracidade.

Paralelamente, independem de prova os fatos irrelevantes à solução do litígio, dada sua desnecessidade e obsolescência, incluindo-se os impertinentes, porque estranhos à demanda e aqueles cuja produção probatória seja impossível: a denominada prova diabólica.<sup>223</sup>

Com efeito, o fato a ser provado deve se dotar de alguns qualificativos, cujo elenco sofre variações, dependendo da doutrina.<sup>224</sup> Observa-se que, normalmente, giram em torno de pontos em comum: serem eles relevantes, controversos e determinados, acerca dos quais algumas considerações conceituais mostram-se pertinentes.

Os fatos relevantes constituem objeto de prova, uma vez que conexos ou diretamente relacionados à demanda ajuizada: “aqueles cujo reconhecimento seja capaz de influir nos julgamentos a proferir no processo”.<sup>225</sup> Excluem-se da prova os fatos que nenhuma influência exerçam sobre a decisão da demanda.<sup>226</sup>

Intitulam-se fatos controversos ou controvertidos aqueles que, alegados por uma das partes, venham a ser impugnados ou negados pela parte contrária. Nesse sentido, Francesco

<sup>223</sup> Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira esclarecem: “A prova diabólica é aquela que é impossível, senão muito difícil, de ser produzida. [...] Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel [...]. É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo...”. (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. 2. v. p. 87).

<sup>224</sup> Para Vicente Greco Filho, “[...] o objeto da prova, referida a determinado processo, são os fatos pertinentes, relevantes, controvertidos, não notórios e não submetidos à presunção legal.” (GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais**. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 2. v. p. 183-184). João Batista Lopes afirma que “[...] só precisam ser provados os fatos relevantes, pertinentes, controversos e precisos.” Relativamente aos fatos precisos, o autor os conceitua como aqueles que “[...] determinam ou especificam situações ou circunstâncias importantes para a causa. Alegações genéricas ou vagas não comportam prova (ex.: não basta alegar genericamente a insinceridade do pedido de retomada, mas é necessário descrever fatos concretos e precisos que indiquem sua ocorrência). (LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 32-33). João Penido Burnier Júnior assegura por sua vez: “[...] o primeiro dos atributos para que um fato possa ser objeto de prova é o de que tenha sido alegado, isto é, tenha sido invocado por uma das partes e conste dos autos; em segundo lugar, deve ser relevante, ou seja, apto a influir na decisão da causa, e na relevância incluímos o conceito de pertinência; deve ser, ainda, controvertido e, finalmente, com certas restrições, preciso.” (BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Teoria geral da prova**. São Paulo: Edicamp, 2001. p. 19-20.).

<sup>225</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. III. v. p. 64.

<sup>226</sup> Segundo Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira, mostram-se irrelevantes: “a) fatos que, conquanto possíveis, são impossíveis de se provar, seja por disposição legal (alegados contra presunção *iuris et de iure*), seja pela própria natureza (quando o fato não puder ser provado por determinado meio de prova); b) fato física ou juridicamente impossível: **impossibilemallegans no auditor** (não se ouve a quem alega o impossível): p. ex., provar que um homem está grávido.” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. 2. v. p. 45-46).

Carnelutti<sup>227</sup> reconhece que “constituem a regra em matéria de prova. O juiz encontra-se aqui frente à afirmação de uma parte e à negação da outra, ou seja, diante da discussão de um fato.” A ausência de oposição quanto ao fato alegado por uma das partes independe de prova<sup>228</sup>, a circunstância reclamará tão somente a aplicação do direito.

Por fim, segundo Moacyr Amaral Santos, são fatos determinados os que se apresentam com características suficientes por que se distingam de outros que se lhes assemelhem. Cumpre, pois, que o fato deva ser singularizado mediante a identificação das peculiaridades que lhe são inerentes, discriminando-o de outros fatos. Dessa regra resulta que *o fato indeterminado, ou indefinido é insuscetível de prova.*<sup>229</sup>

Cabe, por fim, mencionar que, em se tratando de direito – regra que é! – desdenha-se da prova, uma vez que “pressupõe-se, de fato, que o juiz conheça a *regra de direito*, com base na qual deverá ele decidir a controvérsia”.<sup>230</sup> Excetua-se, contudo, a prova da vigência do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, conforme expressa o Artigo 337 do Código de Processo Civil.<sup>231</sup>

Não se destinou o estudo do objeto da prova ao intuito de esgotar os diversos aspectos que envolvem a matéria, senão apenas o de prover a orientação teórica necessária aos propósitos da abordagem à prova ilícita no processo. Orientando-se pelas mesmas diretrizes, passa-se à análise da finalidade da prova.

### 2.1.3 Finalidade

<sup>227</sup>CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001. p. 42-44.

<sup>228</sup>Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira apresentam exceções a essa regra, concordando em que “*embora não constestados, em dadas circunstâncias deve ser feita a prova dos fatos: a) quando reclamada pelo juiz, para o fim de formar com mais segurança o seu convencimento; b) quando a lide versar sobre direitos indisponíveis; c) quando a lei exija que a prova do ato jurídico se revista de forma especial.*” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. 2. v. p. 45).

<sup>229</sup>SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Revista por Aricê Moacyr Amaral Santos. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 2. v. p. 337. (grifo do autor).

<sup>230</sup>MICHELI, Gian Antonio. Teoria Geral da Prova. **Revista de Processo**, São Paulo, ano I, v. 3, p. 161-168, jul./set. 1976. p. 161. (grifo do autor). A respeito, Luciano Henrique Diniz Ramires assevera que: “*Os princípios ‘iuranovitcuria’ e ‘da mihifacta, dabotibiuis’ demonstram que o direito, em regra, não precisa ser provado, mas somente excepcionalmente, nos casos do art. 337 do CPC [...]*”. (RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 35.). (grifo do autor).

<sup>231</sup>Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz. (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).



Observou-se que a prova serve de fundamento para justificar a exatidão dos fatos alegados pelas partes no âmbito do processo e formar a convicção do julgador, ao prolatar a decisão final.

Nesse contexto, a prova judicial visa à reunião de elementos essenciais e suficientes para formar o convencimento do juiz acerca dos fatos discutidos no processo e, convicto de tê-lo alcançado, o juiz estará apto a proferir a sentença.

A doutrina de Pontes de Miranda<sup>232</sup> corrobora a exposição:

A prova tem por fito levar à convicção do juiz. A atividade, que o juiz exerce, para pesar o valor das provas, medir-lhes a força probatória, adicionando ou subtraindo valores, eliminando algumas, porque as contrárias têm força probatória maior, ou só lhes aproveitando a parte não destruída pela força probatória da prova contrária, denomina-se *apreciação da prova*.

Como bem assinala Moacyr Amaral Santos,<sup>233</sup> “a prova visa, como fim último, inculcar no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado”. Ao encontro da mesma perspectiva, vem a declaração de Luiz Francisco Torquato Avolio<sup>234</sup> de que “a prova é o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa”.

A prova judicial destina-se, pois, à formação do convencimento do julgador quanto à procedência das alegações das partes relativas à existência dos fatos da causa.<sup>235</sup> De toda forma, trata-se de reunir os elementos probatórios imprescindíveis, para que o julgador profira uma decisão justa e equânime.

O destinatário da prova é o julgador a quem compete avaliar se os fatos existiram ou não, ocorreram ou não, fundado nas provas apresentadas. A esta afirmação se soma o ensinamento de Jônatas Milhomens: “as provas são especialmente destinadas ao juiz”.<sup>236</sup>

Defende a orientação de que o julgador seja o destinatário das provas grande parte dos doutrinadores, entre os quais se exemplifica: João Batista Lopes, Humberto Theodoro

<sup>232</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 223. (grifo do autor).

<sup>233</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, [entre 1950 e 1970]. 1. v. p. 15.

<sup>234</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30.

<sup>235</sup> Nesse sentido, Aclibes Burgarelli expressa: “*Somente pelo cumprimento da tarefa de provar o fato constitutivo do direito ou do fato constitutivo adverso, sem prejuízo de eventual notoriedade do fato concreto, o Estado juiz poderá formar a convicção e prestar a jurisdição.*” (BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 109).

<sup>236</sup> MILHOMENS, Jônatas. **A prova no processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 5.

Júnior, João Penido Burnier Júnior, Vicente Greco Filho, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira.<sup>237</sup>

Em contrapartida, outros sustentam que a prova se destine ao processo e não ao julgador. Na doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>238</sup>, verifica-se respaldo a essa destinação: “a parte faz a prova para que seja adquirida pelo processo”.

Tendo-se em vista posturas antagônicas a respeito do “a quê, ou a quem” se encaminhar a prova, fica-se com o consenso ancorado no entendimento majoritário, de que participa inclusive Luciano Henrique Diniz Ramires<sup>239</sup>, configurando-se como a conclusão mais pertinente de que “as provas têm o processo como endereço para serem enviadas, mas o seu destinatário é o julgador, pois é a pessoa que vai analisá-las, confrontá-las e valorá-las, de acordo com as regras permitidas pela lei”.

De qualquer forma, pretendeu-se demonstrar que compete ao juiz prestar a tutela jurisdicional justa e efetiva. Para tanto, não se prescinde das provas que corroborem as afirmações das partes acerca dos fatos da causa, porque se oriente o magistrado a formar sua convicção a respeito da solução a ser dada ao caso concreto.

Verifica-se, destarte, que a finalidade precípua da prova é convencer o julgador, de que decorre a conclusão de ser ele o destinatário das provas.

## 2.1.4 Meios e fontes

Conhecer a respeito da prova ilícita é traçar o escopo dos aspectos teóricos que são inerentes à prova em geral. E o movimento do estudo em questão passa, necessariamente, pelos meios e fontes de prova.

---

<sup>237</sup> LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 61. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. I. v.p. 428-429. BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Teoria geral da prova**. São Paulo: Edicamp, 2001. p. 17. GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais**. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 2. v. p. 182. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. 2. v. p. 72.

<sup>238</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março de 2006**. 9. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 528.

<sup>239</sup> RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 41.

Se, como advertiu Moacyr Amaral Santos, “quem se propõe a provar terá que valer-se de *meios* adequados”<sup>240</sup>, há de reconhecer a relevância dessas vias de acesso à constatação da lidimidade dos fatos comprobatórios.

Como um possível ponto de partida para estudar os meios de prova, remete-se a algumas elaborações conceituais a eles concernentes. A respeito, Pontes de Miranda<sup>241</sup> define que “*meios de prova* são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova”, o que se soma à contribuição de João Penido Burnier Júnior<sup>242</sup>, que os conceitua como “os instrumentos previstos e disciplinados em lei e cuja finalidade é transportar para o processo a confirmação dos fatos alegados pelas partes”. Por sua vez, Moacyr Amaral Santos<sup>243</sup> enfatiza a concepção valendo-se de detalhes mais elucidativos:

A prova dos fatos faz-se por *meios* adequados a fixá-los em juízo. Por esses meios, ou instrumentos, os fatos deverão ser transportados para o processo, seja pela sua reconstrução histórica (narração de testemunhas), ou sua representação (declaração constitutiva de atos, constante de documentos), ou sua reprodução objetiva (exame da coisa por peritos, ou pelo próprio juiz), ou, ainda, sob outras formas idôneas para atestar a sua existência, ou suficientes para se obter a ideia precisa da sua existência. Os meios de prova variam conforme a natureza do fato. Mas um mesmo fato pode ser provado por vários meios [...].

Fundando-se nas formulações conceituais, pode-se deduzir que os meios de prova são instrumentais postos à disposição tanto das partes quanto do juiz<sup>244</sup>, porque se cumpra a finalidade de verificar a procedência ou não dos fatos alegados pelas partes.

No entanto, além da análise conceitual dos meios de prova, mostra-se interessante aos propósitos do estudo o aspecto respeitante às fontes de prova, uma vez que não se confundem com os meios de prova. Com efeito, procedem as fontes de prova de pessoas, coisas ou fenômenos materiais.<sup>245</sup>

---

<sup>240</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Revista por Aricê Moacyr Amaral Santos. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 2. v. p. 327. (grifo do autor).

<sup>241</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 222. (grifo do autor).

<sup>242</sup> BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Teoria geral da prova**. São Paulo: Edicamp, 2001. p. 61.

<sup>243</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Revista por Aricê Moacyr Amaral Santos. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 2. v. p. 328. (grifo do autor).

<sup>244</sup> Observa-se uma forte tendência de ampliar os poderes instrutórios do juiz, com a finalidade de obter a realização dos propósitos da tutela jurisdicional justa, efetiva e adequada. Nesse sentido, cita-se a obra de José Roberto dos Santos Bedaque, que trata dos Poderes Instrutórios do Juiz, não obstante haver outras de igual relevância. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.)

<sup>245</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 19, v. 76, p. 114-126, out./dez. 1994. p. 115.

Em investigação a semelhanças e distinções, Francesco Carnelutti<sup>246</sup> coteja os termos fonte e meio de prova, indenticando-os, respectivamente: “*meio de prova* a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade do fato a provar, e *fonte de prova* o fato do qual se serve para deduzir a própria verdade”.

As formulações que tratam da discriminação entre fontes e meios de prova apresentam-se mais detalhadamente esclarecidas na doutrina de João Penido Burnier Júnior<sup>247</sup>, ao postular que “fonte de prova é, sem dúvida nenhuma, a testemunha do fato, o vestígio do carro danificado; a rachadura numa parede etc., ou seja, algo que levará ao juiz o conhecimento do fato [...]”. Relativamente ao meio de prova, o sobredito autor emprega este termo para

[...] designar o conjunto de mecanismos previstos em lei, que disciplina não só a sua forma mas também seu fundo, e por meio dos quais será desenvolvida a atividade probatória. Assim, o meio pelo qual a testemunha (fonte de prova) transmite suas informações aos autos é o depoimento (meio de prova), e esta transmissão é feita mediante a atividade probatória [...]. Da mesma forma, os vestígios de danificação num automóvel (fonte de prova), poderão ter sido presenciados pela testemunha, que os relatará em juízo, em depoimento (meio de prova), tomado por meio de atividade probatória.<sup>248</sup>

Por conseguinte, meios de prova são os instrumentais hábeis para extrair as provas de onde elas emanam – fonte –, possibilitando seu ingresso no processo e viabilizando conclusões acerca dos fatos alegados pelas partes. Daí decorre que as fontes de prova existem independentemente do processo e estão dispostas no mundo por meio das pessoas, coisas ou fenômenos.

Visualizados esses aspectos, segue-se o estudo a respeito da disciplina estabelecida aos meios de prova, porque possam eles se configurar aos padrões predispostos pela legislação e sejam admitidos no processo. Por outro lado, a indicação do elenco legal não implica que se possam admitir e utilizar outros meios no processo, uma vez que é possível deles valer-se, desde que moralmente legítimos.

A disciplina jurídica dos meios de prova e das regras que os admitem no processo assegura a efetividade da garantia constitucional do devido processo legal, atende aos propósitos dos princípios constitucionais do processo, evita arbitrariedades e respeita a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

<sup>246</sup>CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001. p. 99. (grifo do autor).

<sup>247</sup>BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Teoria geral da prova**. São Paulo: Edicamp, 2001. p. 61.

<sup>248</sup>BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Teoria geral da prova**. São Paulo: Edicamp, 2001. p. 62.

Ante o exposto, nota-se que se assegura a utilização de meios de prova expressamente previstos pela lei – denominados provas típicas. De fato, os Artigos 342 a 443 do Código de Processo Civil<sup>249</sup> elencam para a categoria a prova pericial, a prova documental, a prova testemunhal, o depoimento pessoal, a inspeção judicial e a confissão.

Em contrapartida, há os meios de prova destituídos do correspondente dispositivo legal que os preveja<sup>250</sup>, – as denominadas provas atípicas, entre as quais se citam: prova digital, prova emprestada<sup>251</sup>, reconhecimento de pessoas ou coisas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a viabilidade das provas atípicas encontra amparo no teor do Artigo 332 do Código de Processo Civil<sup>252</sup>, uma vez que se admite – paralelamente aos meios legais, cujo elenco é apresentado pelo Código de Processo Civil –, a utilização de outros meios legais, desde que moralmente legítimos. Na doutrina de João Batista Lopes<sup>253</sup>, encontra-se reforço para o consenso formado em torno da questão: “as partes poderão valer-se de quaisquer instrumentos ou expedientes moralmente legítimos, ainda que não previstos expressamente na lei”.

Concernente à aceitação das provas atípicas, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira<sup>254</sup> argumentam que “a ausência de disciplina legislativa exige que o juiz atente, no momento da sua produção, para os princípios que norteiam a teoria geral da prova, sobretudo os princípios do contraditório e da ampla defesa” – observação interessante que corrobora a anterior.

---

<sup>249</sup> Observe que, no texto do Projeto de Lei 8.046/2010 em trâmite na Câmara dos Deputados, o substitutivo do Projeto de Lei 166/2010 – anteprojeto do Código de Processo Civil apresentado ao Presidente do Senado Federal, José Sarney, em 08.06.2010 pelo presidente da comissão de juristas, Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça (atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal), tendo sido aprovado em 15.12.2010, e remetido à Câmara dos Deputados em 22.12.2010 – traz em seu bojo a regulamentação da matéria inerente a provas nos Artigos 353 ao 471. (Disponível em: [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)).

<sup>250</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 19, v. 76, p. 114-126, out./dez. 1994. p. 117.

<sup>251</sup> O conceito de prova emprestada será delimitado no terceiro capítulo.

<sup>252</sup> Relativamente a esse aspecto, José Carlos Barbosa Moreira, valendo-se de análise do direito comparado, observa que mesmo em países como a Itália e a Alemanha, onde não se consagra norma expressa respeitante à possibilidade de utilização das provas atípicas, tem-se admitido seu emprego. Nesse sentido, expressa: “[...] **a fortiori** não há por que duvidar dessa mesma possibilidade entre nós. Estariamos até desobedecendo ao art. 332, se entendêssemos que o elenco das provas contidas e reguladas expressamente na lei seria realmente exaustivo, e não comportaria variação.” E conclui: “No Brasil, para obedecer à lei, temos de admitir a possibilidade de provas atípicas; do contrário, esvaziariamos totalmente o conteúdo do art. 332.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 19, v. 76, p. 114-126, out./dez. 1994. p. 117.)

<sup>253</sup> LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 95.

<sup>254</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. 2. v. p. 50.

Admitem-se, pois, outros meios de prova, posto que não expressamente previstos pela lei, com a condição de que sejam moralmente legítimos e cuja produção tenha observado os princípios e garantias constitucionais do processo, notadamente o da inadmissibilidade da prova ilícita.

Com efeito, não se confunde a prova não contemplada por lei – contudo passível de produção mediante a observância a princípios e meios morais e éticos, o que lhes possibilita admissão no processo – com a espécie de prova obtida por meios ilícitos, a cuja admissibilidade no processo obsta o legislador constitucional, acorde com o teor prescrito no Artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988<sup>255</sup>, ponto de culminância da abordagem efetivada neste estudo, a ser melhor desenvolvido à frente.

Em que pese a breve explanação acerca dos meios e fontes da prova, o exposto mostra-se suficiente aos propósitos do trabalho. Prossegue a análise classificatória das provas.

### 2.1.5 Classificação

Classificar é obedecer a um sistema de distribuição de um determinado objeto em classes ou grupos, mediante a observação de critérios que propiciem melhor entendimento acerca do objeto estudado, para cujo domínio estudiosos podem se valer de critérios diferenciados, procedimento, aliás, de que resulta a diversidade nas classificações.

Após verificar classificações várias, Moacyr Amaral Santos aconselha, preferivelmente, acolher a efetivada por Malatesta, em virtude de conter “critério seguro e verdadeiramente científico, pois que tem por base a prova considerada em sua própria natureza e em relação ao seu modo de produção”.<sup>256</sup> Adotam essa classificação usual<sup>257</sup> Aclibes Burgarelli, João Batista Lopes, João Penido Burnier Júnior, Candido Rangel Dinamarco, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira.

<sup>255</sup> Art. 5º [...] LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

<sup>256</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, [entre 1950 e 1970]. 1. v. p. 71.

<sup>257</sup> BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 236. LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36-37. BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Teoria geral da prova**. São Paulo: Edicamp, 2001. p. 65-72. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. III. v. p. 91-92. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. 2. v. p. 67-68.

A proposta de Malatesta para a classificação da prova ancora-se em três critérios: “ela pode ser considerada quanto ao seu *conteúdo*, *sujeito* de que emana ou *forma* por que se apresenta”.<sup>258</sup>

Quanto ao seu objeto<sup>259</sup>, ou conteúdo – trata-se do fato a se provar – classificam-se as provas: *direta* quando se refere diretamente ao próprio fato probando, ou consiste no próprio fato, por exemplo a testemunha que narra o fato do acidente; *aindireta* não responde diretamente ao fato probando, senão a fato distinto, a partir do qual, por trabalho do raciocínio, se chega àquele, como no caso de testemunhas que narram a posição em que os veículos foram encontrados após o acidente, fazendo presumir como poderia ter ocorrido. Daí decorrem as presunções e os indícios.

Em se tratando ainda do objeto da prova, Francesco Carnelutti<sup>260</sup> elaborou uma interessante classificação, em que se manteve a tipologia da prova, mas alterou-se o ângulo de visão. Para o referido autor, constitui prova *direta* “o próprio fato que se deve provar ou um *fato distinto*” que o juiz percebe “diretamente com os próprios sentidos, indo ver, mediante inspeção judicial”. De outro lado, classifica *indireta* a prova de um “fato jurídico que não pode ser diretamente percebido pelo juiz”, senão dele indiretamente conhecido por meio da percepção ponderada e experiente de documentos que se lhe apresentaram, ou fundando-se em oitivas de testemunhas, para considerar celebrado o contrato entre as partes.

Conclui Carnelutti:

A diferença entre os dois tipos de prova fundamenta-se na *coincidência* ou na *divergência do fato a provar* (objeto da prova) e do *fato percebido pelo juiz* (objeto da percepção da prova); precisamente, a prova indireta apresenta a separação entre o *objeto da prova e o objeto da percepção*: o fato submetido à percepção do juiz não serve senão de meio para o seu conhecimento.

Nomeia-se sujeito<sup>261</sup> a pessoa ou coisa de onde emana a prova, mediante a afirmação ou atestação acerca da existência do fato probando. Admite a seguinte classificação: *peçoal* é a prova que consiste na afirmação pessoal consciente, destinada a dar crédito aos fatos

<sup>258</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 118. (grifo do autor).

<sup>259</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, [entre 1950 e 1970]. 1. v. p. 54. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 118.

<sup>260</sup> CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001. p. 82-83. (grifo do autor).

<sup>261</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, [entre 1950 e 1970]. 1. v. p. 55. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 118.

afirmados como o depoimento pessoal e a prova testemunhal. Se emana de coisa, sob a forma de atestação inconsciente, como de uma rachadura de uma parede e do automóvel danificado, denomina-se prova *real*.

Quanto à forma<sup>262</sup> – modalidade ou maneira por que a prova se apresenta em juízo – classifica-se *orais* às afirmações pronunciadas em pessoa, não por fonte escrita, por exemplo no caso de provas testemunhais, depoimento da parte, confissão; *documentais* quando se constituem em declarações escritas ou gravadas, – trata-se de instrumentos públicos ou particulares, cartas, fotografias; por fim, denomina-se *materiais* às provas emanadas da coisa: qualquer materialidade que sirva a constatar a veracidade do fato probando, como são os exames periciais, instrumentos do crime, o corpo de delito.

Jeremías Bentham<sup>263</sup> propõe a classificação das provas considerando sua preparação e as classifica *causais* quando produzidas no curso da própria demanda e *preconstituídas* as preparadas previamente para possível utilização em futura demanda.<sup>264</sup>

Para finalizar as breves considerações acerca da classificação da prova, mostra-se pertinente apresentar o critério de que se utiliza Hernando Devis Echandía para classificar lícita e ilícita às provas apresentadas em juízo, uma vez que a abordagem intimamente se relaciona ao objeto do estudo aqui desenvolvido.

Na obra de Hernando Devis Echandía<sup>265</sup> expõem-se quatorze critérios classificatórios, dentre os quais o autor propõe a classificação segundo a licitude ou ilicitude da prova. Concernente ao processo, Echandía argumenta que não deva constituir um campo de batalha onde se permitam todos e quaisquer meios de prova, deixando-se mover pelo escopo único da vitória, e postula que a pacificação social dos conflitos deva acatar os princípios gerais do Direito Processual, notadamente os da produção da prova judicial.

De fato, o autor assegura que as partes integrantes do processo devem proceder com lealdade, boa-fé, moralidade e observar a lei na produção probatória, preservando-se,

---

<sup>262</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, [entre 1950 e 1970]. 1. v. p. 55-56. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 119.

<sup>263</sup> BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1971. I. v. p. 32.

<sup>264</sup> Expõem classificação similar em suas obras: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. III. v. p. 92. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. 2. v. p. 68. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Revista por Aricê Moacyr Amaral Santos. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 2. v. p. 331.

<sup>265</sup> ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de la prueba judicial**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007. I. t. p. 230-239.



sobremaneira, a liberdade e a dignidade humana. A observância às diretrizes implica que se defendam as garantias e os direitos fundamentais da Constituição.

Echandiá conclui suas considerações advertindo que provas ilícitas são manifesta e taxativamente vedadas por leis. Ademais, a tentativa de sua obtenção já é, por si, passível de punição prevista em lei (delito tentado), em virtude de se atentar, em princípio, contra a Moral e bons costumes e se constituir em agravo contra a liberdade da Pessoa e violar os direitos fundamentais amparados pela Constituição e por leis. Dentre outras possibilidades de consecução da prova ilícita, o autor exemplifica com o caso da confissão obtida mediante tortura.

Posto que breves, lançaram-se os recortes mais significativos da reflexão acerca do tópico *provae* de sua caracterização. Analisar-se-ão adiante alguns pontos essenciais concernentes ao ônus da prova.

### **2.1.6 Ônus da prova**

Outro aspecto importante para o quadro da análise aqui empreendida respeita ao ônus da prova, tema relacionado à sua teoria geral. Propor-se a provar consiste na ação de reunir elementos essenciais que demonstrem a procedência das alegações formuladas pelas partes no âmbito do processo acerca da existência ou não dos fatos por elas alegados.

Procede afirmar que, para compreender a questão do ônus da prova, faz-se imprescindível tecer algumas considerações de natureza semântica em torno do vocábulo *ônus*.

O termo *ônus* deriva do latim *onus* e significa carga, fardo, peso. Relativamente ao *onusprobandi*, verifica-se o encargo de *provar*, o que revela a percepção do sentido de interesse ou necessidade de as partes trazerem para os autos as provas que corroborem suas alegações e interfiram na formação da convicção do juiz.

Se se deixar conduzir apenas por aquilo que o étimo sugere, poder-se-ia pensar que *ônus* denote um dever, uma incumbência desagradável, algo imposto, difícil de se cumprir, sobremaneira porque o vocábulo guarda afinidade com sua forma adjetiva “oneroso”. Ocorre que resulta daí um equívoco usual: ônus não se confunde com a obrigação, que corresponde a um dever jurídico cujo descumprimento implicação, ao passo que o ônus se reveste do sentido de poder, de concessão de direito, cuja inobservância não acarreta à parte que dele não

se dispôs quaisquer penalidades, senão suportar consequências adversas.<sup>266</sup> O dever importa uma relação jurídica entre dois ou mais sujeitos. Em contrapartida, no caso do ônus, inexistente essa relação<sup>267</sup>, porquanto define-se com ele um interesse singular.

Nesse contexto, o ônus constitui um poder ou liberdade de que dispõe a parte para a satisfação de um interesse que lhe é inerente, independentemente de outro sujeito, e cuja eventual omissão poderá incidir sobre o risco de a parte descomprometida vir a suportar as decorrências nefastas advindas dessa sua atitude.

Procede advertir que o possível resultado em desfavor de quem se descuidou do ônus de provar – a ser declarado no momento oportuno da decisão final: sentença – é apenas circunstancial e, reitera-se, possível. Com efeito, trata-se de uma possibilidade e não de ocorrência fatídica, irreversível. Justifica-se pelo fato de que, embora a parte haja alegado mas não tenha produzido prova de suas alegações, poder-se-á prová-las mediante as providências probatórias que a outra parte eventualmente adotar. Forçoso, pois, deduzir que, nesse caso considerado, àquele que não provou não advirá prejuízo algum. Aliás, a advertência feita vem corroborada pelo princípio de comunhão das provas, ou da aquisição processual, em que a prova produzida, de qualquer forma, constituir-se-á um elemento do processo, independentemente de quem haja produzido. Ao sentenciar, assiste ao juiz considerar e valorar tudo quanto se produziu no processo.

Tendo em vista essas considerações, conceitua-se o ônus da prova como “*o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo*”.<sup>268</sup>

<sup>266</sup> Eduardo Cambi confronta ônus e obrigação, esclarecendo que: “*A noção de ônus [...] está no mesmo grupo dos poderes e das faculdades, porque o sujeito tem liberdade para a realização do ato, que reverte em seu próprio benefício e cuja não realização pode acarretar-lhe, apenas, consequências desfavoráveis. Nem o juiz nem a parte contrária ou qualquer outro sujeito processual podem exigir o seu cumprimento, já que a sua inobservância é perfeitamente lícita. [...] O mesmo não ocorre com as obrigações e com os deveres, porque, nesses casos, o sujeito passivo se encontra submetido a uma sujeição jurídica ou a um vínculo, uma vez que não tem liberdade de conduta, a qual pode ser coercitivamente exigida pelo outro sujeito, cujo não-cumprimento implica a violação da lei (ilicitude). Desse modo, as consequências desfavoráveis resultantes do não-cumprimento do ônus decorrem da não-observância, pelo sujeito interessado, da conduta prevista na norma jurídica, enquanto o não-cumprimento de uma obrigação ou de um dever acarreta uma sanção jurídica, que é imposta como efeito da ilicitude.*” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 315). (grifo do autor).

<sup>267</sup> Pontes de Miranda delimita o confronto, asseverando: “*A diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre os sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse.*” (MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 217). (grifo do autor).

<sup>268</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. III. v. p. 70. (grifo do autor).

Fundando-se no conceito exposto, deduz-se evidentemente que as regras respeitantes ao ônus da prova destinam-se às partes.

Cumprido trazer a lume os esclarecimentos de João Batista Lopes acerca da distinção entre ônus da alegação e ônus da prova. Estabelece-a nestes termos: “o ônus da prova é precedido do ônus da alegação, ou seja, antes de resolver a questão do ônus da prova, deve o juiz fixar os pontos controvertidos, isto é, verificar que fatos foram alegados pelas partes e impugnados pelo adversário”.<sup>269</sup>

A fixação dos pontos controvertidos propicia a identificação dos elementos probatórios que deverão conduzir a atividade do juiz. A considerar essa perspectiva, a disciplina do ônus da prova não se encontra destituída de relevância para o processo antes do momento de julgar, porquanto o juiz deverá informar e advertir as partes acerca do ônus da prova e das consequências que o seu descumprimento acarretará.<sup>270</sup>

Destarte, a distinção entre ônus da alegação e ônus da prova, tal como formulada por João Batista Lopes demonstra sua pertinência relativamente à distribuição do ônus da prova, incumbindo ao autor a prova dos fatos constitutivos, e ao réu, a dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos.<sup>271</sup>

Com efeito, o legislador no Artigo 333 do Código de Processo Civil reparte o ônus da prova mediante a observação da posição ocupada pela parte no processo.<sup>272</sup> Verifica-se que o tema do ônus estabelece um paralelo com a questão do interesse – a mola propulsora da efetiva participação dos litigantes, segundo o empenho de cada um em obter a vitória.<sup>273</sup>

---

<sup>269</sup> LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

<sup>270</sup> Cândido Rangel Dinamarco expõe ainda: “*A transparência das condutas judiciais é uma inafastável inerência do **due processo** oflaw e da exigência do **diálogo** que integra a garantia constitucional do contraditório: o processo civil moderno quer muita explicitude do juiz e de suas intenções, que são fatores indispensáveis à efetividade do **justo processo**.*” (DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. III. v. p. 82-83). (grifo do autor).

<sup>271</sup> LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

<sup>272</sup> João Batista Lopes expõe as teorias que tentam justificar a distribuição do ônus: “- a prova deve ser feita por quem possa satisfazer mais fácil, menos inconveniente e menos dispendiosamente (BENTHAM); - a prova incumbe a quem pleiteia um direito ou uma liberação em relação a fatos ainda incertos (WEBBER); - deve presumir-se a existência de um direito, uma vez fundado (BETHMAN HOLLWEG); - só a alegada mutação de um estado anterior necessita ser provada (FITTING); - cabe o ônus da prova a quem dela auferir vantagem (GIANTURCO). [...] MORTARA adota o critério do **interesse da prova**, isto é, quem tem interesse em que um fato seja considerado pelo juiz precisa ministrar a prova de sua existência. [...] Importante, também, a contribuição de CHIOVENDA ao pôr em relevo que, para ser respeitado o princípio da igualdade das partes no processo, o ônus de afirmar e de provar se distribui entre elas, de modo que cada qual tem o encargo de provar os fatos que pretende ver considerados pelo juiz.” (LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.). (grifo do autor).

<sup>273</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. III. v. p. 72.

A regra do Artigo 333 do Código de Processo Civil<sup>274</sup>, embora seja aplicável à maioria dos casos – regra geral<sup>275</sup> –, por vezes se mostra insuficiente e favorece que se utilizem outros critérios de distribuição do ônus da prova, como o critério da hipossuficiência que consta do Código de Defesa do Consumidor, que atribui o ônus da prova àquele que reunir melhores condições para produzi-la.

Justifica-se, pois, a regra de distribuição do ônus da prova à luz do princípio de que o juiz não pode declinar de seu dever de julgar. Conquanto parem dúvidas sobre a formação de seu convencimento quanto à procedência das alegações das partes, deverá julgar. Em que pese à ausência ou insuficiência de provas, o juiz deve julgar, evitando-se o *non liquet*.<sup>276</sup>

No momento de julgar a demanda, manifesta-se o significado do ônus da prova, porque é exatamente quando o julgador se valerá das regras de sua distribuição. A parte que declinar de seu ônus de provar o alegado incorre no risco de suportar as possíveis consequências desfavoráveis de sua negligência ou inatividade. Pode-se atenuar o rigor dessa medida pela aplicação dos poderes instrutórios do juiz<sup>277</sup>, aspecto que será pontualmente analisado mais adiante.

Decorrem daí os dois aspectos do ônus da prova, a saber: o subjetivo – que impõe às partes uma regra de conduta a respeito de quais fatos a cada uma compete provar – e o objetivo, que impõe ao juiz o dever de julgar – regra de julgamento.<sup>278</sup> Na consideração do duplo aspecto do ônus da prova – subjetivo e objetivo –, emergem discussões concernentes à regra de sua inversão.

---

<sup>274</sup> Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quando à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).)

<sup>275</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, [entre 1950 e 1970]. 1. v. p. 98.

<sup>276</sup> A propósito dessa circunstância merece destaque o trecho do REsp n. 840.690/SP, Relator Min. Mauro Campbell Marques: “[...] 3. O chamado ‘ônus da prova’ é instituto de direito processual que busca, acima de tudo, viabilizar a consecução da vedação ao *non liquet*, uma vez que, por meio do art. 333, inc. I, do CPC, garante-se ao juiz o modo de julgar quando qualquer dos litigantes não se desincumbir da carga probatória definida legalmente, apesar de permanecer dúvidas razoáveis sobre a dinâmica dos fatos [...]”. (Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 24 de jan. de 2013.).

<sup>277</sup> Em sua obra José Roberto dos Santos Bedaque trata dos Poderes Instrutórios do Juiz, não obstante haja outras de igual relevância. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.).

<sup>278</sup> Eduardo Cambi adverte acerca dessa dupla perspectiva do ônus da prova: “[...] não está imune a críticas, sobretudo porque se pode argumentar que o problema do *onus probandi* somente deve ser colocado quando a prova não foi produzida, o que permitiria concluir que o aspecto subjetivo é irrelevante para a sua compreensão, que deveria se restringir ao elemento objetivo.” No entanto, o autor alerta que: “[...] não existe um ônus da prova em sentido objetivo sem relação subjetiva, ou seja, sem uma pessoa encarregada da prova. O ônus da prova, em sentido objetivo, deve ser suportado por uma das partes”. (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 317). (grifo do autor).

A princípio, ressalta-se que, no teor de seu parágrafo único, o Artigo 333 do Código de Processo Civil admite a inversão do ônus da prova por meio de convenção entre as partes, desde que observadas as restrições de que não se incida sobre direitos indisponíveis para uma delas, tampouco lhe torne excessivamente difícil o exercício do direito. Trata-se, pois, de inverter a distribuição legal do ônus da prova.

Ademais, no mesmo Artigo 333 do Código de Processo Civil admite-se que as regras de distribuição legal do ônus da prova sejam alteradas pelo juiz no momento de julgar a demanda, uma vez que a ele não é dado declinar de seu mister de julgar. Na verdade, trata-se de regra de julgamento aplicável ao mencionado Artigo.

Não obstante, a regra geral comporta exceções – ao ponderar as circunstâncias do caso concreto, e ante a identificação de critérios que o habilitem a fazê-lo, o juiz procederá à inversão do ônus da prova, como se verifica no Artigo 6º, inciso VIII<sup>279</sup> do Código de Defesa do Consumidor, valendo-se da redistribuição do encargo probatório. De fato, adota-se, no caso, regra de procedimento e não de julgamento, porquanto, anteriormente à fase de julgar, o juiz deverá indicar a quem assiste o encargo probatório, advertindo-lhe a possibilidade de se inverter o ônus da prova, inclusive porque se evite o elemento surpresa, sob o risco de inviabilizar a aplicabilidade da regra, por ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Relativamente à possibilidade da inversão do ônus da prova, constata-se que há controvérsia entre os operadores de Direito respeitante ao momento adequado em que sua apreciação judicial deva ocorrer. Duas posturas suscitam o debate: a primeira se constitui por aqueles que defendem que o momento oportuno seja o da sentença, porque se trata de regra de julgamento, conforme antes mencionado. De outro lado, argumenta-se que, por se tratar de regra de procedimento, a inversão do ônus da prova deva ocorrer durante a fase instrutória, ou iminente a seu final.<sup>280</sup> Para ser fiel à realidade dos fatos, a dicotomia se instala não quanto ao momento oportuno para a ocorrência da inversão do ônus da prova, senão relativamente ao tipo de regra que a assegura.

A divergência quanto ao momento adequado da inversão do ônus da prova permeia até mesmo as decisões do Superior Tribunal de Justiça, haja vista ao teor da exposição da ementa do Recurso Especial 422.778/SP, Rel. originário Min. Castro Filho, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, julgado em 19.6.2007:

---

<sup>279</sup> Art. 6º. [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

<sup>280</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 22, v. 86, p. 295-309, abr./jun. 1997. p. 306.

CDC. INVERSÃO. ÔNUS. PROVA. MOMENTO. O recorrido adquiriu uma garrafa de refrigerante em um posto de gasolina de uma cidade interiorana. Sucede que, ao abri-la, seu olho foi atingido violentamente pela tampinha, o que lhe causou a perda quase total da visão desse olho e o impediu de ser promovido em sua carreira de policial militar. Por isso, pediu, em juízo, indenização dos danos moral e material, ao indicar o fabricante local daquela marca de refrigerante como réu. O juízo singular julgou improcedentes os pedidos sob o fundamento de que, em apertada síntese, não provara o autor que o réu era o fabricante do refrigerante causador do acidente. Porém, o Tribunal *a quo* deu provimento à apelação do ora recorrido ao fundamento de que cabia à sociedade demonstrar que não fabricava ou distribuía tal refrigerante naquela região, o que faz entender que invertera o ônus da prova no segundo grau de jurisdição. Diante disso, no REsp, o fabricante alegava, dentre outras, a violação do art. 6º, VIII, do CDC, ao afirmar que a inversão do ônus da prova é regra de instrução processual e não de julgamento, razão pela qual o Tribunal *a quo* não poderia tê-la aplicado ao julgar a apelação. Ao iniciar-se o julgamento neste Superior Tribunal, o Min. Castro Filho, valendo-se de precedentes, conheceu e deu provimento ao recurso, ao entender que *essa inversão é realmente regra de instrução* e determinou o retorno dos autos para que o juízo se pronunciasse a respeito do direito do recorrente de fazer a prova. Por sua vez, a Min. Nancy Andrichi, em seu voto-vista, valendo-se da lição de vários doutrinadores, inclusive estrangeiros, *posicionou-se no sentido inverso, o de que a regra do art. 6º, VIII, do CDC é de julgamento*. Aludiu que, após o oferecimento e a valoração da prova produzida na fase instrutória, o juiz, diante do conjunto probatório, se ainda em dúvida para julgar a demanda, pode determinar a inversão em favor do consumidor, pois não há que se falar em surpresa ao fornecedor, visto que esse tem ciência de que, em tese, haverá a inversão, além do que é ele quem dispõe do material técnico do produto, certo que o consumidor é a parte vulnerável da relação e litigante eventual. O Min. Ari Pargendler, em seu voto-vista, acompanhou integralmente a divergência ao não conhecer do especial. Já o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, apesar de entender que a inversão deve dar-se quando da produção da prova, acompanhou a divergência apenas quanto ao resultado, ao fundamento de que o acórdão destacara tratar-se de responsabilidade objetiva. Assim, entendeu que a hipótese é de aplicação do art. 14 do CDC, de inversão legal, e, incumbida a recorrente de provar a excludente de sua responsabilidade, não cuidou de prová-la. Ao concluir o julgamento, o Min. Humberto Gomes de Barros, em seu voto-vista, acompanhou o Min. Relator. Ao final, concluiu-se que a tese quanto à inversão ou não do ônus ainda pende de definição na Turma. Precedente citado: REsp 241.831/RJ, DJ 3/2/2003. (Informativo 324 do STJ, 18-22 de junho de 2007).<sup>281</sup>

Procede retomar aqui a linha de exposição para observar que o Artigo 333 do Código de Processo Civil reparte o ônus da prova acorde à posição ocupada pelas partes no processo, incumbindo a cada uma delas o ônus de fornecer os elementos de prova de suas alegações acerca dos fatos sobre os quais se funda a causa, no intuito de sagrar-se vitoriosa. Tal como

<sup>281</sup> Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 24 de jan. de 2013. Há outros julgados que ora optam por compreender que se trata de regra de julgamento, ora regra de procedimento. Para conhecê-los, basta consultar: o REsp n. 802.832/MG; REsp n. 1125621/MG; REsp n. 881.651/BA; Agravo de Instrumento n. 0233991-66 TJ/SP; Agravo de Instrumento n. 0224964-59 TJ/SP.

preconizado pelo dispositivo do Código de Processo Civil, a repartição do ônus da prova concebe a sua distribuição estática.

Em contrapartida, a regra da distribuição estática do ônus da prova revela-se insuficiente, sobremaneira para atender às particularidades das demandas em concreto, porquanto despreza as particularidades do direito material frente à realidade da vida, o que tem fortalecido a doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova<sup>282</sup>, que concebe a atribuição do ônus da prova àquele que reunir as melhores condições de produzi-la. Os esclarecimentos acerca dessa nova tendência são reproduzidas por Eduardo Cambi<sup>283</sup>:

[...] a distribuição do ônus (ou da carga) da prova se dá de forma *dinâmica*, posto que não está atrelada a pressupostos prévios e abstratos, desprezando regras estáticas, para considerar a dinâmica – fática, axiológica e normativa – presente no caso concreto, a ser explorada pelos operadores jurídicos (intérpretes).

A constatação do autor vem ao encontro dos ditames do processo que prioriza os princípios e direitos fundamentais processuais constitucionais – a moderna concepção de processo. Paulatinamente, os operadores do direito e o ordenamento brasileiro vêm acolhendo a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a regra que consta do Artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Nota-se que a doutrina também se mostra convicta da possibilidade de adotar a técnica, sob os auspícios da notável interpretação que preconiza a leitura constitucional das normas processuais – Artigo 333 do Código de Processo Civil–à luz dos princípios que consagram a lealdade e a boa-fé. Eis delineados os vetores de orientação da conduta das partes quanto aos seus deveres de colaboração, cooperação e solidariedade na condução do processo, visando alcançar o melhor resultado possível para a causa submetida à apreciação judicial. Trata-se, pois, de concretizar a tutela jurisdicional justa e efetiva.<sup>284</sup>

<sup>282</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Direito processual civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. 2. v. p. 78.

<sup>283</sup> CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 342. (grifo do autor).

<sup>284</sup> A leitura da decisão proferida pelo Desembargador José Luiz Germano do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Agravo de Instrumento n. 0.156.663-60, j. 4 dez de 2012 elucida a circunstância da distribuição dinâmica do ônus da prova: “*EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELA PARTE QUE NÃO REQUEREU A PERÍCIA – TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA – Construção doutrinária amplamente aplicada pela jurisprudência determina que a produção da prova seja suportada pela parte que possui melhor condições - Busca da verdade e o processo como instrumento de meio e não de fim. Recurso não provido.*” Ademais, em seu voto menciona outros julgados em que houve a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova: “[...] O Tribunal de Justiça de São Paulo tem vasta jurisprudência reconhecendo a aplicação desta teoria: Apelação nº

Observados os aspectos do ônus da prova, segue-se ao exame dos poderes instrutórios do juiz.

### 2.1.7 Poderes instrutórios do juiz

Princípios e valores vêm influenciando os diversos ramos do Direito contemporâneo. De fato, o direito processual sofreu as interferências e as transformações da perspectiva da leitura constitucional, de que resultou aprimoramento das técnicas e criação de instrumentais aptos à prestação da tutela jurisdicional justa e efetiva.<sup>285</sup>

Ante o resultado positivo da evolução por que passou a ciência do processo, entende-se superada sua visão privatista. É incontestável que a visão publicista agigantou os poderes do juiz na condução e instrução do processo, dotando-o de instrumentais adequados para agir com denodo no plano processual.

No âmbito da iniciativa probatória vigora o princípio dispositivo de que as partes, por intermédio da alegação dos fatos, estabelecem os limites da lide e de sua atividade probatória, porque se compoem a ancoragem da decisão judicial.<sup>286</sup> Com efeito, no sistema jurídico já se preveem essas disposições legais, como se constata, respectivamente<sup>287</sup>, nos Artigos 2º e 262, ambos do Código de Processo Civil.

É inegável que a moderna concepção publicista de processo haja interferido na diretriz relativa à preservação da imparcialidade do órgão judicial, a ponto de flexibilizá-la para atender à possibilidade de o juiz determinar de ofício ou a requerimento das partes que

9064684-68.2006.8.26.0000, 8ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Luiz Ambra, j. 04/05/2011, v.u.; Apelação nº 0003535-38.2004.8.26.0408, 26ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 27/04/2011, v.u.; Apelação nº 9203036-40.2005.8.26.0000, 27ª Câmara. Dir. Priv., rel. designado Des. Gilberto Leme, j. 05/04/2011, m.v.; Apelação nº 0000467-40.2009.8.26.0397, 26ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 01/03/2011, v.u.; Agravo de Instrumento nº 0405015-36.2010.8.26.0000, 21ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. Itamar Gaino, j. 02/02/2011, v.u. O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou pelo entendimento da teoria supracitada em acórdãos de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (REsp 896.435/PR, DJe 09/11/2009; e REsp 1.189.679/RS, DJe 17/12/2010). [...]”. (Disponível em: [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)).

<sup>285</sup> João Batista Lopes ratifica essa influência decisiva: “[...] o fenômeno da **constitucionalização do processo civil** – tal denominação indica a tendência de revisitação dos institutos fundamentais do processo à luz do Direito Constitucional – veio contribuir ainda mais para o fortalecimento dos poderes do juiz na direção e na instrução do processo.” (LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 173.).

<sup>286</sup> Assim concordam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco: “O princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão: **judex secundum allegata et probata partium iudicare debet**.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 70.).

<sup>287</sup> Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais. (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

Art. 262 O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial. (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).



se provejam de provas necessárias e cabíveis à instrução do processo, conforme determina o Artigo 130 do Código de Processo Civil<sup>288</sup>, observados os limites dos fatos alegados pelas partes.

Destarte, a iniciativa probatória passou a assistir não apenas às partes senão também ao juiz, – a quem, aliás, igualmente se confere a possibilidade de reunir elementos diversificados para que se assegure sua convicção, disponibilizando-lhe a determinação de tantas outras provas quantas julgar pertinentes e imprescindíveis ao deslinde da causa. Há de se convir que este procedimento não implica violação das regras do ônus da prova – segundo as quais compete às partes provar a procedência ou não de suas alegações –, tampouco fere o princípio dispositivo, que delega às partes a iniciativa processual.<sup>289</sup>

A interferência na instrução probatória visa à prestação da tutela jurisdicional efetiva, justa e adequada, pacificando socialmente os conflitos submetidos à apreciação judicial.

Ademais, no exercício de seu mister, o juiz deve pautar sua conduta visando à realização dos princípios constitucionais e dos propósitos sociopolíticos e jurídicos do processo, notadamente à justiça.<sup>290</sup>

Decorre daí a legitimidade das disposições que conferem ao juiz maior iniciativa na condução do processo, tornando-o guardião dos princípios constitucionais – contraditório e ampla defesa – e do conjunto de elementos imprescindíveis à promoção do equilíbrio entre as partes. Deve o juiz aspirar à efetivação da equidade e justiça no processo, sobremaneira em causas coletivas marcadas da hipossuficiência econômico-financeira ou cultural, e possa conduzi-las com equilíbrio a resultados em que se promova a paridade de armas.<sup>291</sup>

<sup>288</sup> Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

<sup>289</sup> José Roberto dos Santos Bedaque esclarece: “[...] a denominação ‘princípio dispositivo’ deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, que no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexo com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado ‘princípio dispositivo’. [...] De qualquer modo, ainda que se dê maior abrangência ao referido princípio, não pode ele implicar restrição ao poder investigatório do juiz. [...] pois entre os deveres do juiz está o de tomar iniciativa quanto à determinação dos meios probatórios, atendido o âmbito de investigação estabelecido pelas partes na determinação dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir).” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 94-95.).

<sup>290</sup> Nesse sentido, João Batista Lopes reconhece: “Para se lograr a efetividade do processo é de rigor que ao juiz sejam conferidos poderes bastantes de direção e de instrução, evitando que ele se converta em **convidado de pedra** da relação jurídica processual.” (LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 173.). (grifo do autor).

<sup>291</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. III. v. p. 52-53.

À luz dos aspectos considerados, há de se convir que a postura burocrática e protocolado juiz destoa da moderna concepção de processo civil, o que a torna reprovável.<sup>292</sup>

Em que pesem as argumentações desfavoráveis no sentido de que a ampliação dos poderes de instrução probatória do juiz ofende o princípio dispositivo, verifica-se que, de fato, não se lhe compromete a imparcialidade, uma vez que há limites a serem observados na manutenção da igualdade entre as partes.<sup>293</sup> Com efeito, cabe ao juiz atuar com intrepidez na apuração dos fatos que contribuam para a formação segura de sua convicção, de modo que não implique o seu envolvimento com o objeto da causa, tampouco favoreça uma das partes.<sup>294</sup>

Objetiva-se, ampliando-se os poderes instrutórios, o juiz possa esclarecer melhor os fatos e perseguir o provimento que propicie a decisão mais justa, tornando o processo um instrumento efetivo e adequado na concretização do acesso à justiça e da igualdade – condição que não afeta sua imparcialidade, uma vez que deverá observar o dever de motivação. Acode-lhe o Artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988<sup>295</sup> que incide sobre as determinações concernentes à instrução probatória, seguidas da correspondente submissão ao contraditório, o que lhe permitirá o controle da atividade jurisdicional, legitimando-ade modo a isentá-lo das arbitrariedades.<sup>296</sup>

Diante desses fundamentos, conclui-se que a consagração da ampliação dos poderes do juiz na instrução probatória não compromete os princípios constitucionais da igualdade, contraditório e da ampla defesa, apenas torna reais os anseios da sociedade na realização da justiça. Ademais, no reconhecimento de se ampliarem os poderes instrutórios do juiz, o Artigo 130 do Código de Processo Civil e demais dispositivos do mesmo diploma processual com

<sup>292</sup> LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 173.

<sup>293</sup> José Roberto dos Santos Bedaque afirma: “Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos. Para não perder a imparcialidade, basta que o magistrado se limite ao exame objetivo da matéria fática, cuja reprodução nos autos se faz mediante as provas. Não importa quem as traga. Importa, sim, que o provimento jurisdicional não sofra influência de outros elementos.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 114.). Comunga da mesma ideia: LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 174.

<sup>294</sup> Luiz Guilherme Marinoni considera “[...] parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, se queda inerte.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1. v. p. 415.).

<sup>295</sup> Art. 93. [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais (sic) a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

<sup>296</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 153.

previsões legislativas similares<sup>297</sup> corroboram a tendência da moderna concepção de processo civil.

### 2.1.8 Princípios aplicáveis à prova

Concernentes à evolução do constitucionalismo, percebem-se contribuições à formatação e organização do Estado contemporâneo, cujas respectivas Constituições passaram a contemplar-lhe o sistema jurídico fundamental, de modo a dotá-los de diretrizes essenciais ao equilíbrio do sistema e à regulação da vida em sociedade.

Com efeito, as Constituições contemporâneas preveem uma pauta de valores e princípios fundamentais ao exercício da atividade interpretativa, com vistas ao atendimento da dinâmica das transformações porque passa a sociedade. Um elenco de princípios e garantias inerentes ao direito processual ingressou no cerne das Constituições e reclama a releitura dos institutos fundamentais do processo à luz dos ditames constitucionais, notadamente dos princípios aplicáveis ao direito probatório<sup>298</sup>.

<sup>297</sup> Relativamente à ampliação dos poderes instrutórios do juiz, outros dispositivos processuais civis podem ser elencados, entre os quais se citam os artigos: 13; 113; 219, parágrafo 5º; 267, parágrafo 3º; 301, parágrafo 4º; 342; 346; 382; 399; 418; 436; 437; 440; 446, inciso II; 451; 461, parágrafo 5º; 798. (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).)

<sup>298</sup> Observa-se que os princípios concernentes à teoria geral da prova são distribuídos e podem ser considerados sob perspectivas diferentes. Sem que se pretenda esgotar a lista, Hernando Devis Echandía considera que a teoria geral da prova judicial não pode desconhecer os seguintes princípios: “1) *Principio de lanecesidad de laprueba y de laprohibición de aplicar elconocimiento privado deljuez sobre loshechos*; 2) *Principio de laeficacia jurídica y legal de laprueba*; 3) *Principio de launidad de laprueba*; 4) *Principio de lacomunidad de laprueba, tambiénllamado de laaquisición*; 5) *Principio delinterés público enlafunción de laprueba*; 6) *Principio de lalealtad y probidad o veracidad de laprueba*; 7) *Principio de lacontradicción de laprueba*; 8) *Principio de igualdad de oportunidad para laprueba*; 9) *Principio de lapublicidad de laprueba*; 10) *Principio de laformalidad y legitimidad de laprueba*; 11) *Principio de lapreclusión de laprueba*; 12) *Principios de lainmediación y de ladireccióndeljuezenlaproducción de laprueba*; 13) *Principio de laimparcialidaddeljuezenladirección y apreciación de laprueba*; 14) *Principio de laoriginalidad de laprueba*; 15) *Principio de laconcentración de laprueba*; 16) *Principio de lalibertad de laprueba*; 17) *Principio de lapertinencia y conducencia o idoneidad de laprueba*; 18) *Principio de lanaturalidad o espontaneidad y licitud de laprueba y delrespeto a la persona humana*; 19) *Principio de laobtención coactiva de los médios materiales de prueba*; 20) *Principio de lainmaculación de laprueba*; 21) *Principio de laevaluación o apreciación de laprueba de acuerdoconlasreglas de la sana crítica*; 22) *Principio de la carga de laprueba y de laautorresponsabilidad de las partes por suinactividad*; 23) *Principio de laoralidad o la escritura*; 24) *Principio inquisitivo enlaordenación y práctica de laspruebas*.” (ECHANDEA, Hernando Devis. **Compendio de laprueba judicial**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007. II. t. p. 31-47.). Traduzindo idêntico teor dos princípios e ancorando-se em contribuições de Hernando Devis Echandía, Rui Portanova sugere listagem mais sucinta: “*Busca da verdade, licitude da prova, inquisitivo, livre admissibilidade da prova, ônus da prova, comunhão da prova, avaliação da prova, imediatidade, concentração probatória e originalidade*”. (PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 197.). Por sua vez, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira propõem o seguinte rol de princípios do direito probatório: “*Inquisitivo; princípio da aquisição processual (da comunhão da prova ou da comunidade da prova); proibição do uso de prova ilícita; livre convencimento motivado*.” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. 2. v. p. 26-44.).

Conquanto a abordagem a esses princípios reclame profundas reflexões, a delimitação a que se submete o presente estudo obsta o aprofundamento exigido. Propõe-se, pois, a análise dos princípios atinentes à teoria geral da prova, tal como os tratam autores tradicionais, destacando os mais relevantes aos propósitos da pesquisa, mormente o princípio da proibição da prova ilícita no processo.

### 2.1.8.1 Princípio do devido processo legal, contraditório e ampla defesa

No primeiro capítulo, já se analisaram alguns pormenores concernentes ao princípio do devido processo legal, razão por que ora se retoma sucintamente o tema.

A formulação do princípio do devido processo legal tem previsão expressa no Artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988<sup>299</sup>. Trata-se de princípio fundante de que procedem todos os demais princípios processuais.<sup>300</sup>

É oportuno registrar as palavras de Rui Portanova, em que se traduz a essência do significado do devido processo legal para a contemporaneidade

O princípio nasceu com a preocupação de garantir ao cidadão um processo ordenado. Hoje o objetivo é maior. Adaptado à instrumentalidade, o processo legal é devido quando se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a efetiva igualização das partes no debate judicial.<sup>301</sup>

O princípio do devido processo legal garante a bilateralidade da audiência e o exercício da jurisdição.<sup>302</sup>

Levando em conta essas definições esclarecedoras, verifica-se que o princípio do devido processo legal constitui garantia que engloba o exercício do direito de ação, da ampla defesa e do contraditório, e, em decorrência, o direito fundamental à prova em que se ancoram o deferimento de iguais oportunidades às partes, favorecendo-lhes produzir provas e

<sup>299</sup> Art. 5º [...]: LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

<sup>300</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 77.

<sup>301</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 147.

<sup>302</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 88.

influir no resultado do processo, além do intuito de promover um processo justo e equilibrado, essencial à formação do convencimento judicial.<sup>303</sup>

De fato, observar de perto o devido processo legal implica fortificar a relevância do direito à prova no contexto dos institutos fundamentais do processo (ação/defesa, jurisdição e processo), razão por que o sistema jurídico deve predispor e disponibilizar os instrumentais adequados e efetivos, para que as partes possam confirmar a verdade dos fatos sobre os quais fundar sua pretensão.<sup>304</sup>

Nessa perspectiva, o princípio do devido processo legal ocupa posição central no sistema jurídico e assegura a aplicação das demais garantias e princípios constitucionais, notadamente o direito à prova.

O princípio do contraditório, previsto no Artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988<sup>305</sup>, evidencia a garantia da igualdade de tratamento das partes que estão em posições antagônicas, relativamente ao exercício do direito de ação e de defesa. De fato, as partes poderão produzir as provas que afirmem a existência da verdade dos fatos, refutar as alegações da parte contrária, participar do processo e influir no seu resultado.<sup>306</sup>

Ao conferir às partes a igualdade de oportunidades para que possam interferir no processo, utilizando-se de seus poderes e faculdades processuais, garante-se o princípio do contraditório real e efetivo.<sup>307</sup> Nota-se que o significado e alcance do princípio do contraditório no processo são imprescindíveis à promoção da igualdade substancial das partes. Ademais, imprime digno valor à bilateralidade da audiência e à paridade de tratamento.

<sup>303</sup> CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 3. v. p. 112.

<sup>304</sup> Reforçam-se aqui as afirmações de Eduardo Cambi: “*Pode-se, então, afirmar que o direito à prova, embora não seja um dos institutos fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo), ocupa posição de extraordinária grandeza no sistema processual, pois, sem ele, as garantias da ação e da defesa careceriam de conteúdo substancial; afinal, impedir que a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à ordem jurídica justa, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto.*” (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 3. v. p. 113.). (grifo do autor).

<sup>305</sup> Art. 5º [...]: LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).)

<sup>306</sup> A respeito, Rui Portanova conclui: “*Assim, não basta intimar a parte para manifestar-se, ouvi-la e permitir a produção de alegações e provas. Mais do que isto, o contraditório tem que ser pleno e efetivo, e não apenas nominal e formal. Mais do que acolher as razões das partes, o contraditório preocupa-se com o fato de estas influírem efetivamente no convencimento do juiz e até de criar dúvida em seu convencimento.*” (PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 161.). (grifo do autor).

<sup>307</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 209.

Mediante o princípio do contraditório assegura-se ampla defesa, em conformidade com o teor disposto no Artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988<sup>308</sup>, em que se confere às partes a possibilidade de se valerem dos meios e recursos que lhes são postos à disposição para a defesa de seus interesses em juízo, viabilizando-lhes instrumentos favoráveis e adequados à produção das provas inerentes à verdade dos fatos que buscam demonstrar.

Os ensinamentos de Nelson Nery Junior relativos ao princípio da ampla defesa trazem esclarecimentos precisos:

ACF 5º, LV garante a eles o direito de deduzirem alegações adequadas, isto é, que *efetivamente* tenham aptidão para fazer valer sua pretensão ou defesa nos procedimentos em que são acusados bem como nos processos administrativo e judicial. Feitas as alegações, os titulares da garantia da ampla defesa têm o direito à prova dessas mesmas alegações. De nada adiantaria garantir-se a eles com uma mão o direito de alegar e subtrair-lhe, com a outra, o direito de fazer prova das alegações. O direito à prova, pois, está imbricado com a ampla defesa e dela é indissociável.<sup>309</sup>

Verifica-se que os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa estão intimamente relacionados ao direito à prova. Importa, pois, considerá-los.

### 2.1.8.2 Princípio do livre convencimento motivado

A instrução probatória destina-se à formação da convicção do juiz, dado que ele não prescindir de elementos probatórios produzidos no processo para proferir a decisão e prestar a tutela jurisdicional justa e efetiva. O juiz desenvolve essa atividade valorando ou avaliando provas, ao mesmo tempo em que se subordina a determinados critérios.

Nesse contexto, desenvolveram-se três sistemas de avaliação, a saber: o sistema da prova legal<sup>310</sup>, o sistema da livre convicção<sup>311</sup> e o sistema da persuasão racional<sup>312</sup>. Os dois

<sup>308</sup> Art. 5º [...]: LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e **ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes; (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)). (grifo nosso).

<sup>309</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 244. (grifo do autor).

<sup>310</sup> Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, admite-se o sistema da prova legal por meio da “[...] *ordem processual em que preponderem regras de valoração da prova estabelecidas pela lei em caráter geral e abstrato, e não pelo juiz, em cada caso que julga*”. (DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. III. v. p. 101.). Corroboram a afirmação os ensinamentos de Moacyr Amaral Santos: “*Dá-se neste sistema aquilo que chamam **tarifamento** das provas, eis que cada prova tem como que tabelado o seu valor, do qual não há fugir, tornando-se assim o juiz órgão passivo incumbido apenas de, verificado o valor atribuído pela lei a cada prova, reconhecê-lo na sentença, sem*

primeiros sistemas de avaliação apresentam os inconvenientes intrínsecos a suas peculiaridades – provas tarifadas e liberdade plena do juiz, respectivamente. Ao considerar o sistema da persuasão racional, instala-se o equilíbrio fundamental.

Verifica-se, portanto, que o princípio do livre convencimento motivado decorre do sistema da persuasão racional adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, cujos alicerces legais se expressam no Artigo 131 do Código de Processo Civil<sup>313</sup> e no Artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988.<sup>314</sup>

Cumpra advertir que esse sistema comporta exceção, em atendimento ao teor disposto no Artigo 366 do Código de Processo Civil: “Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja pode suprir-lhe a falta”.<sup>315</sup> De fato, diante dessa circunstância, o juiz deverá observá-la, submetendo-se à regra legal.

Enfim, o princípio do livre convencimento motivado confere ao julgador liberdade para formar o seu convencimento mediante a observação de determinados critérios, uma vez que, ao decidir, deverá ater-se aos fatos alegados, às circunstâncias constantes dos autos e às provas que os assegurem, indicando os motivos que lhe formaram a convicção.<sup>316</sup> Determina-se, pois, que o juiz indique as provas que acolheu, o valor que lhes atribuiu e os motivos que

---

*que lhe caiba apreciar a prova na conformidade da eficácia que tem na formação da convicção.*” (SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, [entre 1950 e 1970]. 1. v. p. 329.).

<sup>311</sup> O sistema da livre convicção ou do livre convencimento opõe-se ao sistema anterior e confere plena liberdade ao juiz na apreciação das provas e na formação do seu convencimento. Inexistem limites quantos aos meios de prova de que poderá se valer e seu convencimento poderá se fundar em outras provas não constantes dos autos e até mesmo em suas impressões pessoais. A idoneidade desse sistema é questionada ante as possíveis arbitrariedades e injustiças que o julgador pode cometer pelo excesso de poderes.

<sup>312</sup> O sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado surge para propiciar o equilíbrio entre os extremismos dos sistemas da prova legal e da livre convicção. No contexto do sistema da persuasão racional, o juiz deverá ancorar sua decisão nas provas apresentadas nos autos, afastando-se, pois, de suas impressões pessoais. A liberdade que o julgador desfruta está condicionada a determinados critérios, cujo elenco é apresentado por Moacyr Amaral Santos: “a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; b) às provas desses fatos, colhidas na causa; c) as regras legais e as máximas de experiência; d) deve ser motivada.” (SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, [entre 1950 e 1970]. 1. v. p. 347.).

<sup>313</sup> Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstância constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

<sup>314</sup> Art. 93. [...] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais (*sic*) a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

<sup>315</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

<sup>316</sup> Nesse sentido: PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 244. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 1º de março de 2006.9. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 529. SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. **As provas no cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 29.

lhe serviram de substrato para formar o seu convencimento, de modo que se estabeleça o controle das arbitrariedades.

### **2.1.8.3 Princípio da aquisição processual ou comunhão da prova**

O princípio da aquisição processual – ou comunhão da prova – estabelece que, uma vez formulado o pedido de produção ou produzida, a prova pertencerá ao processo, não importando quem formulou o pedido, a produziu ou a introduziu no processo. Nesse passo, a prova servirá a qualquer das partes litigantes, podendo, inclusive, restar desfavorável àquele que formulou o pedido ou a produziu.

Ao analisar o conjunto probatório, o juiz não investigará a procedência das provas. Observada a licitude da prova produzida, o juiz valorará todo o material que constar do processo, o que fortifica a assertiva de que a prova pertence ao processo.<sup>317</sup>

### **2.1.8.4 Princípio da proibição das provas ilícitas**

Atribui-se às parte do processo o direito à prova, porque a atividade de produção das provas que reiteram as pretensões deduzidas em juízo constitui direito fundamental e atende aos propósitos da prestação de uma tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva.

No entanto, o exercício do direito probatório cerca-se de limites impostos pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Decorre daí a relevância do princípio da proibição das provas ilícitas.

A vedação à utilização de provas ilícitas não é novidade que surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988. Posto que se omitisse a previsão expressa quanto aos critérios de admissão das provas em juízo nas Constituições anteriores ao texto de 1988, a doutrina e a jurisprudência esboçaram discussões no sentido de não admitir a produção de prova ilícita. Mesmo diante desses posicionamentos dissidentes, o rigor da regra da inadmissibilidade da prova ilícita era passível de atenuações frente à adoção de critérios flexíveis.<sup>318</sup>

Conquanto o ordenamento jurídico brasileiro –por intermédio do legislador constitucional– tenha optado por vedar expressamente a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, uma vez que do Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988 consta

<sup>317</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, ano IX, v. 35, p. 231-238, abr./jun. 1984. p. 181.

<sup>318</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 259-260.



a vedação: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”<sup>319</sup>, o impasse doutrinário e jurisprudencial quanto à (in)admissibilidade da prova ilícita no processo resiste e constitui o epicentro das dissensões entre os que sustentam o caráter absoluto da norma e aqueles que as contestam.

Ao considerar o impasse acerca do caráter absoluto da norma, emergem os questionamentos relativos à (in)aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, cujos desdobramentos serão desenvolvidos no próximo capítulo.

## **2.2 Prova ilícita**

### **2.2.1 Considerações iniciais**

Com ancoragem constitucional no teor disposto no Artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988<sup>320</sup>, o direito de ação é fundamental e assume em seu conjunto o direito de provocar a jurisdição, o direito ao processo, o direito de inaugurar a relação jurídica processual, por fim, o direito à prestação da tutela jurisdicional justa, adequada, efetiva e tempestiva.

Nota-se que o direito de ação é assegurado às partes mediante a atribuição de poderes e faculdades processuais, uma vez que o direito à prestação da tutela jurisdicional pelo Estado não prescinde da observação ao contraditório e à ampla defesa.

Ao dotar as partes de condições materiais imprescindíveis à sua atuação no processo – poderes e faculdades processuais, notadamente os inerentes ao direito à prova – concretiza-se o direito constitucional de ação.

Em decorrência dessa circunstância, nota-se que a prova constitui elemento fundamental para justificar racionalmente a exatidão das argumentações proferidas pelas partes no âmbito do processo – relativamente à verdade dos fatos – e destinam-se a formar o convencimento do juiz.

Verifica-se, pois, que a respeito da prova, às partes devem se assegurar as mesmas condições para influir e participar da produção probatória<sup>321</sup>, com vistas à efetivação do contraditório e ampla defesa – expressões do devido processo legal em sua ampla acepção.

---

<sup>319</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

<sup>320</sup> Art. 5º. [...]: XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

<sup>321</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo**, São Paulo, ano IX, v. 35, p. 231-238, abr./jun. 1984. p. 232-233.

Sob a égide lógica da exposição apresentada, o exercício do direito à prova implica o teor do fragmento tomado de empréstimo a José Carlos Barbosa Moreira, constituindo-se na “ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis. A regra é a admissibilidade das provas; e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas, por alguma razão relevante”.<sup>322</sup>

No entanto, o direito à prova deve coexistir com outros direitos igualmente relevantes. De fato, a atividade probatória está sujeita a limites: as partes não poderão se valer de quaisquer meios de prova para fundear suas alegações acerca da verdade dos fatos e obter, no processo, o resultado desejado, uma vez que o processo representa um instrumento de atos encadeados, pautados pela lei, cuja observância é obrigatória.<sup>323</sup>

Reunir elementos probatórios a serviço da possibilidade de reconstruir os fatos pretéritos – sem parâmetros racionalmente justificáveis – no intuito de formar a convicção judicial, não constitui instrumental hábil à realização da justiça no processo. Advirta-se que, diante do confronto de outros valores constitucionais igualmente tutelados, dever-se-ão considerar os correspondentes abrandamentos.

É fato inelutável que essas diretrizes constavam do seio da doutrina e jurisprudência anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988<sup>324</sup> e exerceram decisiva influência na elaboração da norma contida no Artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988<sup>325</sup>, em que se nega a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Resta, pois, limitada a atividade probatória.

Nessa medida, a compreensão da (in)admissibilidade das provas ilícitas no processo, anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, reconhecia duas posições antagônicas, a saber: a primeira admitia a prova ilícita em prol da realização da justiça, imputando àquele que infringiu a norma jurídica a sanção correspondente, ao passo que, na

---

<sup>322</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, v. 84, p. 144-155, out./dez. 1996. p. 144.

<sup>323</sup> ECHANDÍA, Hernando Devis. Pruebas ilícitas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano VIII, v. 32, p. 81-93, out./dez. 1983. p. 83.

<sup>324</sup> Dentre as Constituições que precederam a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, citam-se: a Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824; a Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891; a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934; a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937; a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946; a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967; e a Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

<sup>325</sup> Art. 5º. [...]: LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

segunda, não se admitia a prova obtida mediante ofensa a preceito legal. Destarte, não se atribuía eficácia à prova.<sup>326</sup>

Abrandava-se o rigor dessas posturas pela adoção de um intermédio que conferia ao juiz a possibilidade de analisar as circunstâncias do caso concreto e, dessa forma, considerar os princípios colidentes. Referia-se, pois, à adoção do princípio da proporcionalidade. Observa-se que, àquela época – período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 –, a aplicação do princípio da proporcionalidade não restou imune às severas críticas formuladas pela doutrina, dado que permeável às impressões subjetivas do julgador.

O dissenso doutrinário e jurisprudencial marcou o período que antecedeu a Constituição Federal de 1988 e vedou expressamente a utilização das provas ilícitas no processo, mediante a norma contida no Artigo 5º, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.<sup>327</sup>

Procede considerar que a vedação constitucional – embora manifesta quanto à inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos –, manteve acesa a chama das controvérsias quanto à admissibilidade ou não da prova ilícita, uma vez que o texto constitucional se silenciou quanto ao caráter relativo dessa disposição normativa. Ademais, persistiu a possibilidade de se admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade relativamente à colisão de valores igualmente tutelados, notadamente no processo civil, porquanto, no processo penal, vige com maior vigor a defesa em prol da admissão das provas ilícitas, discussão que será retomada mais adiante.

Lançados que foram fragmentos precisos acerca do tema central da pesquisa – a questão das provas ilícitas e a (in)aplicabilidade do princípio da proporcionalidade –, que serão oportunamente particularizados, segue-se a abordagem a algumas distinções conceituais atinentes às provas atípicas, ilegais, imorais, ilícita e ilegítima.

## **2.2.2 Algumas distinções conceituais**

### **2.2.2.1 Provas atípicas, ilegais e imorais**

A princípio, procede constatar mais uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito do exercício do direito de ação, assegura às partes o contraditório e a ampla defesa, disponibilizando os meios e os recursos a ela inerentes, o que permite inferir a possibilidade

---

<sup>326</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, v. 84, p. 144-155, out./dez. 1996. p. 145-146.

<sup>327</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

de que todo e qualquer meio de prova possa ser utilizado para demonstrar as alegações de fato e formar a convicção do juiz. Contempla-se aí a liberdade na produção de prova.

Há de se convir que a liberdade na produção da prova comporta restrições atinentes aos instrumentos e meios probatórios, como disposto no Artigos 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988 e Artigo 332 do Código de Processo Civil. Propõem-se limites no esforço de coibir práticas arbitrárias que possam ofender outras esferas de direitos, cujo efeito de tutela o ordenamento jurídico preserva.

Fundando-se nessas premissas, propõem-se as delimitações conceituais, posto que sucintas, atinentes às provas atípicas, ilegais e imorais. Para tanto, passa-se a explorar a disposição do Artigo 332 do Código de Processo Civil, em que se assevera: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”<sup>328</sup>.

A respeito das provas atípicas, consta uma dupla acepção a ser considerada para a análise de seu conceito. O primeiro sentido refere-se àquelas provas não particularizadas pelas disposições legais, por exemplo, a prova emprestada e as provas decorrentes dos avanços científicos e tecnológicos. Acrescenta-se o fato de que um elenco taxativo quanto aos meios de prova limitaria o conteúdo do direito à prova, e, conseqüentemente, ofenderia o princípio da liberdade da prova.

Em sua palestra, José Carlos Barbosa Moreira declara admissível a utilização de provas atípicas no sentido de se obter conhecimento dos fatos por intermédio de forma diversa das que são previstas na lei para o caso de provas típicas.<sup>329</sup>

Essa diretriz expressa o modelo adotado pelo Código de Processo Civil em seu Artigo 332, em cujo teor se manifesta o ingresso de todos os meios de prova – posto que não especificados pela lei –, bem como os moralmente legítimos. A respeito, Eduardo Cambi formula interessante síntese: “a abertura do sistema processual às provas atípicas ou inominadas estimula a busca de meios mais adequados para influenciar a formação do convencimento judicial, aumentando a *liberdade* das partes e do órgão jurisdicional”<sup>330</sup>, ou seja, denota-se a desnecessidade de a lei formular um elenco dos meios de prova.

O segundo sentido assumido pela prova atípica refere-se à sua compatibilidade com a lei e com os ditames da ordem ética, uma vez que o Código exclui provas atípicas que estejam

---

<sup>328</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

<sup>329</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 19, v. 76, p. 114-126, out./dez. 1994, p. 117.

<sup>330</sup> CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 41. (grifo do autor).

em confronto com as regras legais.<sup>331</sup> Com efeito, a considerar-se pelo teor da disposição do Artigo 332 do Código de Processo Civil, reiterando-se que se admite a utilização de todos os meios de provas legais, inclusive os não indicados na lei, somados à possibilidade de se utilizarem meios moralmente legítimos, forçoso é deduzir que estão excluídos e vedados os meios ilegais de prova, ou os não agasalhados pela Moral.

Verifica-se que a análise do segundo sentido da prova atípica, mostra-se imprescindível ao objeto do trabalho, dado que incorpora as discussões concernentes às provas ilegais e imorais, inclusive os limites a que se encontram vinculadas porque sejam acolhidas no processo.

Nesse ponto se estabelece estridente relação entre os meios legais da prova e a legalidade na sua obtenção, ou seja, observam-se os limites da lei. Dever-se-ão obter os meios moralmente legítimos de prova mediante o acato aos preceitos morais, o que implica a possibilidade de se extrapolarem os lindes postos pelo direito positivo, resguardada, contudo, a finalidade da lei.<sup>332</sup> De fato, além de moralmente legítimo, o meio probatório deve ser legal.

Procede registrar que as breves considerações atinentes às provas atípicas, ilegais e imorais não tiveram a pretensão de esgotar o assunto, que, aliás, reserva outros enfrentamentos, senão pretende demonstrar a sua relevância para as discussões conceituais a respeito das provas ilícitas.

### 2.2.2.2 Prova ilícita e ilegítima

Em suas ponderações a respeito do tema, a Constituição Federal de 1988, no Artigo 5º, LVI<sup>333</sup>, optou pela inadmissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Conquanto a previsão legislativa se empenhe para absoluta e taxativamente opor-se ao ingresso de provas ilícitas – mantendo, destarte, a postura doutrinária de sua inadmissibilidade –, a circunstância não deixa de ser polêmica, a ponto de persistirem as argumentações em torno da possibilidade de abrandar, ou mesmo afastar, o rigor da norma em casos excepcionais.

Ademais, cumpre observar que, em princípio, e despindo-se do cunho técnico-científico exigido para esses fins, a doutrina tem se servido de um elenco de nomenclaturas

---

<sup>331</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 19, v. 76, p. 114-126, out./dez. 1994, p. 124.

<sup>332</sup> CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 52.

<sup>333</sup> Art. 5º. [...]: LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

para designar o mesmo fenômeno da ilicitude das provas, o que vem reaquecer a discussão que tange à (in)admissibilidade de provas para cuja obtenção se valeu de meios não legalmente assegurados. Apenas para citar alguns exemplos da terminologia aplicada a provas desse jaez, elencam-se: prova vedada; prova ilegítima; prova proibida; prova ilegal; prova ilegalmente obtida; prova ilicitamente obtida; prova ilegitimamente admitida (atenção: esta última dando margem a que se duvide da postura proba do magistrado competente!); proibições probatórias e um sem-número de torneios vocabulares aleatórios que a nada se destinam, senão a gerar imprecisões, equívocos e confusão conceitual e acarretar consequências várias, eventualmente graves. A exposição a seguir tenta prover esclarecimentos a respeito.

Urge, destarte, que sejam as provas discriminadas entre si, no intuito de lhes descortinar os efeitos práticos consequentes, o que se passa a considerar, fundando-se na doutrina do processualista italiano Pietro Nuvolone, em estudo publicado em 1966 na *Rivista di diritto processuale: Le prove vietate nel processo penale in Europa e in diritto latino*. Importa saber que doutrinadores brasileiros de escol<sup>334</sup> orientam-se pelos ensinamentos do autor italiano.

Sob a égide lógica dessa concepção, a diretriz adotada pelo texto constitucional parece comungar da doutrina do processualista italiano Pietro Nuvolone, que classifica a prova ilícita na categoria de prova vedada. Para o autor, prova vedada é a que, em um sentido absoluto ou relativo, vem de encontro a uma específica disposição legal ou a princípio de direito positivo.<sup>335</sup>

Em sentido absoluto, veta-se a prova quando o direito constituído se opuser em qualquer caso à sua produção, ao passo que, em sentido relativo, será vedada quando o ordenamento jurídico, embora admitindo o meio de prova, condiciona a sua legitimidade à observância de determinadas formas processuais previstas nos vários códigos e legislação específica.<sup>336</sup>

---

<sup>334</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.p. 61; AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 50-51; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição**: processo civil, penal e administrativo.9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 265; RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 17-19.

<sup>335</sup>NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale in Europa e in diritto latino*. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 21, p. 442-475, serie II. Padova: Cedam, 1966. p. 448.

<sup>336</sup>NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale in Europa e in diritto latino*. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 21, p. 442-475, serie II. Padova: Cedam. 1966. p. 449.

No contexto da doutrina de Pietro Nuvolone, a vedação pode ser estabelecida por lei processual, quer pela lei material (por exemplo, constitucional ou penal), quer expressa ou implicitamente deduzida dos princípios gerais.<sup>337</sup>

No âmbito das interdições a provas, o ponto culminante da exposição de Nuvolone funda-se na natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza puramente processual quando for posta em função dos interesses relacionados à lógica e à finalidade do processo; por outro lado, a proibição tem natureza substancial, quando, embora também servindo mediatamente a interesses processuais, é posta em função dos direitos individuais, independentemente do processo.

A esse respeito, procede considerar que o autor demonstra coerência na distinção que formula, porquanto a violação do impedimento configura, em ambos os casos, uma ilegalidade. Não obstante, no primeiro caso ocorre um *ato ilegítimo*, ao passo que, no segundo, um *ato ilícito*.<sup>338</sup>

Conquanto a postura doutrinária de Pietro Nuvolone possa ser indicativa de que o autor assume ser partidário da corrente que não admite, no processo, as provas ilícitas – dado que considera vedadas todas as provas –, cumpre advertir que o interesse volta-se apenas à análise da terminologia elaborada pelo autor, por reputá-la mais adequada e coincidente com o enunciado do Artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988 e com os desdobramentos deste trabalho. Ademais, a adoção da nomenclatura apresentada pelo autor implica consequências diversas, conforme será examinado mais adiante.

Desta forma, verifica-se que a prova será vedada ou ilegal<sup>339</sup> toda vez em que sua obtenção caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento jurídico, de natureza processual ou material. Contudo, se a proibição se originar de lei de natureza processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida). Em se tratando de

---

<sup>337</sup> Observe que a postura doutrinária de Pietro Nuvolone, ao considerar todas as provas como vedadas, indica que o autor assume ser partidário da corrente que não admite, no processo, as provas ilícitas. Cumpre advertir que, nesse ponto, o interesse volta-se apenas à análise da terminologia desenvolvida pelo autor. (NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale in Europa e nel diritto latino*. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 21, p. 442-475, serie II. Padova: Cedam. 1966. p. 449.).

<sup>338</sup> NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale in Europa e nel diritto latino*. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 21, p. 442-475, serie II. Padova: Cedam. 1966. p. 470.

<sup>339</sup> Nelson Nery Júnior, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, ao adotarem a classificação de Nuvolone, utilizam-se do termo prova ilegal para denominar prova vedada. (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 265; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 131.

proibição de natureza material, a prova será ilícita (ou ilicitamente colhida).<sup>340</sup> Com efeito, essa formulação remete à análise da natureza da norma ofendida.

Relativamente ao momento da transgressão, a ilicitude incide sobre a coleta da prova: atinge sua fonte, expressando a sua exterioridade ao processo. De seu lado, a ilegitimidade ocorre no momento de sua produção no processo, o que equivale a entender que atinge o meio de prova.<sup>341</sup>

Sob a perspectiva da natureza da norma ofendida e considerando o momento da transgressão na obtenção da prova, é possível extrair a justificativa para a distinção entre prova ilícita e ilegítima.

Ancorando-se na natureza da norma ofendida, Luiz Francisco Torquato Avolio argumenta a respeito da distinção de prova ilícita e ilegítima:

A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Assim, veremos que alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de deporem em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (art. 207 do CPP brasileiro); ou a recusa de depor por parte de parentes e afins (art. 206). A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinaram as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade. Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, 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. Para a violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias.<sup>342</sup>

Nota-se, portanto, que a prova será ilícita quando infringir norma de direito material e a violação se dará no momento em que a prova for coletada. Por outro lado, a prova ilegítima responde à violação a normas de direito processual e atenta contra o momento de sua

---

<sup>340</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 96.

<sup>341</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 61.

<sup>342</sup>AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 51.



regular produção no processo. As notas conclusivas elencadas indicam a possível distinção entre prova ilícita e ilegítima.

Destacados os aspectos precisos da exposição de Pietro Nuvolone, que considera para a prova vedada ou ilegal categoria genérica, de que decorrem as espécies de provas ilícitas em sentido estrito; e as provas ilegítimas. Procede aqui investigar os efeitos práticos relativos à distinção, portanto.

A prova obtida mediante a violação de uma norma de direito material – prova ilícita em sentido estrito – submeterá o infrator à sanção, se prevista na norma de direito material. Consequentemente, sua utilização será possível, se carecer de previsão processual que a torne inadmissível no processo.

Uma vez que são produzidas mediante a violação de normas materiais, sobremaneira de direito constitucional, ou de princípios gerais do ordenamento jurídico, provas reputadas ilícitas podem se configurar simultaneamente uma prova ilegítima, em decorrência de que a norma processual pode obstar-lhe a produção em juízo.

Observe-se que, se toda prova ilícita obtida mediante a violação de normas materiais configurasse simultaneamente prova ilegítima, tornar-se-ia inadmissível no processo, circunstância em que, consequentemente, bastaria sancionar de nulidade o ato, aplicando-se o sistema das invalidades processuais, tal como consta dos Artigos 243 e seguintes do Código de Processo Civil.<sup>343</sup> Merece, pois, o mesmo tratamento das provas ilegítimas.

Partindo da premissa de que a prova ilícita pudesse caracterizar-se coincidentemente ilegítima, a discussão até aqui sustentada resultaria inócua: a lei processual já se faria bastante competente para solucionar todas as questões que envolvessem as provas ilícitas, bastando para tanto aplicar-lhes o caráter da inadmissibilidade processual inerente às provas ilegítimas.

Não obstante, ocorre que a circunstância considerada não se constitui uma regularidade que se verifica frequentemente. É possível supor que a prova ilícita possa ser obtida, sem que ocorra a inobservância da formalidade processual, ofendendo apenas a legitimidade da obtenção.

Evidencia-se, pois, que a questão das provas ilícitas não se resume à sistemática da inadmissibilidade processual, uma vez há um hiato entre o momento da obtenção da prova ilícita e de sua produção/introdução no processo. Consequentemente, a solução processual para a circunstância do ingresso da prova ilícita no processo seria a ineficácia e não poderia

---

<sup>343</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

ancorar a decisão judicial, o que justificaria a impugnação da decisão a qualquer tempo, posto que ultrapassado o prazo da ação rescisória.

Mesmo diante da disposição contida no Artigo 332 do Código de Processo Civil, a Constituição Federal de 1988, no Artigo 5º, LVI, optou por assumir a postura doutrinária da inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos. Tal procedimento incide, pois, sobre a fonte da prova em ato anterior à sua produção no processo, ao passo que a disposição processual civil atua sobre os atos de produção da prova em si, o que equivale a entender que incida sobre os meios da prova. Justifica-se, por conseguinte, o fato de o legislador haver traçado a previsão normativa, tornando-a mais abrangente, se cotejada com o teor do disposto no Artigo 332 do Código de Processo Civil supramencionado.

Mostra-se incontestado que a norma constitucional não trouxe expressamente as consequências relativas ao ingresso da prova ilícita no processo, à revelia da proibição constitucional. Não obstante, é possível identificar que se adotou a concepção da ineficácia da prova ilícita, conforme se depreende da exposição de Cândido Rangel Dinamarco: “o reflexo processual da ilicitude na obtenção ou manipulação das fontes de prova é a *absoluta ineficácia da prova realizada através delas*”.<sup>344</sup>

No que concerne ao ingresso da prova ilícita no processo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho reforçam a inoperância antes destacada:

Mas aqui o fenômeno toma outra dimensão: as provas ilícitas sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tidas como prova. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica. Elas simplesmente *não existem como provas; não têm aptidão para surgirem como provas*. Daí sua total ineficácia.<sup>345</sup>

Ante as perspectivas expostas, deduz-se evidentemente que a prova ilícita, uma vez introduzida no processo, não poderá persistir para fundamentar a decisão judicial, sujeitando-se aos meios específicos de impugnação.

Malgrado o propósito de se discriminarem entre si as provas ilícitas e as provas ilegítimas, é oportuna a sugestão de Eduardo Cambi: “abandonar definitivamente a dicotomia *provas ilícitas-provas ilegítimas*, dando tratamento sancionatório unitário à ilicitude”<sup>346</sup>,

<sup>344</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. III. v. p. 49. (grifo do autor).

<sup>345</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 141. (grifo do autor).

<sup>346</sup> CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 67.

mediante a acolhida da noção de provas inconstitucionais, em acatamento ao que se assevera no Artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988.

A esse respeito, constata-se que a distinção que considera a natureza da norma infringida e o momento de sua produção no processo é inócua em relação às finalidades para as quais foram criadas, uma vez que, independentemente dessa suposta distinção, a prova produzida e condicionada à violação de um direito constitucionalmente tutelado não deve ser admitida ou utilizada no processo. Seguramente a prova materialmente ilícita conduz a único efeito: sua inadmissibilidade processual.<sup>347</sup>

A concepção que discrimina as categorias de ilicitude – material e processual – de fato se presta para conduzir à incoerência, mormente quando, em hipótese embora, trata-se de admitir em juízo todas as provas produzidas que violassem as normas de direito material. Ante essa circunstância esdrúxula, não vetá-las ou não obstar a sua produção e emprego corresponderia a formular, no âmago de uma lei processual, sua franca admissão no processo, e a relegar a previsão legislativa na norma de direito material diante de uma possível penalidade por um ato julgado repreensível.

Eduardo Cambidefende que se deva rejeitar a classificação dicotômica – provas ilícitas e ilegítimas – e tece críticas pontuais:

[...] i) o conceito de ilegitimidade não se aplica tão só ao processo, podendo ser considerados ilegítimos também os atos praticados em contrariedade ao direito substancial; ii) a ilicitude, [...] é uma categoria geral, que inclui tanto o direito processual quanto o direito material; iii) toda a prova ilícita, isto é, contrária ao direito processual ou material, pode ser considerada inadmissível no processo ou, caso equivocadamente admitida, ser considerada nula [...]; iv) essa classificação serviria de estímulo à prática da ilicitude, porque somente o ilícito cometido fora do processo seria repreendido [...]<sup>348</sup>

A proposta que considera a inconstitucionalidade das provas assegura que o conceito de prova ilícita não comporta sua divisão em categorias distintas: prova ilícita num sentido estrito e ilegítima, mesmo porque a prova ilícita reúne a ilicitude material e processual. Independentemente do momento em que tenha sido produzida e da natureza da norma violada, implicará a mesma sorte: sua inadmissibilidade no processo.

Propondo a uniformização de tratamento, o autor visa conferir centralidade ao ordenamento jurídico à luz da Constituição e evitar possíveis conflitos entre as normas de

<sup>347</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 271.

<sup>348</sup> CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 66.

direito processual e material, o que viria a ampliar o âmbito de incidência do conceito de prova ilícita, que passa abranger as normas constitucionais e infraconstitucionais, tanto de natureza material quanto processual. Para tanto, sugere ele a denominação *provas inconstitucionais*.<sup>349</sup>

Louváveis são os esclarecimentos formulados pela doutrina, atinentes às distinções conceituais acerca do termo provas ilícitas. Exibem-se mais elucidativas no tocante a possíveis consequências advindas da adoção de conceito dicotômico, como antes apresentado.

A exposição das particularidades intrínsecas a noção de prova ilícita demonstra que a Constituição Federal de 1988 acolheu a tendência da doutrina e jurisprudência então reinantes, que preconizavam a inadmissibilidade das provas obtidas mediante comportamento ilegal, o que conseqüentemente conduzia à sua ineficácia probatória. Valoriza-se, pois, o teor do fragmento formulado pelo legislador constitucional de 1988, uma vez que, manifestamente, tornou inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Conquanto mais desenvolvidas no âmbito do processo penal, importa considerar que, no âmbito do processo civil, essas discussões ganham vulto. Com efeito, a polêmica se faz essencial ao desenvolvimento deste estudo que trata da análise da admissibilidade ou não das provas ilícitas no processo civil. Apenas quando imprescindíveis, apresentam-se menções ao processo penal.

---

<sup>349</sup> CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 69.

## CAPÍTULO 3 – PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

*“Não se pode aceitar que a luta processual seja como uma guerra na qual o fim justifica os meios”<sup>350</sup>*  
Hernando Devís Echandía

### 3.1 A questão da (in)admissibilidade das provas ilícitas

#### 3.1.1 Considerações gerais

Tratados que foram alguns subsídios principais respeitando à prova ilícita, procede agora examinar o teor argumentativo dos fundados debates em torno dos pressupostos para sua admissibilidade ou inadmissibilidade no processo, mormente em virtude de a disposição constitucional – que consta do Artigo 5º, inciso LVI não haver solucionado o dissenso doutrinário e jurisprudencial que antecedeu a previsão legislativa.

Particularmente no âmbito do processo penal, duas questões relevantes da teoria geral da prova sobressaíram no momento inicial das discussões envolvendo a admissibilidade das provas ilícitas: o sistema do livre convencimento motivado e a busca da verdade. De fato, prevalecia naquele momento o propósito de favorecer a investigação da verdade, ainda que ancorada em provas ilícitas, em detrimento de outros interesses que estivessem em confronto.

Pautada em outros fundamentos e desconsiderando tanto o livre convencimento motivado quanto a busca da verdade, a doutrina italiana admitiu a utilização das provas ilícitas mediante a observação da máxima *male captum, bene retentum*.<sup>351</sup> Numa tradução livre desta fórmula até certo ponto autoritária, resultar-se-ia: “O que foi mal colhido ou obtido (no momento material) foi bem preservado (no momento processual)”. Destarte, o momento da coleta da prova cindia-se do momento de sua introdução no processo. Com efeito, conservava-se a prova ilícita no processo, admitindo-se, inclusive, a possibilidade de vir a ser valorada, exceto na hipótese de tortura, por exemplo. Posto que contraditas, ambas as posturas são determinantes da admissibilidade de provas no processo, sujeitando-se o agente da obtenção ilegal da prova à sanção que lhe impusesse a lei.

---

<sup>350</sup> “[...] no puede aceptarse que esa lucha procesual sea como una guerra en la cual el fin justifique los medios [...]” (ECHANDÍA, Hernando Devís. Pruebas ilícitas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano VIII, v. 32, p. 81-93, out./dez. 1983. p. 83.). (tradução nossa).

<sup>351</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 53.

Em inúmeros países, o desenvolvimento da perspectiva da admissibilidade das provas ilícitas no processo fez-se acompanhar de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais discordantes entre si.

Com o propósito de discriminar essas tendências, importa anotar a princípio a da admissibilidade da prova, que impõe ao responsável pela obtenção ilícita da prova a consequente punição que lhe impusesse a lei. Em segundo lugar, sustentava-se a tese totalmente oposta à primeira: excluía-se do processo a prova obtida por meio ilícito, uma vez que o ordenamento jurídico não poderia salvaguardar condutas ofensivas às disposições legais.

Por fim, logrou-se atenuar os rigores da regra prevalecente que defendia a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, mediante a aplicação excepcional do princípio da proporcionalidade, quando, diante do caso concreto, houvesse conflito de interesses entre bens e direitos igualmente tutelados e, caso assim se exigisse, aplicava-se o princípio da proporcionalidade.<sup>352</sup>

Nesse ponto, sucintamente embora, cabe aqui assinalar que tomaram corpo a atuação relevante e as contribuições do direito comparado em seu mister de analisar o sistema normativo e a orientação adotada por esses ordenamentos.

Ancorando-se na doutrina de Luiz Francisco Torquato Avolio<sup>353</sup>, consideram-se a seguir os passos evolutivos das concepções legislativas e jurisprudenciais agasalhadas por países diversos.

Em análise ao direito italiano, destaca-se que, num momento inicial, tendeu-se à vedação das provas obtidas mediante a utilização de meios ilícitos, assistindo ao juiz avaliar as possíveis exceções. Ademais, o advento da Constituição italiana e o reconhecimento de novos valores não foram suficientes para abrandar ou alterar a rigorosa postura doutrinária e jurisprudencial que repudiava a admissibilidade das provas ilícitas, de modo que, sob a vigência do Código de Processo Penal italiano de 1998, passou-se a prever expressamente a não utilização da prova ilícita no processo, fortificando a posição da doutrina.

Na Alemanha, os valores humanos sobrepujaram as concepções de tempos pretéritos, para configurem-se, portanto, como diretriz da tutela do indivíduo em detrimento do interesse público pela busca da verdade real. Avançando aos demais, precocemente em 1950, os alemães trouxeram no texto legislativo processual penal o veto à utilização de provas obtidas

---

<sup>352</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 61-62.

<sup>353</sup>AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 54-66.

por meios ilícitos, o que se presta a demonstrar haverem intrinsecamente supervalorizado a dignidade humana. Não obstante, a interpretação conferida à regra de sua aplicação alcançava apenas as ilicitudes cometidas pelo poder público, excluindo-se de seu alcance o âmbito do direito civil. Alterou-se essa tendência por decisão de 1954, e passou-se a aplicar a regra tanto a causas civis quanto às penais, estendendo-se a particulares e levando-se em conta a possibilidade de se preverem as proibições probatórias no texto da Constituição. Nesse cenário, o princípio da proporcionalidade ganha vulto, de modo a configurar mecanismo de atenuação da regra que proíbe taxativamente a utilização da prova obtida por meios ilícitos.<sup>354</sup>

No que respeita aos Estados Unidos da América, em diversas oportunidades, a jurisprudência proferiu decisões repudiando as provas ilicitamente obtidas, alicerçada em perspectiva de inadmissibilidade da prova. Com efeito, a jurisprudência da Suprema Corte Americana considera ilícita a prova obtida contraditoriamente às Emendas Constitucionais IV, V, VI e XIV, que tratam de casos de violação cometida por funcionários da polícia, contudo já se deixando conduzir pelo propósito de a doutrina e a jurisprudência ampliarem o âmbito de aplicação da regra que nulifica o efeito válido da prova obtida por meios ilícitos, para abranger os casos em que o ato delitoso fosse praticado por particulares.

Quanto à Espanha, observa-se que a doutrina dominante adota a postura da inadmissibilidade das provas ilegalmente obtidas, uma vez que configura uma violação ao ordenamento jurídico. Ademais, o posicionamento da moderna doutrina do direito espanhol não postula as mesmas distinções formuladas por outros países. Prefere valer-se do tratamento uniforme concernente ao resultado a que o agente da violação estará sujeito, à natureza do procedimento – civil ou penal – e ao momento de admissão ao processo.

No direito francês, a doutrina da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos teoriza-se por meio de previsão legislativa processual, e constitui hipótese de nulidade ante a violação dos direitos da defesa, caso em que assiste ao Tribunal deliberar da extensão da nulidade e de quais instrumentos probatórios serão excluídos dos autos.

Relativamente ao direito português, ao tratar das garantias afetas ao processo criminal, o texto constitucional prescreve a nulidade da prova advinda de meios ilegais. Curioso o fato de o Código de Processo Penal português relacionar os métodos proibidos de prova, nominando provas nulas às ilegais. Essa legislação reveste-se de tendência mais

---

<sup>354</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 263.

moderna no que respeita à doutrina e à jurisprudência, e contempla em seu sistema a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas.

No Brasil, fizeram-se sentir, a princípio, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais concernentes à defesa da admissibilidade da prova ilícita, seguida da tese da inadmissibilidade, inclusive admitindo a possibilidade de abrandamentos sugeridos pela aplicação do princípio da proporcionalidade, cuja nuança sofreu fundadas críticas, conquanto tenha sido relegada em momento posterior.<sup>355</sup>

Embora o Brasil já tenha abrigado astrês posturas respeitantes à introdução no processo de provas oriundas de comportamento e meios ilegais, verifica-se que os adeptos da regra da inadmissibilidade impuseram sua tese. Esse triunfo consta do enunciado do inciso LVI do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A questão suscita muitas dúvidas e remete o operador do direito ao exame dos limites impostos à vedação probatória contida no Artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988, recorrendo à análise do arcabouço teórico vigente na contemporaneidade.

Imbuídas do propósito de conferir flexibilidade ao rigor do veto à utilização de provas ilícitas, doutrina e jurisprudência acataram a tarefa de nominar as principais correntes de deliberação: àquela que defende a admissibilidade da prova ilícita chamaram permissiva; uma segunda corrente denominou-se obstativa por inadmiti-la e, por fim, uma terceira – assinalada intermediária – busca atenuar o rigor da disposição constitucional, propondo a flexibilização dos limites impostos à (in)admissibilidade de provas reputadas ilegais.

De acordo com essa proposição, aliás, muito semelhante aos aspectos antes tratados, segue-se a abordagem à questão da (in)admissibilidade das provas ilícitas no processo à luz das respectivas correntes de entendimento e postura.

### **3.1.2 A questão da (in)admissibilidade das prova ilícitas**

A síntese das breves reflexões precedentes assinala o porte que assumiram as discussões suscitadas em torno do dicotômico impasse gerado pela admissibilidade ou inadmissibilidade de provas emanadas de meios ilícitos no Brasil e no mundo. Com efeito, vieram à baila tanto a orientação prevalecente em cada dos ordenamentos jurídicos quanto os contrapontos das posturas neles adotadas.

---

<sup>355</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, v. 84, p. 144-155, out./dez. 1996. p. 146.



Importa considerar que, no Brasil, deixando-se influenciar pela predisposição para inadmitir provas ilícitamente colhidas, em decorrência de ser esta a postura acolhida pela doutrina dominante do momento, o legislador constitucional manifestamente lhes impugnou a admissão no processo, conforme se constata no teor do que dispõe o inciso LVI do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Essa configuração dos textos legislativos – que concebem o caráter geral e abstrato das leis – atende à estática das situações herméticas e afins. Negligencia, pois, a dinâmica que predomina e move o contexto social. Em decorrência desse desajuste, advém que a concepção originária do preceito legal que pretende regular todos os fatos da vida social, não se mostra suficiente e sensível à percepção de cada situação concreta; afinal, inúmeras são as alternativas do comportamento humano. É forçoso e evidente que a lei possa resultar inócua aos seus propósitos.

Por outro lado, a insensibilidade que permeia os textos legislativos atinge o âmbito da admissibilidade ou inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, uma vez que a aplicação pura e simples do enunciado legislativo – Artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988 – pode apresentar incoerências frente ao caso concreto, torna-se insuficiente ao atendimento de sua finalidade. Com efeito, a proibição da prova obtida por meio ilícito resta refém dos possíveis abrandamentos doutrinários e jurisprudenciais imprescindíveis à conformação da lei aos casos concretos.

Nesse passo, no que respeita à questão da prova ilícita no processo, é natural que o tratamento doutrinário e jurisprudencial possa ser divergente, o que, aliás, motivou a gênese das três linhas de entendimento – obstativa, permissiva e intermediária – elaboradas que foram precisamente para orientar a deliberação no sentido de adequar-se ao caso concreto, conferindo-lhe solução mais justa.

### **3.1.2.1 Corrente obstativa, contrária ou proibitiva**

Adeptos da diretriz teórica seguida na corrente obstativa sustentam a inadmissibilidade absoluta da prova obtida por meio ilícito, repudiando qualquer mecanismo que venha a abrandar os rigores da regra que obsta a introdução da prova ilícita no processo, conquanto se confrontem direitos igualmente tutelados.

Extraem-se os alicerces do posicionamento primeiramente do consenso em torno de que o ordenamento jurídico se assinala do caráter unitário tanto de suas normas quanto do

direito material e processual, de forma que devem unanimar, regulando, as condutas lícitas e ilícitas que a ele se apresentam.

Contrapor-se-ia à lógica que permeia o sistema, admitir no processo – por não contrariar norma de direito processual –, a prova resultante da coleta em meios ilícitos, quando houvesse apenas a violação à norma de direito material em sua obtenção. Destarte, a ilicitude ofensiva ao direito material apenas seria sancionada separadamente.

Nota-se que, para os defensores dessa postura, a prova obtida mediante a violação à norma de direito material ou processual deve ser sancionada de igual modo, uma vez que atenta contra o ordenamento jurídico, considerado em sua totalidade. Com efeito, a conduta das partes na produção das provas atestantes da veracidade dos fatos sobre os quais se fundam suas alegações deve observar os delineamentos já pautados na Constituição e em leis infraconstitucionais, independentemente do conteúdo a que a norma se refira ou enuncia. Deduz-se logicamente que independa da distinção entre as normas de direito material ou processual a constituição de juízo a respeito da conduta da parte no momento de obter prova: ela deve receber tratamento equânime relativamente a suas consequências jurídicas.

Ademais, a perspectiva daqueles que se comprometem a inadmitir absolutamente a prova ilícita ancora-se na questão da inconstitucionalidade, dado que sua consecução advém de comportamento ofensivo aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, entre os quais enumeram-se: o direito à privacidade, intimidade, honra, imagem, domicílio, sigilo de correspondência e de comunicação, configurando-se, pois, em agravo à própria Constituição.

Verifica-se que a corrente proibitiva, em período anterior à Constituição de 1988, coexistiu com a tese da admissibilidade das provas ilícitas no processo, argumentando-se que o interesse da Justiça na busca da verdade motivava a preservá-las, sem que se desconsiderasse a sanção aplicável ao sujeito infrator.<sup>356</sup>

Posteriormente, sobrevieram manifestações tímidas no sentido de se alterar definitivamente o paradigma daqueles que defendiam a admissibilidade das provas ilícitas, em favor da tese da inadmissibilidade, uma vez que o ordenamento jurídico não poderia salvaguardar a prática de condutas antijurídicas no intuito de se preservar a prova obtida por meio ilícito. Tal postura coincide com o teor das palavras de Nelson Nery Junior:

Mesmo na vigência da Constituição anterior, a doutrina e a jurisprudência já se posicionavam no sentido de ser inadmissível a produção, em juízo, de

---

<sup>356</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, v. 84, p. 144-155, out./dez. 1996. p. 146.

prova obtida ilicitamente. Entendia-se àquela altura, que essa prova não era ‘legal’ ou ‘moralmente legítima’ (CPC 332).<sup>357</sup>

De seu lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em decisões anteriores à Constituição Federal de 1988, fixou seu posicionamento no sentido de se considerar inadmissível a prova obtida por meio ilícito. Porque os relatos a respeito dos casos concretos que se prestaram de parâmetro para motivar a postura jurisprudencial se apresentem sob natureza emblemática e enigmática, apõe-se uma nota explicativa, em que se repudiam as interceptações telefônicas clandestinas tanto em matéria civil quanto em matéria penal.<sup>358</sup>

Consentânea às decisões do Supremo Tribunal Federal e à doutrina contrária à admissibilidade da prova ilícita no processo, a Constituição Federal de 1988 acolheu definitivamente a tese proibitiva, ao estabelecer em seu Artigo 5º, inciso LVI que: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.<sup>359</sup>

### 3.1.2.2 Corrente favorável ou permissiva

Posicionada no extremo radicalmente oposto à anterior, a corrente favorável ou permissiva consente o ingresso de prova oriunda de meios ilegais e a pressupõe válida e eficaz.

Conquanto o ato de coleta da prova esteja inquinado de ilicitude, preserva-se o valor da prova no intuito de aproveitá-la na formação do convencimento do juiz. Protege-se o

<sup>357</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 259.

<sup>358</sup> “Prova Civil. Gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher. Inadmissibilidade de sua utilização em processo judicial por não ser meio legal nem moralmente legítimo (art. 332 do Código de Processo Civil). Recurso extraordinário conhecido e provido” (RTJ 84/609); “Direito ao recato ou à intimidade. Garantia constitucional. Interceptação de comunicação telefônica. Captação ilegítima de meio de prova. Art. 153, § 9º da Constituição. Art. 332 do Código de Processo Civil. Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade e moralmente ilegítimo é o processo de captação de prova, mediante interceptação de telefonema, à revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser divulgada em audiência de processo judicial, de que sequer é parte. Lesivo a direito individual, cabe o mandado de segurança para determinar o trancamento da prova e o desentranhamento dos autos, da gravação respectiva. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RTJ 110/798); “Habeas Corpus. Processual Penal. Prova ilícita. Constitucional. Garantias dos §§ 9º e 15 do art. 153 da Lei Maior (inobservância). Trancamento do Inquérito Policial. 1. Os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal. 2. As provas produzidas no inquérito ora em exame – gravações clandestinas – além de afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo de comunicações (§ 9º, art. 153, CF), cerceiam a defesa e inibem o contraditório, em ofensa, igualmente, à garantia do § 15, do art. 153, da Lei Magna. 3. Inexistência, nos autos, de outros elementos que por si, justifiquem a continuidade da investigação criminal. 4. Trancamento do inquérito, o qual poderá ser renovado, fundando-se em novos indícios, na linha de previsão do estatuto processual penal. 5. Voto vencido que concedia a ordem em menor extensão. RHC provido para determinar o trancamento do inquérito policial”. (RTJ 122/47). (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 24 de out de 2012.).

<sup>359</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

interesse da Justiça na busca da verdade, restando ao infrator às sanções previstas pelo ordenamento.<sup>360</sup>

Procede considerar que essa postura aliena do processo apenas aquelas provas que violem normas de direito processual – as provas ilegítimas, portanto –, preservando-se as provas ofensivas às normas de direito material – as provas ilícitas – desde que seu conteúdo expresse a verdade. Observa-se, desta maneira, que a prova ilícita somente será demovida do processo quando reunir a condição de prova ilegítima, porque se torna sancionável processualmente mediante a sua inadmissibilidade, ou no caso de seu conteúdo destoar da realidade.

A esse respeito, Alcides de Mendonça Lima assevera:

[...] em que pese ao modo como foi obtido, o meio representa o fato ou coisa, de forma verdadeira, isso é, que seja a expressão da realidade, o mesmo não se pode deixar de admitir e ser objeto da apreciação judicial, servindo no conjunto da prova ou, até, como único, se outro não existir para alterar o fato ou coisa. [...] O que importa para o juiz é fazer justiça, conforme sua convicção na apreciação da matéria de fato (fundada em prova) ou no acolhimento das questões de direito em debate. O meio de prova somente não pode ter eficácia ou validade se atesta algo que não existiu, mas que aparenta que existiu pelos ardis, deturpações, alterações do original, como falsificar assinatura e letra, intercalar trechos, alterar texto, porque, aí sim, a atividade imoral modificou a verdade, que chegou até o juiz maculada ou, até transformada integralmente. Nesta hipótese, não é o meio atingido, mas o conteúdo, quanto à imprestabilidade de sentido moral.<sup>361</sup>

É inelutável que os defensores desse posicionamento admitam a prova ilícita, tendo em vista que o ordenamento jurídico processual deverá trazer previsão legislativa que indique seu afastamento, sob pena de a prova ilícita que não se revista do caráter da ilegitimidade e cujo conteúdo seja verdadeiro, vir a ser admitida no processo, restando ao infrator a sanção aplicável, se prevista em norma de direito material, em decorrência do ato ilícito cometido na obtenção da prova.

Adeptos da corrente ancoram seu posicionamento no princípio do livre convencimento e na busca da verdade real. Para tanto, propõem que as provas obtidas por meios ilícitos possam ser empregadas. Em face de bens igualmente tutelados, consideram que deverá prevalecer o princípio da verdade real quando da atividade de ponderação.

<sup>360</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, v. 84, p. 144-155, out./dez. 1996. p. 145-146.

<sup>361</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. A eficácia do meio de prova ilícito no código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 11, v. 43, p. 138-141, jul./set. 1986. p. 139-140. Nesse mesmo sentido: LENZ, Luís Alberto Thompson. Os meios moralmente legítimos de prova. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 76, v. 621, p. 273-282, jul. 1987. p. 273-282.

Luiz Francisco Torquato Avolio enfatiza serem os partidários dessa postura

[...] extremamente devotados à concepção da busca da verdade real, colocavam a reconstrução da realidade como princípio inspirador do processo, argumentando que prescindir de provas formalmente corretas pela tão só existência de fraude em sua obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo resultado do processo.<sup>362</sup>

Atualmente, os fundamentos que corroboram essa corrente não justificam mais a admissibilidade da prova obtida por meio ilícito.

Tal posicionamento constituía uma das vertentes defendidas antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que a doutrina e a jurisprudência encontravam-se divididas, o que demonstra que a tese da admissibilidade também desfrutou de alguma credibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>363</sup>

Importa observar que, anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, a Corte do Supremo Tribunal Federal houve por fixar definitivamente o entendimento no sentido de considerar ilícita a prova obtida ao reverso da lei.

A transição por que perpassaram as decisões motivadoras da mudança de postura ante a prova ilícita, desde a admissibilidade à sua inadmissibilidade, resta emblemática ainda hoje.<sup>364</sup> Não obstante, constata-se que, com o advento da Constituição Federal de 1988, perdeu ânimo e força a tendência para se admitirem, no processo, provas emanadas de meios ilícitos.

Em linhas gerais, quem se mostre favorável à admissibilidade preconiza que a prova será válida, eficaz e admissível ao processo, desde que seu conteúdo seja verdadeiro e não contrarie as normas de direito processual. Atenderá, pois, aos propósitos da Justiça na busca da verdade real, assistindo ao ordenamento jurídico prever a punição daqueles que tenham adotado o comportamento antijurídico.

<sup>362</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 52-53.

<sup>363</sup> Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho enfatizam: “Na jurisprudência mais antiga era comum a admissão da confissão policial, mesmo viciada, se confirmada por outras provas – especialmente a efetiva apreensão do produto do crime, por indicação do acusado, ainda que coagido: RT 441/413, 426/439, 429/379, 440/114, 402/337, 425/372 e 440/441. Quanto à admissibilidade de gravações telefônicas clandestinas: RF 257/277; RePro 4/403; TJSC, Bol. Jurisp. ADCOAS 21/330, 10, 26.05.1970. Para decisões que já repudiavam o resultado de buscas e apreensões ilegais, ver JTACrim 44/168, 49/200, 53/247 e 73/28; RT 441/344 e 442/386”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 137.).

<sup>364</sup> RTJ 84/609; RTJ 110/798; RTJ 122/47. (Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 24 de out de 2012.).

### 3.1.2.3 Corrente intermediária ou da teoria da proporcionalidade

Observados os aspectos concernentes aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que defendem a admissibilidade da prova ilícita e, de igual modo, o daqueles que pretendem sustentar postura mais severa, inadmitindo no processo as provas obtidas por meios ilícitos, passa-se a considerar os aportes da corrente intermediária, que se propõe a atenuar os extremos e os inconvenientes das proposições contrapostas, equilibrando-as.

Com efeito, a posição intermediária visa a soluções mais flexíveis: demonstra superioridade ao conferir ao juiz liberdade para avaliar a situação concreta e seus aspectos, atenta à gravidade do caso, à natureza da relação jurídica controvertida, à condição fática a que o litigante se encontra submetido para demonstrar as suas alegações, atribuindo/delegando ao julgador autonomia para avaliar quais bens jurídicos deverão ser sacrificados.<sup>365</sup>

As normas constitucionais, em princípio, abrigam em seu âmago determinados limites, o que reafirma o caráter relativo de suas disposições. Afinal, não se pode sempre predeterminar a harmonia do sistema jurídico, uma vez que, diante do caso concreto, os interesses e valores igualmente tutelados podem colidir, oportunizando os correspondentes abrandamentos no intuito de realizar a Justiça.

Concernente à regra da inadmissibilidade da prova ilícita, prevista na Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 5º, inciso LVI, cumpre elucidar que a aplicação dos abrandamentos antes considerados estende-se à inadmissibilidade da prova ilícita o idêntico caráter relativo, intrínseco às disposições constitucionais. Celso Ribeiro Bastos pondera a respeito: “o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa de sua redação”.<sup>366</sup>

Ao se conceder critérios flexíveis ao sistema jurídico, imprime-se concomitantemente à inadmissibilidade das provas ilícitas idêntica natureza relativa a que as normas constitucionais estão sujeitas, revestindo seu rigor de abrandamentos que, por sua vez, facilitam o acesso e a inserção da prova ilícita no processo.

---

<sup>365</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, v. 84, p. 144-155, out./dez. 1996. p. 146.

<sup>366</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. 2. v. p. 273.

Na circunstância considerada, verifica-se, pois, a adoção do princípio da proporcionalidade, indicativa da postura da Corte Constitucional alemã, ou da doutrina da razoabilidade intrínseca à Suprema Corte norte americana.<sup>367</sup>

A enunciação da postura intermediária não escapa incólume às críticas formuladas pelos doutrinadores: supõe-se que a análise subjetiva da situação do caso concreto poderá resultar na aplicação injustificável do princípio da proporcionalidade e induzir a distorções. Conquanto a doutrina sustente críticas relativas a inconsistência da aplicação do princípio da proporcionalidade, há de se convir que o posicionamento desmerece apreço.

Em contraposição às críticas formuladas pela doutrina, relativamente à aplicação do princípio da proporcionalidade, José Carlos Barbosa Moreira argumenta sólida e favoravelmente à sua aplicação, assegurando que

[...] cumpre não perder de vista quão frequentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como o de ‘bons costumes’, o de ‘mulher honesta’ ou o de ‘interesse público’. A subjetividade do juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir; se pretendêssemos eliminá-la de todo, seríamos forçados a substituir por computador os magistrados de carne e osso.<sup>368</sup>

As nuances apresentadas revelam-se imprescindíveis à compreensão das tensões presentes no ordenamento jurídico. Ademais, convidam operadores do direito a tornar efetiva a interpretação das normas que contempla a integralidade do sistema.

Quando se considera a postura que imprime valor à ciência do processo e orienta a interpretação sob os auspícios dos novos cânones do direito, faz-se relevante enfatizar que tanto o direito à prova quanto a inadmissibilidade da prova ilícita encontram abrigo no texto constitucional. Devem-se, no entanto, observar limites, uma vez que o direito constitucional à prova não deve constituir pretexto para justificar a obtenção da prova por meios ilícitos. Cadadesses direitos constitucionalmente tutelados poderá vir a ser restrito, dependendo das circunstâncias do caso concreto.

Em decorrência da orientação que recomenda os valores intrínsecos ao ordenamento jurídico, ganha notabilidade o exercício da função jurisdicional, a cujo órgão se submete o conflito de interesses e a quem assistirá a árdua tarefa de harmonizar os direitos

---

<sup>367</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas:** interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 72-75.

<sup>368</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, v. 84, p. 144-155, out./dez. 1996. p. 146.

constitucionais em confronto, estabelecendo seus correspondentes limites, por meio da prevalência de valores.

Desta maneira, resulta incontestemente a utilização do critério da proporcionalidade na preservação dos valores sociais mais relevantes para a sociedade e para o indivíduo, notadamente aqueles relacionados à integridade física, à vida, à privacidade e à inviolabilidade do sigilo das comunicações, além de outros igualmente tuteláveis.

Por conseguinte, mostra-se conveniente e útil valer-se da proposta intermediária, porquanto coordena o direito constitucional à prova e à regra da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo aos demais valores constitucionais a que se aplica o princípio da proporcionalidade. Apresenta-se, pois, coerente aos propósitos da decisão que se pretenda justa, além de conferir harmonia ao sistema jurídico. Nelson Nery Junior reitera o teor da assertiva, enfatizando que

[...] não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A proposição da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de *princípio da proporcionalidade* (*Verhältnismässigkeitsmaxime*), devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais.<sup>369</sup>

Expuseram-se as particularidades de cada um dos possíveis posicionamentos aplicáveis à questão da (in)admissibilidade das provas, concluindo-se favoravelmente à tendência de a doutrina adotar a corrente intermediária, porquanto se apresenta mais em equilíbrio com a enunciação da tutela jurisdicional justa e efetiva. De fato, porque se bem valorize o *intermezzo* entre as posturas, convém elucidar miudamente a função do critério da proporcionalidade e de sua evolução no ordenamento jurídico, o que se fará no tópico que segue.

## 3.2 Teoria da proporcionalidade

### 3.2.1 Considerações gerais

---

<sup>369</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 260.



Ao fim da Segunda Guerra Mundial, transfiguraram-se os paradigmas vigentes da ciência do direito. Com efeito, ganhou vulto a ideia de que o positivismo jurídico estava em crise, em virtude de sua neutralidade ante os valores morais, políticos e éticos, de modo que se tornou insuficiente e inócua à compreensão do Direito. Ademais, sob a égide do positivismo jurídico, até certo ponto justificavam-se os horrores das experiências totalitárias.

A inconveniência do positivismo jurídico fortificou o propósito da inauguração de nova doutrina que, então, propiciasse a reaproximação entre o Direito e a Moral e considerasse o conteúdo da lei com vistas ao controle do Estado. Evitavam-se, destarte, as arbitrariedades permitidas pelo positivismo jurídico.

Nota-se que, independentemente dos países que as elaboraram, as Constituições adquiriram notável e máxima autoridade, de tal forma que “a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”.<sup>370</sup>

De fato, as atuais Constituições romperam com os paradigmas pretéritos, para vitalizar as novas formulações ideológicas a elas incorporadas. Passou-se a exigir do intérprete uma postura inovadora, visando contemplar técnicas de decisão, dado que coerentes à preservação dos princípios constitucionais, à obediência ao pluralismo político e ao atendimento a demandas contemporâneas.

Trata-se de exigência da teoria do Direito, que incorporou ao elenco geral das normas jurídicas as já consagradas nos textos das modernas Constituições, passando a denominarem-se normas constitucionais, definidoras que são de direitos fundamentais.<sup>371</sup>

Posto que, no Brasil, a nomenclatura *princípio da proporcionalidade* seja a mais usual, difusa e aceita sem maiores discussões, uma vez que indica disposição fundamental, urge esclarecer que existe controvérsia relativamente ao emprego do termo *princípio* tal como concebido na doutrina de autores vários. Com efeito, há de se elucidar o impasse em torno da terminologia e do conceito mencionados, em virtude de ser o *princípio da proporcionalidade* o objeto delimitado para este estudo. Aliás, para ainda mais suscitar a celeuma atinente ao emprego da nomenclatura, levanta-se a voz do contraponto na doutrina de Humberto Bergmann Ávila, que alerta haver uma eiva de vício permeando a postura dessa questão, o que será abordado mais adiante.

---

<sup>370</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 353.

<sup>371</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 43.

Perseguindo o propósito de definir semântica e juridicamente o termo em discussão, constata-se que o conteúdo das normas vem discriminado em duas categorias, a saber: princípios e regras, para cuja distinção sugere-se atentar para as formulações propostas por Robert Alexy, amparado nos aportes fornecidos por Dworkin. Ei-las:

[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados [...] a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.<sup>372</sup>

Parece que a distinção qualitativa formulada por Robert Alexy – toda norma será ou uma regra, ou um princípio – atinge o busílis da problemática que torneia a dificuldade para definir/conceituar o que vem a ser um princípio.

Nesse sentido, verifica-se que regras descrevem condutas desejadas, previstas e determinam situações em que serão aplicáveis. Na hipótese de que ocorra conflito de regras, a solução se dará por subsunção, procedimento de que se deduz que uma das regras será descumprida. Por outro lado, os princípios traduzem valores abstratos gerais a serem alcançados e cumpridos no mais elevado grau possível, de forma a se tornarem a medida de todo o ser e agir do homem, observadas as condições fáticas e jurídicas. Em decorrência lógica ao enaltecimento do valor alçado pelos princípios, há que se considerar o fundo das investigações e ponderações exigidas quando, na hipótese de se colidirem princípios, tratar-se de atribuir peso a cada um deles, porque se aplique aquele que melhor preserve a integridade de todos os princípios postos em confronto, também aqui observando as circunstâncias do caso concreto.

Conforme já se referiu anteriormente, Humberto Bergmann Ávila se contrapõe à sistematização proposta por Alexy, postura que, de certa forma, instiga – mas corrobora! – as posturas divergentes que, no âmbito doutrinário, respeitam à diretriz conceitual mais coerente e adequada. Enfatizando a natureza vaga e ambígua de algumas regras, mormente daquelas que contêm conceitos jurídicos não devidamente delimitados, Ávila ousa assinalar que:

---

<sup>372</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91. (grifo do autor).

“[...] a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método ‘tudo ou nada’ de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas as suas consequências, de um processo prévio – e por vezes longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. [...] A única diferença constatável continua sendo o *grau de abstração anterior à interpretação* (cuja verificação também depende de prévia interpretação): no caso dos princípios, o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada [...] no caso das regras, as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser concretizadas por meio do processo de aplicação.<sup>373</sup>

Procede insistir que, malgrado as considerações aqui tomadas, ainda não se bateu definitivamente o martelo, tampouco se desfez o nó górdio em torno da distinção entre regra e princípio.

Relativamente ao *princípio da proporcionalidade*– objeto de investigação neste estudo –, inflama-se mais a polêmica ante a postura de Luís Virgílio Afonso da Silva, que não o trata como *princípio*, conforme se pode constatar neste excerto de sua autoria: “o chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante sem variações”.<sup>374</sup>

Ainda concernente à questão conceitual que incide sobre o denominado *princípio da proporcionalidade*, merece apreço a exposição de Humberto Bergmann Ávila:

ALEXY, sem o enquadrar noutra categoria, o exclui, com razão, do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência.<sup>375</sup>

Há de se ponderar que o próprio Robert Alexy adverte que “a máxima (*sic*) da proporcionalidade é com frequência denominada ‘princípio da proporcionalidade’. [...] no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado”.<sup>376</sup>

<sup>373</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípio e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999. p. 161-162. (grifo do autor).

<sup>374</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 25.

<sup>375</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípio e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999. p. 169.

<sup>376</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117, nota de rodapé 84. (nota de rodapé do autor).

A entrada *máxima* no Dicionário HOUAISS da Língua Portuguesa<sup>377</sup> remete a ambos os destinos – às várias acepções da palavra e à indefinição do conceito “princípio” que aqui se pretende elucidar. Passa-se a enumerar as acepções que, mais de perto, interessam ao propósito da investigação: 1. *regrade* conduta ou pensamento sem qualquer conotação de valor; 2. preceito, sentença que exprime uma *regra* moral, um *princípio* de conduta; 3. axioma, *princípio* geral aceito em qualquer arte ou ciência; 4. fórmula breve que enuncia uma *observação de valor geral*; 5. FIL em Kant, *princípio* que o sujeito escolhe livremente para servir-lhe de *norma* de conduta.

Ora, partindo dessas acepções que assume o vocábulo *máxima*, por extensão, deduz-se que Alexy tenha empregado a expressão *máxima da proporcionalidade* para designar as máximas parciais da proporcionalidade – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, em sentido estrito –, provavelmente consideradas por ele como regras.<sup>378</sup> As assertivas feitas por Alexy apontam para o termo *regra da proporcionalidade* como o mais adequado a nomear-se o instituto aqui posto em discussão. Com efeito, é expectativa que o intérprete/operador de Direito venha se valer de uma diretriz precisa e segura, de um conjunto de regras onde pautar sua conduta, suas reflexões, seu convencimento e decisão última, toda a vez em que se propuser a confrontar e ponderar valores.

Em que pesem as considerações feitas acerca do emprego preferencial da nomenclatura *regra da proporcionalidade*, optou-se, para efeitos metodológicos no presente estudo, pelo termo *princípio*, o que implica, pois, que se acolha aqui a expressão *princípio da proporcionalidade*, uma vez que é a terminologia mais recorrente na linguagem jurídica nacional.

É fato que não se pode argumentar sobre o emaranhado confuso de distinções com que tanto a doutrina estrangeira quanto a pátria têm tratado da classificação das normas nos bifurcados conceitos de princípios e regras, sem que houvessem sanado sequer a dúvida que ainda paira acima da terminologia mais adequada para designar o *princípio da proporcionalidade*.

Não obstante, esses retalhos concernentes à terminologia cumpriram seu mister de servir de diretriz teórica ao desenvolvimento de assuntos correlatos a se abordarem mais adiante. Com efeito, regra, máxima ou princípio – não importa como o nomeiem – são

<sup>377</sup> Dicionário HOUAISS da Língua Portuguesa, 2001, p. 1872, vocábulo “máxima”. (grifo nosso).

<sup>378</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117, nota de rodapé 84. (nota de rodapé do autor). Procede considerar que Humberto Bergmann Ávila utiliza o termo “dever de proporcionalidade”. (ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípio e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.).

pressupostos que remetem ao legítimo reconhecimento e à aplicação deste instituto que, efetivamente, participa do exercício da jurisprudência.

Posto isso, neste ponto importa ainda registrar mais algumas considerações conceituais igualmente relevantes ao progresso do presente estudo. Trata-se do termo *proporcionalidade*.

Mais uma vez se recorre à lexicografia, com o propósito de buscar abonações precisas ao termo referido. Encontrou-se que proporcionalidade denota a “qualidade ou característica do que é proporcional”<sup>379</sup>, o que remete ao sentido do qualificativo “proporcional” – tudo quanto possa se apresentar em proporção, em relação harmoniosa, equilibrada com outra coisa, em igual intensidade, grandeza, grau. Destarte, eis alcançado o escopo de encontrar uma diretriz para que se compreenda o instituto e como se insere ele no âmbito dos debates que permeiam a aplicação do direito como subsídio útil à efetivação da justiça.

Alicerçado na doutrina alemã, Paulo Bonavides<sup>380</sup> estabelece que, em sentido lato, o conceito de proporcionalidade denota “a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder”. Se tomada a expressão em seu sentido estrito, assume o princípio da proporcionalidade a chancela da “existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios em que são levados a cabo”. Conforme se pode deduzir da proposta conceitual, o autor enfatiza a função que preenche o princípio da proporcionalidade nos sistemas jurídicos – servir-se de fiel na balança para regular e adequar a lei, segundo as premissas da harmonia e da justiça.

Corroborando esse entendimento a formulação de Luís Virgílio Afonso da Silva:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito [...] empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.<sup>381</sup>

Analisando-se o contexto, deduz-se que se apresenta acorde com o que assinala Geraldo Chamon Júnior: “o princípio da proporcionalidade, é antes de tudo, um princípio de

---

<sup>379</sup> Dicionário HOUAISS da Língua Portuguesa, 2001, p. 2313, vocábulo “proporcionalidade”.

<sup>380</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 393.

<sup>381</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 24.

orientação, sem conteúdo próprio. É utilizado nas ações concretas de ponderação de interesses em que se opta pela prevalência de um ou alguns princípios em detrimento de outros”.<sup>382</sup>

Verifica-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade constitui uma diretriz à interpretação e aplicação do direito, no intuito de harmonizar o sistema jurídico nos casos em que houver uma colisão de direitos igualmente tuteláveis, notadamente os direitos fundamentais.

Uma vez observados os aspectos angulares do princípio da proporcionalidade – ao menos em se tratando da condição de categoria teórica precípua para o objeto desta pesquisa –, abordar-se-ão as linhas por que passou sua evolução.

### 3.2.2 Linhas evolutivas

A concepção de proporcionalidade remonta à Antiguidade Clássica e correspondia ao sentimento de bem-estar das pessoas convivendo em comunidade. Por longo tempo permaneceu impregnada do pensamento jurídico-filosófico e ganhou vulto no século XIX, quando foi acolhida pela Teoria do Estado. Com efeito, o termo ‘proporcional’ ganhou expressividade ao se desenvolver no âmbito do Direito Administrativo relativamente à possibilidade de balizar a franca liberdade do administrado, mediante o exercício do poder de polícia assistido à Administração Pública. Depois que Jellinek publicou, em 1913, obra dedicada ao estudo da aplicação da norma jurídica e proporcionalidade, a medida ampliou seus domínios de influência aos demais órgãos da administração, conquistando, inclusive, os ramos do Direito.<sup>383</sup>

De fato, no desempenho de seu mister, a administração pública deve se valer apenas das medidas que forem imprescindíveis ao alcance da finalidade a que se propuseram, sem que isso implique maiores gravames ao administrado. Destarte, equilibram-se proporcionalmente os meios de que a Administração Pública se utiliza para o desempenho de sua atividade administrativa, coesos e coerentes com os fins desejados.

Constata-se que a doutrina alemã logrou êxito na tarefa de trasladar a noção de proporcionalidade intrínseca ao Direito Administrativo para o Direito Constitucional. Ademais, atribui-se ao Tribunal Constitucional alemão o primeiro emprego preciso do termo, proferido em decisão de 16 de março de 1971, referindo-se à armazenagem de petróleo.

---

<sup>382</sup> CHAMON JÚNIOR, Geraldo. **O princípio da proporcionalidade e a realização da justiça**. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, UNIVEM, Marília, 2004. p. 22.

<sup>383</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 66-68.

No Brasil, manifestou-se a noção de proporcionalidade entre doutrinadores administrativistas. Ao abordar os princípios constitucionais do direito administrativo brasileiro, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>384</sup> declara que o princípio da proporcionalidade enuncia a ideia de que “as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”. Esclarece que o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade, com idêntica matriz constitucional: o Artigo 37 da Lei Magna irmanado com os Artigos 5º, II e 84, IV. Conclui asseverando que o fato de se buscar o princípio da proporcionalidade pela trilha assinalada não o faz menos amparado, nem menos certo ou verdadeiro, “pois tudo aquilo que se encontra implicado em um princípio é tão certo e verdadeiro quanto ele”.

De seu lado, Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>385</sup>, ao tratar da questão dos princípios da Administração Pública, pondera que o princípio da razoabilidade se aplica ao Direito Administrativo para cumprir o escopo de impor limites à discricionariedade administrativa e ampliar ao Poder Judiciário o âmbito de apreciação do ato administrativo. Assegura que a proporcionalidade está contida na razoabilidade, uma vez que este princípio insta uma relação estreita entre os meios de que se serve a Administração e os fins a que visa alcançar. Concernente aos limites impostos ao poder de polícia, a autora o estabelece na medida exata do necessário à satisfação do interesse público que deve proteger. Sua finalidade não é destruir os direitos individuais, senão assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social. Apenas poderá reduzi-los quando ocorrerem embates de interesses da coletividade, caso em que sua atuação igualmente se restringe à medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.

Sob a égide do constitucionalismo contemporâneo, outros ordenamentos acolheram o conteúdo do princípio da proporcionalidade, como a Constituição Portuguesa que, em seu Artigo 18, item 2, ao tratar da força jurídica, previu que: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”<sup>386</sup>.

Observa-se que o texto constitucional brasileiro não consagrou disposição expressa nesse sentido. Não obstante, a omissão não obsta sua aplicação, uma vez que, acorde com

---

<sup>384</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 110-112.

<sup>385</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 95-133.

<sup>386</sup> Disponível em: [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt).

Willis Santiago Guerra, “a circunstância de ele não estar previsto expressamente na Constituição de nosso País não impede que o reconheçamos em vigor também aqui”.<sup>387</sup>

Dada sua relevância, sugere-se identificar as formulações doutrinárias relativas ao fundamento do princípio da proporcionalidade, questão que tem suscitado muitas controvérsias.

Os segmentos doutrinários sustentam a ancoragem do princípio da proporcionalidade ora no Estado de Direito, ora nos dispositivos constitucionais que enunciam princípios explícitos no texto da Constituição Federal de 1988, a saber: legalidade, direito de ação, princípio republicano, cidadania, dignidade, inclusive nas expressões constantes do texto constitucional que indicam o termo “proporcional”; ora em enunciados decorrentes do regime e de princípios adotados pela Constituição, por exemplo, o teor do Parágrafo 2º do Artigo 5º da Constituição de 1988.<sup>388</sup>

Merece apreço a circunstância de que outros textos legislativos também podem conter disposições atinentes ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, como ocorre no Artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo e do fragmento da Lei 9.784/99.<sup>389</sup>

Trata-se de princípio que norteia a aplicação do direito, notadamente dos direitos e garantias fundamentais, inerente aos mais relevantes ramos e matérias do direito. O teor das palavras de Willis Santiago Guerra vem ao encontro dessa assertiva:

É ele que permite fazer o ‘sopesamento’ (*Abwägung, balancing*) dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontram em estado de contradição, solucionando-se de forma que maximize o respeito a todos os envolvidos no conflito.<sup>390</sup>

<sup>387</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 62.

<sup>388</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011; BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>389</sup> Art. 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, **razoabilidade**, finalidade, motivação, interesse público e eficiência. (Disponível em: [www.legislacao.sp.gov.br](http://www.legislacao.sp.gov.br)). (grifo nosso). E Art. 2º da Lei 9.784/99: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade**, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)). (grifo nosso).

<sup>390</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 66.



Constata-se que o direito processual também se deixa perpassar pela influência de proporcionalidade, uma vez que incorpora um elenco de princípios que traduzem direitos e garantias fundamentais passíveis de sofrer os correspondentes sopesamentos, visando realizar os princípios processuais constitucionais na maior medida possível. A edificação desse arcabouço teórico aplica-se, inclusive, à questão da (in)admissibilidade da prova ilícita no processo civil e possibilita, diante do caso concreto, impugnar ou não a vedação probatória, mediante a ponderação dos valores igualmente tutelados pela Constituição.

Passa-se, agora, ao exame particular do desenvolvimento da noção de proporcionalidade no direito norte-americano e no direito alemão, com o intuito de compreender a concepção de razoabilidade e proporcionalidade em cada respectivo ordenamento.

### 3.2.2.1 Direito norte-americano

O termo *razoabilidade* é recorrente no direito norte-americano e pode assumir diversas significações, ao passo que, para os alemães, a razoabilidade coincide com a noção de proporcionalidade. Há de se convir, pois, que o trabalho científico exige rigor no emprego de terminologias que impliquem instrumentalidade técnica, visando realizar as distinções indispensáveis à compreensão dos institutos jurídicos. Proporcionalidade e razoabilidade não se empregam absolutamente como termos sinônimos: discriminam-se entre si “não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura”.<sup>391</sup> A imprecisão terminológica apontada eiva não apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal senão também se expande no âmbito da doutrina.<sup>392</sup>

Assentando-se na doutrina de Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>393</sup>, delimita-se a seguir a trajetória evolutiva do devido processo legal. A origem do instituto da razoabilidade no

<sup>391</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 29.

<sup>392</sup> BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 214, p. 1-25, out./dez. 1998. p. 18; BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996. p. 70. Entre as decisões do STF, cita-se: RTJ 152/455: “Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, § 2º, e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida”. (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 30 de out de 2012.).

<sup>393</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27-62.

direito norte-americano encontra-se correlata ao devido processo legal, que, a princípio, exercia a função de limite procedimental (*procedural dueprocess*) e visava garantir a observância das regras processuais previamente estabelecidas.

Posterior a essa função, passou a servir de mecanismo de controle ao conteúdo arbitrário das decisões estatais, o que colaborou para a propagação do assim denominado *judicial review* no contexto do Estado Liberal. Eis, destarte, a gênese da contenção exercida pela razoabilidade e racionalidade incidindo sobre leis e atos estatais arbitrários. O devido processo legal assume a postura substantiva da garantia (*substantive dueprocess*) e pondera, deliberando, o mérito das ações estatais num manifesto exercício de jurisdição constitucional, notadamente nas questões que assumem o caráter de liberdades civis, voltadas à tutela dos direitos individuais tanto de cunho material quanto substancial.

Em sua primeira fase, verifica-se, pois, que a cláusula do devido processo legal enfatizou a essência processual da garantia destinada à observação da regularidade de procedimentos no processo penal, e, posteriormente, ampliou seus domínios ao âmbito do processo civil e administrativo. Na segunda fase, o devido processo legal norteou as decisões do Poder Judiciário, mediante o controle judicial de constitucionalidade das leis.

O início dessa trajetória deveu-se aos casos *Slaughter-House*, que, no Poder Judiciário, inauguraram a condição de se declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, tornando inaplicáveis certos regulamentos de polícia, porque ofensivos aos direitos fundamentais individuais, o que antes era adstrito às relações econômicas.

As transformações efetivadas nos instrumentos de interpretação no direito norte-americano tornaram possíveis tanto o controle exercido pela razoabilidade e racionalidade quanto a adequação dos atos normativos e estatais às situações singulares.

Referentemente às provas ilícitas no ordenamento norte-americano, concebe-se a exclusão das provas obtidas ilegalmente, não pela ilicitude de sua obtenção, mas pela sua inconstitucionalidade diante da IV Emenda, que superou a distinção entre normas de direito processual e material. Tal procedimento veio a fortificar a concepção de inconstitucionalidade de institutos que implicassem reflexos no processo e pudessem reduzir ou impedir, desarrazoadamente, a possibilidade das partes influir na formação da convicção do julgador. Essa medida buscava preservar o direito a privacidade, relativamente à busca e apreensões desarrazoadas. Em contrapartida, estabeleceram-se alguns limites: não mais se obstavam as

provas ilicitamente obtidas por particulares e a regra não mais se estendia aos processos civil e penal.<sup>394</sup>

Observa-se que a concepção de razoabilidade na doutrina norte-americana difere substancialmente da proporcionalidade do direito alemão, circunstância que merece confronto, quando se propuser a análise às questões relativas ao emprego dessas terminologias, cuja abordagem se dará mais adiante, posteriormente ao tratamento da noção de proporcionalidade no direito alemão, o que se passa a considerar.

### 3.2.2.2 Direito alemão

Inicialmente, cumpre advertir que razoabilidade no direito norte-americano não corresponde precisamente à proporcionalidade concebida pela doutrina alemã, mas implica a ideia de possíveis controles atinentes à razoabilidade, racionalidade e adequação dos atos normativos e estatais, particularmente do controle de constitucionalidade ante as situações singulares.<sup>395</sup>

Nesse passo, torna-se imprescindível analisar o evoluir da noção de proporcionalidade na doutrina alemã, com o intuito de verificar, precisamente, o sentido a ela conferido.

Posto que superficialmente tratado antes, o princípio da proporcionalidade se aplicava ao direito administrativo, apenas ganhando vigor depois da Segunda Guerra Mundial, com o advento da Lei Fundamental de Bonn, que lhe conferiu aplicação constitucional.<sup>396</sup>

Paulo Bonavides comenta que “o Tribunal Constitucional da Federação Alemã, durante muitos anos, vacilou quanto à terminologia e à fixação de um conteúdo teórico referente ao princípio da proporcionalidade”.<sup>397</sup> Não obstante, como anteriormente referido, em decisão de 16 de março de 1971, tratando da armazenagem de petróleo, o Tribunal Constitucional Alemão delineou os contornos da natureza e da essência do princípio da proporcionalidade, ao declarar sucintamente:

---

<sup>394</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 73-74.

<sup>395</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 40-41.

<sup>396</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 68.

<sup>397</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 409-410.

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.

Verifica-se que, por meio da decisão, a jurisprudência alemã estabelece os elementos essenciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*. A orientação do Tribunal Constitucional Alemão confere uma estrutura racionalmente definida ao instituto, além de uma diretriz a ser observada pelos operadores do direito quando, diante do caso concreto, exigir-se aplicá-lo.

Conquanto não houvesse se verificado o reconhecimento formal pela Lei Fundamental de Bonn, o princípio da proporcionalidade ganhou notoriedade no domínio do Direito Constitucional, mormente quando aplicado no caso de confrontos entre os direitos fundamentais.<sup>398</sup>

Eis, pois, delimitada a principal distinção a se estabelecer entre a doutrina da razoabilidade no direito norte-americano – que prescreve controle à razoabilidade, racionalidade e adequação dos atos normativos e estatais –, ao passo que o princípio da proporcionalidade predetermina uma estrutura a ser observada toda vez em que resultar imprescindível efetivar o sopesamento entre direitos fundamentais em confronto. Abordar-se-ão alguns detalhes a respeito da proporcionalidade no tópico destinado à questão terminológica.

Relativamente ao Direito alemão, o direito à prova é limitado por regras de exclusão; no entanto, admitem-se exceções à vedação probatória que repele do processo as provas obtidas mediante ofensa aos preceitos constitucionais quando em confronto interesses e valores igualmente tuteláveis, o que implica a medida do balanceamento: justamente o princípio da proporcionalidade.<sup>399</sup>

Com efeito, os breves apontamentos aqui feitos resultam substantivos porque se compreenda o desenvolvimento das perspectivas da razoabilidade no direito norte-americano e da proporcionalidade no direito alemão, dado que constituem premissas angulares para se examinar a distinção entre as noções de proporcionalidade e razoabilidade. Da matéria relativa a essa discriminação, tratar-se-á no próximo segmento.

<sup>398</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 68.

<sup>399</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 136-137.

### 3.2.3 Uma distinção inevitável: proporcionalidade e razoabilidade

Como visto anteriormente, há que se cindirem entre si as concepções em torno da *razoabilidade*– originária do direito norte-americano – e da *proporcionalidade*, cujo berço se encontra no direito alemão. Não obstante, entre doutrinadores de escol e em decisões do Supremo Tribunal Federal, nota-se uma forte tendência para tratá-las como expressões sinônimas designando idêntico instituto. Com efeito, o texto de Luís Roberto Barroso vem corroborar tanto a confusão terminológica quanto a identidade indevida que se atribui a institutos distintos: “é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da *razoabilidade*, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira”.<sup>400</sup>

Suzana de Toledo Barros reitera o argumento de Luís Roberto Barroso ao afirmar que “o *princípio da proporcionalidade*, [...] como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o *princípio da razoabilidade* dos norte-americanos”.<sup>401</sup>

Relativamente às decisões do Supremo Tribunal Federal merece destaque a passagem do HC 76.060-4<sup>402</sup> – em que se decidiu que não se deve, por pretensão de terceiro, constranger o pai presumido ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA – restou demonstrada a utilização do termo como expressões sinônimas, porquanto “à luz do princípio da proporcionalidade *ou* da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria”.

Malgrado o propósito de o autor pretender fundamentar sua argumentação utilizando-se da suposta medida do princípio da proporcionalidade e/ou razoabilidade – agora não se pode precisar se se adicionam ou excluem-se em seu texto, dado o emprego do elemento coesivo (ou), sem o correspondente rigor sintático, semântico, técnico-científico –, a verdade é que as noções de *razoabilidade* e *proporcionalidade* discriminam-se. Para tanto, basta resgatar a construção jurídica dos institutos, mediante a verificação de sua origem

<sup>400</sup> BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 214, p. 1-25, out./dez. 1998. p. 18. (grifo do autor)

<sup>401</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996. p. 54. (grifo do autor)

<sup>402</sup> Habeas Corpus 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 30 de out de 2012.). (grifo nosso). É fato que a conjunção destacada no excerto – ou – presta-se para denotar tanto a adição quanto a alternância de ideias, dependendo do contexto em que é empregada. Ora, destituído seu emprego de rigor técnico-científico e linguístico, pode dar margem à confusão, à ambiguidade, à má interpretação de sentido frasal. No texto em análise, de fato, comprova-se que “do princípio da proporcionalidade”, vindo coeso a “da razoabilidade” por meio da conjunção “ou”, estão sendo nomeados como se fossem expressões sinônimas.

histórica e a sistemática de controle levada a efeito pelos correspondentes institutos, que as diferenças se manifestarão claras e inequívocas.

Nesse ponto, faz-se relevante considerar que o princípio da proporcionalidade constitui categoria teórica autônoma relativamente a outros fenômenos que a ele se assemelham<sup>403</sup>, dentre os quais a razoabilidade.

O princípio da proporcionalidade constitui uma orientação contemplada pelo Tribunal Constitucional Alemão, em que se definiu uma estrutura sistemática lógica e racionalmente definida constituída por três subelementos – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*.

A observação a essa estrutura se faz absolutae imprescindível, em virtude de que, no confronto de bens jurídicos igualmente tuteláveis por princípios constitucionais, servirá aos propósitos de solucionar os conflitos entre direitos fundamentais, mediante a análise da adequação da medida para o alcance de um fim constitucional. Há que se ponderar e decidir se a medida é necessária e insubstituível por outro meio que implique menor restrição e, por fim, se a medida é proporcional ao fim que se pretende atingir. Eis, destarte, o exercício que implica a utilização prática do princípio da proporcionalidade.

Numa outra instância, dessemelhante da estrutura do princípio da proporcionalidade, encontra-se o princípio da razoabilidade, em que a análise da constitucionalidade de uma determinada medida observa apenas a situação concreta individual frente aos bens jurídicos envolvidos, o que não implica necessariamente o confronto de um bem constitucionalmente protegido.

Humberto Bergmann Ávila pondera a esse respeito, na tentativa de se estabelecer a discriminação entre razoabilidade e proporcionalidade:

A razoabilidade, [...] determina que as *condições pessoais e individuais* dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão. Em vez de estabelecer uma estrutura formal de eficácia, como é o caso do dever de proporcionalidade, o dever de razoabilidade impõe a observância da situação individual na determinação das consequências normativas. Enquanto a proporcionalidade consiste numa estrutura formal de relação meio-fim, a

---

<sup>403</sup> Alguns autores afirmam que princípio da proporcionalidade é sinônimo de proibição de excesso; no entanto, não há razões suficientes para confundi-los. Luís Virgílio Afonso da Silva apresenta passagem que exhibe a impossibilidade dessa identificação: “*Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em Übermaßverbot, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em Üntermmaßverbot, que poderia ser traduzido por proibição de insuficiência.*” (SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 27.). (grifo do autor).

razoabilidade traduz uma condição material para a *aplicação individual da justiça*. Daí porque a doutrina alemã, em especial, atribuir *significado normativo autônomo* ao dever de razoabilidade.<sup>404</sup>

Analisando-se os pontos de distinção entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade, sob o enfoque de suas estruturas e métodos, conclui-se que as dessemelhanças não procedem apenas de sua origem senão também dos critérios de aplicação.

Ancorado no mesmo teor, a conclusão a que chegou Humberto Bergmann Ávila delimita a exata expressão do princípio da proporcionalidade:

[...] pode-se definir o dever de proporcionalidade como *um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados*.<sup>405</sup>

Eis, destarte, as principais distinções a se fazer entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade. Passa-se, a seguir, à análise dos subelementos que compõem o princípio da proporcionalidade, em decorrência de serem eles – detalhes embora – essenciais ao progresso deste estudo.

### 3.2.4 Os elementos do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade desenvolveu-se sob a concepção da doutrina alemã, conforme precedentemente tratado. No que respeita a seus subelementos: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* – pressupõe-se uns em relação aos outros, para que ocorra a reta aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto.

Luís Virgílio Afonso da Silva pondera que, muitas vezes, “a análise dessas sub-regras não tem sido feita de maneira a torná-las compreensíveis e aplicáveis na prática jurisprudencial”<sup>406</sup>, o que reforça a incorreta aplicação do princípio da proporcionalidade nos tribunais brasileiros.

<sup>404</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípio e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999. p. 174. (grifos do autor).

<sup>405</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípio e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999. p. 175. (grifos do autor).

<sup>406</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 34.

Com efeito, torna-se evidente a conexão existente entre essas regras, relativamente à sua aplicação aos casos concretos, sem que se desconsidere até mesmo uma relação de prevalência entre umas e outras, quando diante de sua aplicação ao caso concreto.<sup>407</sup> Sob a égide lógica da estrutura idealizada pelo Tribunal Constitucional Alemão, a análise ao conjunto considerará cada um de seus subelementos na exposição que se segue.

O subelemento da adequação, também denominado *pertinência, aptidão ou idoneidade*, indica que o meio escolhido deve ser apto por que o objetivo almejado seja realizado, ou ao menos fomentado.<sup>408</sup> A concepção de adequação implica que o meio eleito para alcançar o fim precedentemente idealizado na edição de uma norma ou na realização da interpretação deve ser compatível e adequado.

A respeito do subelemento da necessidade, importa reconhecer a existência de mais de uma medida igualmente aplicável para a obtenção de um fim, porquanto, no caso de todas as medidas serem aplicáveis àquele fim perseguido, aquela que se mostrar menos gravosa ao indivíduo deverá ser escolhida, para que o objetivo perseguido se efetive. Suzana de Toledo Barros manifesta-se a respeito do subelemento da necessidade, cujo pressuposto é “que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”.<sup>409</sup>

Por fim, o terceiro subelemento consiste na proporcionalidade considerada em seu sentido estrito, e importa a realização de sopesamento entre a escolha da medida e o fim almejado, cujo resultado implique menor restrição ao direito fundamental e, em contrapartida, promova a sua realização na maior medida possível. A enunciação de Robert Alexy fortifica o sentido e valor do subelemento em análise:

*A máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa

---

<sup>407</sup> Willis Santiago Guerra Filho desconsidera essa prevalência e sugere a seguinte ordem: “[...] ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ ou ‘máxima de sopesamento’ (*Abwägungsgebot*), ‘princípio da adequação’ e ‘princípio da exigibilidade’ ou ‘máxima do meio mais suave’ (*GebotdesmildestenMittels*)”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 67.) (grifo do autor).

<sup>408</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 120.

<sup>409</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996. p. 76.



norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.<sup>410</sup>

A proporcionalidade *stricto sensu* considera duas premissas “obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionais”.<sup>411</sup>

Destacaram-se os principais subelementos do princípio da proporcionalidade, aspectos que devem ser levados em conta para sua aplicação sistemática, de forma a permitir o sopesamento dos direitos igualmente tuteláveis em conflito, propiciando a realização dos direitos fundamentais na maior medida possível.

Ademais, a observação a esses critérios mostra-se substantiva, porque se justificarem racionalmente as decisões judiciais, cujo controle passa a ser possibilitado ao exercício da sociedade, uma vez que pesa sobre elas uma evidente carga de subjetividade da pessoa que julga.

De fato, a aplicação do princípio da proporcionalidade, destituída da necessária previsão de critérios que o justifiquem, pode representar um fundado risco à contemporânea concepção de Estado Democrático de Direito. Efetivamente, sua aplicação acriteriosa pode representar uma intervenção indevida do Poder Judiciário nas atribuições da competência do Poder Legislativo, ou gerar situações indesejáveis – insegurança jurídica e desigualdade – pela sobreposição particularizada da lei.

Tal como idealizado pela doutrina alemã, o emprego criterioso do princípio da proporcionalidade facilita o controle da decisão judicial, uma vez que o julgador deverá fundamentar sua decisão e justificá-la racionalmente, sob pena de lesar gravemente o sentido de justiça que deve permear as decisões. Eis a premissa basilar para refutar as objeções à medida.

Na contemporaneidade, segundo afirma Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade é o “axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade”.<sup>412</sup> Tem-se no princípio da proporcionalidade um instrumental contribuinte e orientador seguro para a solução precisa nos embates conflituosos de bens, valores e direitos igualmente tuteláveis, mormente nas circunstâncias em que se avalie a (in)admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, o que se discutirá no item que segue.

---

<sup>410</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117-118. (grifos do autor).

<sup>411</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 398.

<sup>412</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 436.

### 3.3 A questão da prova ilícita no processo e o princípio da proporcionalidade

#### 3.3.1 Considerações gerais

O constitucionalismo foi essencial à transformação operada no modo de compreender o valor que as normas adquiriram no domínio de atuação de seus correspondentes sistemas jurídicos. A nova concepção assimilou as opções político-ideológicas referentes ao período de transição, sem que se negligenciasse a preocupação de se estabelecer conteúdos permeáveis às transformações sociais.

Simultaneamente, tornou-se necessário o estudo de ideias e teorias relacionadas à interpretação jurídica, inclusive de técnicas e metodologias capazes de propiciar a solução adequada aos conflitos de direitos fundamentais. Ganharam, pois, relevo a configuração constitucional do sistema e a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Verifica-se que os ecos desua influência permearam as discussões em torno da admissibilidade da prova ilícita, o que se passa a considerar.

#### 3.3.2 Prova ilícita no processo e o princípio da proporcionalidade

Edificaram-se as Constituições sob a égide lógica de um sistema, cuja configuração exige a presença de princípios e regras, a cujo respeito Raquel DenizeStumm assinala:

Tanto os princípios como as regras constitucionais possuem um caráter deontológico, à medida que dizem o que deve ser. A distinção é a base da fundamentação e da solução dos problemas principais do Direito. As possibilidades e os limites da racionalidade do sistema jurídico resultam do relacionamento entre princípios e regras.<sup>413</sup>

Vale lembrar que, no item precedente, já se estabeleceu a discriminação entre princípios e regras: enquanto estas descrevem condutas e determinam as situações em que serão aplicáveis – observando-se que, quando houver conflito, atinge-se a solução pelo procedimento da subsunção, ou pelos critérios tradicionais que recorrem à hierarquia, cronologia e especialidade –, os princípios traduzem valores abstratos gerais a serem cumpridos em sua mais ampla medida possível, o que pode implicar, na hipótese de colisão, o exercício da ponderação, previstas as possibilidades fáticas e jurídicas.

---

<sup>413</sup> STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade**: no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 41.

A doutrina de Robert Alexy, diretriz teórica a ser adotada neste trabalho, permite inferir que os princípios sejam mandamentos de otimização, caracterizados por sua satisfação ocorrer em graus variados; por isso se espera que se efetivem o mais plenamente possível. De outro lado, as regras oscilam entre ser/não ser satisfeitas e correspondem exatamente àquilo que delas se exige, nem mais, nem menos, donde se deduz que a distinção se faz qualitativa, não gradativa.<sup>414</sup>

Forçoso é inferir, portanto, que os princípios “representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas”<sup>415</sup> o que não favorece uma razão prevalecente em definitivo. Daí decorre o caráter *prima facie* dos princípios.

Relativamente às regras, a sistemática se altera, tendo em vista que as regras são satisfeitas ou não, e correspondem exatamente àquilo que delas se exige; implica, pois, determinação definitiva. Verifica-se que a regra ostenta um caráter *prima facie* distinto daquele que contém o princípio, uma vez que, se não houver o estabelecimento de uma cláusula de exceção quando diante do caso concreto, ela se tornará uma razão definitiva. A respeito da questão, Robert Alexy tece críticas a Dworkin, ao inferir que a aplicação da regra, por intermédio da observação do tudo ou nada, não viabiliza uma possível cláusula de exceção, dado que lhe retiraria o caráter definitivo.<sup>416</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho reconhece que a distinção entre princípio e regras constitui-se tarefa complexa. Imbuindo-se do propósito de facilitá-la, sugere alguns critérios, entre os quais destacam-se: o grau de abstração, o de determinabilidade, o de fundamentalidade, o de ‘proximidade’ da ideia de direito e o da natureza normogénica.<sup>417</sup>

Os princípios possuem diferenças qualitativas que determinam seu maior grau de abstração relativamente às regras, que contêm determinações específicas. Destarte, princípios dão margem ao balanceamento de valores e interesses, por meio do exercício da ponderação, quando se lhes afere peso de valor e significado.

Princípios atuam no sistema jurídico de maneira diversa em relação a normas, como se comprova pelas palavras de Daniel Sarmento:

---

<sup>414</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

<sup>415</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 104.

<sup>416</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 104-106.

<sup>417</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 1034-1035.

Tal característica se revela quando dois princípios diferentes incidem sobre determinado caso concreto, entrando em colisão. Nesta hipótese, o conflito é solucionado levando em consideração o peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas que presidem o caso, a fim de que se possa precisar em que medida cada um cederá espaço ao outro. [...] Princípios jurídicos podem sinalizar soluções diametralmente opostas para determinados casos concretos, sem que tal denote qualquer inconsistência sistêmica na ordem jurídica.<sup>418</sup>

Assiste razão a José Joaquim Gomes Canotilho por sobrelevar a operacionalidade prática obtida por meio de um ‘constitucionalismo adequado’, que repousa exclusivamente na Constituição como sistema aberto de regras e princípios, dado que os modelos puros não apresentam as soluções que o sistema jurídico reclama, ora porque, se fundado o modelo apenas em regras, limita-se a racionalidade prática, ora porque, se se ancorar ele unicamente em princípios, pode resultar em um sistema falho de segurança jurídica, inapto, pois, para minimizar o grau das complexidades do próprio sistema.<sup>419</sup>

Alicerçando-se no contexto delineado, em que a operacionalidade do sistema constitucional deve pressupor a existência de duas categorias de normas constitucionais, Robert Alexy enfatiza que “um tal modelo é o modelo de regras e princípios, que surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras”.<sup>420</sup>

Sob a égide lógica da teoria alexiniana, o nível dos princípios identifica-se com o mundo ideal do dever-ser, em transição para o mundo do dever-ser definitivo ou real, cuja passagem se pontilha usualmente de colisões, a ponto de que se torna inevitável a atividade de sopesamento, mediante a atribuição do peso relativo aos princípios que se mostram contrapostos, e em que se fixam as correspondentes relações de prevalência. Relativamente ao nível das regras, há a positivação de princípios, mas também supõem-se as determinações em face das exigências de princípios contrapostos, o que, neste caso, implica seu caráter incompleto ante a imprescindibilidade de ponderação no momento da decisão última. Nota-se que o grau diversificado de determinação é decisivo para se efetivar a ponderação.<sup>421</sup>

Deduz-se do contexto que, conquanto exista uma relação de primazia entre os dois níveis, ela não resulta estrita, dependendo, pois, da situação de fato apresentada. A esse respeito, Robert Alexy aconselha:

<sup>418</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 52-53.

<sup>419</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 1036-1037.

<sup>420</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 135.

<sup>421</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 139.

[...] aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor da Constituição possa ser afastado.<sup>422</sup>

No teor das razões que implicam a prevalência de um nível ou de outro, ganha vulto a argumentação constitucional, em que a ponderação constitui o instrumental hábil para determinar a relevância dos princípios com vistas à obtenção de um resultado. Ademais, soma-se a essa perspectiva a exigência de racionalidade, dado que assegura o rigor científico e a legitimidade das decisões judiciais, que devem ser fundamentadas.<sup>423</sup>

A propósito, Robert Alexy declara que a fundamentação das decisões jurídicas implicam problema de metodologia jurídica, apta para prover regras e procedimentos destinados ao domínio pleno dessa árdua tarefa. Daí decorre a indicação dos cânones da interpretação, que não bastam por si apenas: devem ser aliados a outros critérios, para que se justifiquem os julgamentos jurídicos.<sup>424</sup>

A respeito da orientação destinada ao exercício do ato de decidir, Raquel DenizeStumm emite o seguinte juízo:

[...] a argumentação jurídica é concebida como uma atividade linguística, onde se questiona a correção dos enunciados normativos, sem estabelecer ‘a priori’ qual é o justo. O discurso prático, como é chamada essa atividade linguística, é o gênero, do qual o discurso jurídico é a espécie. Assim, a argumentação jurídica é uma atividade linguística chamada de discurso jurídico.<sup>425</sup>

Destarte, a argumentação jurídica constitui antes a atividade linguística inerente ao discurso jurídico que preconiza a correção absoluta dos enunciados, preferivelmente à busca por estabelecer o que é justo. Identificar os critérios para se chegar à decisão jurídica correta e justa, manifesta-se, pois, tarefa árdua, mas não há espaço para fundamentações inconclusivas, tampouco para decisões irracionais.

<sup>422</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 140-141.

<sup>423</sup> STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade**: no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 46-47.

<sup>424</sup>ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 17-19.

<sup>425</sup> STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade**: no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 48.

Nesse ponto, assentando-se na perspectiva de Kriele, Robert Alexy formula sua discussão em torno do tema e posiciona-se no sentido de que as valorações devam se justificar fundadas em argumentações racionais que atendam ao interesse geral, ou, na hipótese de conflitos de interesses, devem visar ao interesse prevalente. Para tanto, insta-se articular critérios precisos que propiciem a reciprocidade mais intensa de ideias entre a Ética contemporânea e a teoria jurídica. Eis delineado, pois, o caminho.<sup>426</sup> Ganham porte as garantias constitucionais do processo que acodem para assegurar a imparcialidade e a cooperação processual – elementos que corroboram a atuação ética.

Destaca-se, pois, que a decisão jurídica ancorada no procedimento de fundamentação racional, somente é possível no contexto de um sistema jurídico vigente – o que nem sempre ocorre –, daí a exigência de que a regra deva ser construída. Por conseguinte, a justificação do discurso jurídico exige a observação de certas premissas, sobre as quais se edificara base da decisão. Nesse ponto, ganha vulto o processo de justificação.<sup>427</sup>

O processo de justificação influi na descoberta da norma e pode assumir a condição de um processo interno ou externo. Ponderações mais precisas e detalhadas acerca desses elementos escapam ao objeto do trabalho, mas podem ser consultadas na obra *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, de Robert Alexy.

Na instância da ponderação, a técnica metodológica de decisão deverá prevalecer, e, sob a lógica desse edifício, o princípio da proporcionalidade deverá ser aplicado. Urge que se observem seus subelementos e que se avalie criteriosamente a incidência de cada um deles, para que possam assumir a devida relevância ante a eventual colisão de princípios constitucionais.

Posto que haja dissensões quanto aos fundamentos que o justifiquem e o fato de que seja ele já reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que o princípio da proporcionalidade ostenta a posição de parâmetro de ponderação de princípios e regras, cujo escopo é obstar as possíveis arbitrariedades e excessos do Poder Público. Ademais, no caso concreto, presta-se a efetivar a justiça e promover a segurança jurídica. Por isso se envolve em cuidados graves o emprego do princípio da proporcionalidade que, absolutamente, deve se pautar em critérios seguros, cujos subelementos sejam observados, exigindo a conduta reta ao aplicá-lo, de modo que se considerem os correspondentes abrandamentos para prevenir e

---

<sup>426</sup>ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** Tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 35.

<sup>427</sup>STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 50.

coibir eventuais excessos e arbitrariedades gerados em sua aplicação, porquanto não se imunizam os julgadores de concepções e fatores evadidos do subjetivismo que porventura os circundem.

Precisamente a esse ponto convergem as severas críticas à aplicação indiscriminada e injustificável do princípio da proporcionalidade, uma vez que, como argumenta Luiz Francisco Torquato Avolio, “a teoria encerra um subjetivismo ínsito, que já deflui da impossibilidade de enunciação dos seus elementos essenciais – interesses e valores – num plano abstrato. Sua aplicação jurisprudencial, como demonstram as linhas de evolução, reveste-se de algumas incertezas”.<sup>428</sup>

Em larga medida, as decisões de natureza judicial não têm concorrido para imprimir harmonia ao processo de sistematização do procedimento de se aplicar o princípio da proporcionalidade no âmbito dos tribunais pátrios, o que vem evidenciar e, de certa forma, justificar os raciocínios simplistas e mecânicos formulados, inclusive no bojo das decisões do Supremo Tribunal Federal, quando não o aplicam de forma que resulte num raciocínio justificado por critérios, conforme já se tratou anteriormente.

Tendo em vista essa confluência de circunstâncias, não raras são as decisões cujo resultado no processo se definiu prévia e acriteriosamente, ancorando-se apenas na convicção singular e solitária do julgador e em fatores subjetivos correspondentes a seu ideal de justiça, afinal sem que ele demonstre em que fundamentos amparou suas decisões.

Edinilson Donisete Machado apresenta síntese que exhibe o panorama da decisão judicial:

A probabilidade de uma decisão judicial ser correta será sempre maior quando observado o ponto de vista interno do ordenamento, por meio da Constituição, e, por consequência, o próprio ordenamento por ela estabelecido. Não há garantias de que haja uma decisão correta, no sentido de ser aquela esperada ou almejada pela parte, mas no sentido de que houve a observância de princípios (de justiça) estabelecidos previamente e não post factum, que certamente levaria ao questionamento de índole subjetiva.<sup>429</sup>

Resulta inelutável que se exijam, na argumentação jurídica, racionalidade e sistematização metodológica ao se aplicarem os critérios ínsitos no princípio da

<sup>428</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas:** interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 79.

<sup>429</sup> MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial:** limites institucionais democráticos e constitucionais. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 115-116.

proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* – no procedimento decisório.

Além disso, acorde com Willis Santiago Guerra Filho, “tal procedimento deve ser estruturado – e, também, institucionalizado – de uma forma tal que garanta a maior racionalidade e objetividade possíveis da decisão, para atender ao imperativo de realização de justiça”.<sup>430</sup>

Observa-se que a argumentação jurídica encontra-se intimamente relacionada ao discurso jurídico, e deverá pautar-se em critérios racionalmente justificáveis, cujo destino é fundamentar e conferir validade às decisões judiciais, notadamente durante a fase de ponderação, quando se aplica o princípio da proporcionalidade. De fato, o julgador deverá demonstrar, na fundamentação, o raciocínio que elaborou e os critérios que utilizou para alcançar suas conclusões acerca do processo.

Insta-se que se justifiquem racionalmente regras e formas da argumentação jurídica pertinente às decisões, visando ao rigor científico que o Direito exige, porquanto imprescindível à materialização do Estado Democrático de Direito.

As considerações acerca da argumentação jurídica respeitam as limitações que o recorte metodológico do trabalho impõe, uma vez que a discussão pormenorizada demandaria o desenvolvimento de outra pesquisa. Por conseguinte, as diretrizes apresentadas são suficientes para justificar a exigência de parâmetros na ponderação de interesses e valores e a consequente aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito das provas.

A discussão em torno dos parâmetros de aplicação do princípio da proporcionalidade como mecanismo de ponderação interessa também ao direito probatório. Por conseguinte, importa desenvolver essa perspectiva teórica da argumentação racionalmente justificável relativamente à aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito das provas ilícitas, cuja obtenção pode favorecer a violação de um direito fundamental.

Nesse estágio da exposição, cumpre resgatar algumas anotações a respeito do tema provas, dado que sejam distinções imprescindíveis: a vedação probatória ora pode indicar uma limitação legal à produção da prova, ora uma limitação legal à sua valoração, circunstâncias que geram implicações lógicas quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade.

Isabel Alexandre<sup>431</sup> esclarece com mais detalhes a discriminação entre as proibições de produção e as de valoração, que podem configurar tipos vários:

---

<sup>430</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 81.

<sup>431</sup> ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 52-53.



a) proibições de produção que, quando violadas, não implicam uma proibição de valoração; b) proibições de produção que, quando violadas, impedem a valoração do resultado probatório; c) proibições de valoração que não assentam na violação de uma produção de prova; d) proibições de valoração com efeito à distância (isto é, com eficácia em relação aos meios de prova obtidos na sequência de outros cuja utilização é vedada).

A autora dá sequência à elucidação:

[...] quando se emprega o termo ‘produção’, a propósito das proibições de produção de prova, é em sentido amplo (abrangendo a própria apresentação ou exibição da prova), porque estas proibições podem recair sobre meios de prova que já se encontram produzidos (as denominadas provas preconstituídas) [...]

Ainda sob a mesma perspectiva, Isabel Alexandre prossegue abordando a natureza diversificada que assume a contestação à validade de provas, exemplificando o fato com o sigilo profissional; as proibições de meios de prova representados por diários íntimos e gravações clandestinas, o que colide com os interesses dignos de proteção, e, na classificação tradicional, indicaria as provas ilícitas em sentido estrito. As proibições de métodos de prova consistem de confissões extorquidas pela força, declarações colhidas sob efeito de álcool e narcóticos e, em geral, todas as provas obtidas com violação da integridade física ou moral das pessoas, inclusive os desvios a princípios básicos do procedimento probatório: os princípios do contraditório, da oralidade ou da imediação.<sup>432</sup> Verifica-se que todas essas modalidades de proibição maculam a licitude da prova em sua constituição.

Resta averiguar em que momento processual da produção da prova se pode aplicar o princípio da proporcionalidade: em sua constituição (fase de obtenção), em sua produção, quando ocorre sua valoração, o que, para alguns, constitui elemento a se considerar isoladamente.

A constituição ou obtenção refere-se ao momento em que o meio de prova assume os seus contornos no mundo das coisas. Segue que a constituição não se confunde com a produção da prova, uma vez que a produção cinge-se ao momento em que a prova se torna conhecida de todos no processo – partes e juiz; além disso, não indica produção de prova fora do processo. É possível que, em alguns casos, o momento da constituição e o de sua produção possam fundir-se, como ocorre na oitiva de testemunhas pelo juiz.

Ultrapassados os momentos da constituição e produção da prova, importa considerar a admissão da prova em juízo, hipótese em que a prova produzida nos autos pode ser admitida

<sup>432</sup> ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 53-54.

ou recusada. A valoração corresponde à avaliação da aptidão da prova para corroborar a verdade dos fatos alegados.

O exame à vedação probatória obriga à análise dos elementos relativos às fases da prova, uma vez que podem conduzir a resultados diversos na aplicação do princípio da proporcionalidade. Daí decorre a pertinência de se retornar aos conceitos já aqui elaborados, porquanto o momento da transgressão implicará também a identificação da natureza da norma lesada.

Destarte, se a ilicitude ocorrer na coleta da prova, coincidindo, pois, com o momento de sua constituição e expressando sua exterioridade ao processo, implicará violação de normas de natureza material ou substancial, relacionadas a interesses e direitos materiais, inclusive constitucionais, quando, por conseguinte, resultará em prova ilícita, ao passo que, se houver transgressão no momento da produção da prova no processo, referindo-se a normas de direito processual, a consequência será sua inadmissibilidade, e a prova será ilegítima.

Nesse contexto, supera-se a proibição da prova por meio de identificação dos momentos de sua obtenção, com o intuito de se aplicar o princípio da proporcionalidade, o que poderá ocorrer no momento da admissão da prova no processo (produção), ou quando a prova ilícita houver ingressado no processo à revelia da proibição constitucional. Na fase da valoração, assiste ao julgador observar a pertinência da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Identificados os momentos da prova e a norma violada, passa-se à análise da colisão de interesses igualmente tuteláveis, visando realizar a correspondente ponderação mediante a aplicação sistemática dos subelementos do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*, como visto anteriormente. Na análise do caso concreto, obriga-se o julgador a perpassar metodicamente todas essas fases.

De fato, ao proceder à análise da adequação, o julgador deverá indicar se o meio escolhido foi/é apto para satisfazer e alcançar o resultado pretendido ou fomentado. Por exemplo, a produção coercitiva de amostra caligráfica pode resultar inadequada, caso se considere a possibilidade de se apresentar o material em outras condições.

Relativamente ao elemento necessidade, há que se reconhecer se há mais de uma medida igualmente aplicável à obtenção do fim almejado, identificando e preferindo, dentre várias, a medida que se mostre menos lesiva à efetivação do objetivo, de forma que se preserve o direito fundamental. Destarte, renega-se a prova que implique coerção, ou, quando possível, substituí-la por prova menos lesiva, ou invasiva.

Por fim, a proporcionalidade *stricto sensu* corresponde ao sopesamento referente à escolha da medida e ao fim pretendido, de forma que implique a menor restrição aos interesses, bens e valores em colisão, ademais que promova a sua realização na maior medida possível, imbuindo-se do propósito de verificar se o sacrifício do direito fundamental não é desproporcional. Com efeito, esse elemento busca identificar valores para, depois, sopesá-los.

Uma vez verificado o momento da constituição das provas, proceder-se-á à identificação do direito fundamental lesado, o que, por sua vez, possibilitará aferirem-se a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, visando promover os interesses igualmente tuteláveis na maior medida possível, sem que implique restrição desproporcional.

A esse respeito, Guilherme Guimarães Feliciano reconhece

[...] os meios de prova ilicitamente constituídos podem ser admitidos e valorados, desde que (a) assegurem ou facilitem sensivelmente o fim a que se destinam (i. é, a *prova* como resultado final da atividade probatória) e (b) o sacrifício dos interesses relacionados à inadmissibilidade da prova justifique-se em vista do interesse estatal atuado [...]<sup>433</sup>

Conclui-se, pois, que a inadmissibilidade da prova no processo comporta abrandamentos, uma vez que pode vir a ser admitida, quando se ponderam interesses, bens e valores. Ademais, a aplicação metodológica do princípio da proporcionalidade que privilegie a observação de cada uma de suas fases e seja racionalmente justificada implicará decisão jurídica justa e constituirá um importante instrumento para manejar as colisões entre interesses e valores conflitantes.

Ao encontro dos argumentos expostos, Luiz Francisco Torquato Avolio lhes acresce a necessidade de definição de critérios para aplicação do princípio da proporcionalidade, o que se dá por determinação “a) dos valores em jogo; b) da ordem (normativa) das prioridades; e c) do cânone da proporcionalidade (entre o meio empregado e o fim a ser obtido)”<sup>434</sup>

Conhecidos que foram alguns aspectos gerais concernentes à aplicação do princípio da proporcionalidade, passa-se à análise da Ação Penal 307/DF – Caso “PC Farias”.

---

<sup>433</sup>FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova e dignidade humana: cooperação e proporcionalidade em provas condicionadas à disposição física da pessoa humana (abordagem comparativa)**. São Paulo: LTr, 2007. p. 92.

<sup>434</sup>AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 79.

### 3.3.2.1 Análise da Ação Penal 307/DF – Caso “PC Farias”

No estágio atual, nota-se que, ao proferirem suas decisões, os tribunais não costumam se pautarem critérios racionáveis quando se propõem a aplicar institutos que visem ao cumprimento de seu dever de fundamentá-las. Tal procedimento inconveniente maximiza de forma expressiva os problemas relativos à eficácia dos métodos competentes para resolver a colisão de interesses e valores igualmente tuteláveis, sobremaneira em se tratando de aplicar o princípio da proporcionalidade.

Diante da destituição do princípio da proporcionalidade, o problema agrava-se, porque, em vez de o mecanismo haver se tornado a solução, porque se corrigissem as distorções provocadas pelo sistema, sua privação resultou na ausência de uniformidade e na omissão injustificada de critérios racionalmente elaborados e dispostos para a prolação das decisões judiciais. No que concerne a ambos os motivos, é desejável que se adote a postura de se perseguir a aplicação de instrumentais que impliquem o dever de fundamentar decisões e que visem efetivar o comando constitucional do Artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988.

Destarte, pretende este tópico apresentar a correlação entre o princípio da proporcionalidade e a indispensável proposta de se observarem os parâmetros de aplicação, quando se busca decisões racionalmente justificáveis, justas e coerentes.

Dada a sua condição de categoria teórica precípua, a análise de critérios racionais considerará a decisão proferida na Ação Penal 307-DF<sup>435</sup> – Caso “PC Farias”, com o propósito de coligir os aspectos que ratifiquem a inobservância de critérios justificadores da racionalidade na argumentação e fundamentação que devem permear as decisões judiciais.

A Ação Penal nº 307-DF tramitou pelo Supremo Tribunal Federal e foi julgada pelo Tribunal Pleno em 13 de dezembro de 1994. Relatada pelo Ministro Ilmar Galvão, em preliminar arguiu-se da inadmissibilidade de duas provas: laudos de decodificação de conversa telefônica, condicionada ao fato de ter sido gravada por um dos interlocutores, sem

---

<sup>435</sup> A Ação Penal nº 307-DF teve como autor o Ministério Público Federal e como réus Fernando Affonso Collor de Mello, Paulo Cesar Cavalcante Farias, Cláudio Francisco Vieira, Roberto Carlos Maciel de Barros, Jorge Waldério Tenório Bandeira de Melo, Marta de Vasconcelos Soares, Rosinete Silva de Carvalho Melanias, Severino Nunes de Oliveira e Giovani Carlos Fernandes de Melo. Ementa: [...] Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação (*sic*) de conversa telefônica e de registros contidos na memória de microcomputador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação (*sic*) sido feita com inobservância ao princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5º, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sidodegravada (*sic*) ao arripio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF). RTJ 162/3. (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 30 de out de 2012.).

conhecimento do outro, o que evidenciava a inobservância ao princípio do contraditório. Ademais, agravou-se a circunstância de haver sido utilizada mediante a violação à privacidade alheia (art. 5º, X, da CF) e emanada de registros contidos na memória de microcomputador, obtido por meios ilícitos e apreendido sob violação do domicílio, além de a memória ter sido decodificada ao reverso da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF).

Embora tenha havido contestação, acolheu-se a arguição em ambos os casos, para declarar inadmissíveis provas consistentes de laudo de decodificação de conversa telefônica e de laudo decodificado de registro de memória de computador, referentemente ao voto favorável do Ministro Ilmar Galvão, tendo sido vencidos os votos dos Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, que julgaram inadmissível apenas a prova referente ao computador.

Nesse julgamento, concernente à tese de que a ilicitude verificada na obtenção de uma das provas incidiria sobre aquelas derivadas, adquiridas em consequência, tornando-as igualmente inadmissíveis, o Tribunal rejeitou a preliminar e não aplicou a teoria dos *frutos da árvore venenosa*. Restaram vencidos o Ministro Celso de Mello – que expressamente a aplicava – e, em menor extensão, os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira.

O caso relatado favorece a percepção de que, em ambas as hipóteses – prova consistindo de laudo com decodificação de conversa telefônica e de laudo contendo a decodificação de registro de memória de computador – não se admitiu a prova, em virtude de ela haver sido obtida por meio ilícito, em consonância com o teor disposto no Artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988. Não obstante, à época, não se apresentavam critérios para justificar racionalmente a fundamentação que reputava ilícitas as provas.

A respeito dos laudos contendo decodificação de conversa telefônica de um dos interlocutores, o Ministro Ilmar Galvão assevera que “a imprestabilidade do texto da conversa telefônica resultaria de a gravação haver sido feita sem o conhecimento de umas das partes”.<sup>436</sup> Deduz-se, pois, que a gravação haja propiciado a violação à garantia da intimidade a que a conversa telefônica se submete, acorde com o disposto no Artigo 5º, inciso XII da

---

<sup>436</sup> Ação Penal nº 307-DF. Relator Ministro Ilmar Galvão. (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 30 de out de 2012.).

Constituição Federal de 1988<sup>437</sup>, negligenciando, inclusive, a observância ao contraditório quando ocorreu a decodificação de textos gravados em ambas as fontes.

Dada essa circunstância, observa-se que, ao longo de seu voto, o Ministro não proferiu argumentos justificativos de sua decisão conclusiva, no sentido de demonstrar a lesão a bens, valores e interesses em conflito que, na hipótese de haverem sido efetivados, favoreceriam o emprego do aplicativo da ponderação. Apenas desconsiderou a prova em face da norma do Artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988, o que traduz o caráter genérico de sua fundamentação.

O outro ponto da decisão a se retomar e enfatizar refere-se ao meio de obtenção do teor de arquivos insertos em microcomputador, apreendido nas dependências da empresa Verax. Observa-se que o teor dos arquivos ingressou no inquérito sob a forma de laudo registrado mediante decodificação. A respeito do fato, o Ministro Ilmar Galvão assegura:

Tais informes, se são reveladores da causa da apreensão do microcomputador em foco, não servem, entretanto, para justificar a execução do ato, no recinto da empresa, sem ordem judicial, nem, muito menos, a iniciativa da Polícia Federal, de proceder à decodificação dos registros nele contidos, por esse modo teirando-se acerca dos dados particulares da entidade, ali armazenados.<sup>438</sup>

Utilizando-se do argumento de que, além de o microcomputador ter sido apreendido com violação a domicílio, teve a memória nele contida decodificada, em frontal ofensa à inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI, da CF), o Ministro Ilmar Galvão considerou ilícita a prova. No entanto, em seu voto, repele-a apenas fundando a argumentação na inviolabilidade do domicílio, destituída da devida autorização judicial.

Destarte, reputaram-se ilícitas as provas, porque obtidas por meios constitucionalmente reprováveis; daí se propiciar a inadmissibilidade das provas oriundas de decodificação de conversa telefônica e da memória do computador.

Os fundamentos para justificar a decisão restam genéricos e simplistas, além de não observarem critérios racionais. Segundo entende Renato Bernardi, trata-se de “razões de conteúdo meramente procedimental”.<sup>439</sup>

---

<sup>437</sup> Art. 5º. [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

<sup>438</sup> Ação Penal nº 307-DF. Relator Ministro Ilmar Galvão. (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 30 de out de 2012.).

<sup>439</sup> BERNARDI, Renato. **A inviolabilidade do sigilo de dados**. São Paulo: Fiuza, 2005. p. 102.

A insuficiência de uma orientação interpretativa pautada em critérios racionais torna inconsistente a fundamentação das decisões prolatadas pelos tribunais pátrios, e evidencia as construções teóricas antagônicas e irregulares, circunstância geratriz da insegurança jurídica.

Ao destacar os pontos fulcrais da decisão, nota-se, pois, que resulta arbitrária e reprovável a conduta de não se perseguir os critérios de correção do sistema e da prolação das decisões, porquanto tal óbice inviabilizará alcançar a justiça assegurada constitucionalmente – um dos valores a ser máxime considerado na interpretação.

### 3.3.3 Aspectos polêmicos

#### 3.3.3.1 Provas ilícitas por derivação

Definem-se as provas ilícitas por derivação: “aquelas por si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio de informação obtida pela prova ilicitamente colhida”.<sup>440</sup>

Os questionamentos que as envolvem referem-se ao fato de serem elas suscetíveis de aferição, porque se constate se serão admissíveis ou não no processo, dado que contaminadasda ilicitude da prova de onde proveio. Luiz Francisco Torquato Avolio argumenta a respeito do impasse:

O problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se coloca nos sistemas da inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas. Concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso [...] da interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. A questão é saber-se se essas provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser admitidas no processo.<sup>441</sup>

No que concerne às provas ilícitas por derivação, observa-se que doutrina e jurisprudência não comungam de postura pacífica, particularmente quanto à extensão da ilicitude. Decorrem daí os questionamentos atinentes à possibilidade de se aceitar ou afastar a prova obtida que apenas se deu a conhecer mediante informações colhidas de uma prova ilícita.

<sup>440</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 135.

<sup>441</sup>AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 81.

À luz das indagações consideradas, formulou-se a doutrina nomeada *fruit of the poisonous tree* que traduz a noção de que não é possível utilizar uma prova evidada da ilicitude, tampouco dela indiretamente obtida.<sup>442</sup>

O direito norte-americano preconiza a doutrina dos *frutos da árvore envenenada*, cujo propósito é desconsiderar as provas derivadas da prova ilícita, tal como explicitado.

Relativamente ao direito alemão, não há critérios uniformes aplicados ao problema da prova ilicitamente derivada; contudo, predomina a tese favorável à admissibilidade de provas lícitas obtidas em consequência de haverem se originado de prova ilícita, ante a necessidade de apuração da verdade, que poderia ser frustrada por uma hábil manobra da parte interessada, no sentido de provocar irregularidades, visando excluir relevantes elementos de prova.<sup>443</sup>

No Brasil, Ada Pellegrini Grinover reconhece que a posição mais sensível às garantias da pessoa humana, consequentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, é a que transmite a ilicitude da obtenção da prova às provas derivadas, que são, pois, igualmente banidas do processo. Prossegue argumentando que essa discussão ficará a cargo das construções doutrinárias e jurisprudenciais, uma vez que a Constituição não traça os delineamentos atinentes à questão.<sup>444</sup>

Em decisão anterior à Constituição, o Supremo Tribunal Federal adotou a posição que obsta o ingresso, no processo, das provas ilícitas por derivação.<sup>445</sup> Em contrapartida, em julgamentos posteriores, o Supremo Tribunal Federal tem acolhido a doutrina da exclusão das provas ilícitas por derivação, afastando-as na hipótese de desvinculação causal com a ilicitude originária.<sup>446</sup> Corroborando a assertiva de que a proibição preconizada pela teoria dos *frutos da árvore envenenada* não é absoluta.

<sup>442</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 126.

<sup>443</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 81.

<sup>444</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 51.

<sup>445</sup> RTJ 122/47. (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 30 de out de 2012.).

<sup>446</sup> RHC 90.376/RJ. Relator Ministro Celso de Mello. Procedo transcrever trecho que corroborou enunciado: “[...] A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos



Com o advento da Lei 11.690/2008, a doutrina da teoria dos *frutos da árvore envenenada* passou a integrarexpressamente o ordenamento jurídico brasileiro, conforme o teor da disposição do Parágrafo 1º do Artigo 157 do Código de Processo Penal: “*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”.<sup>447</sup>

Ao considerar que a proibição da doutrina dos *frutos da árvore envenenada* não resulta absoluta, é possível admitir exceções ou critérios que impõem o aproveitamento dos elementos derivados da prova ilicitamente obtida.

No que concerne às exceções relativas à doutrina dos *frutos da árvore envenenada*, Antônio Magalhães Gomes Filho destaca o reconhecimento de critérios que impõem o aproveitamento dos elementos derivados da prova ilicitamente obtida, quando se tratar de “*independentsource*, ou de uma *inevitablediscovery*, a prova pode vir a ser considerada, o mesmo ocorrendo quando for possível distinguir o meio de obtenção da prova secundária da ilegalidade inicial (*purgedtaint*)”.<sup>448</sup>

À luz das afirmações elencadas, a exceção atinente à fonte independente (*independente source*) assegura que a obtenção de elementos probatórios a partir de uma fonte autônoma de prova que não tenha relação de dependência e nem decorra da prova ilícita, ou seja, destituídas de vínculos causal entre si, favorece a admissão da prova, porque não contaminada pelo vício da ilicitude.<sup>449</sup>

Quanto à exceção da descoberta inevitável (*inevitablediscovery*), torna-se possível admitir a prova, embora se evidencie alguma relação de causalidade ou dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), uma vez que a prova seria produzida de qualquer forma, independentemente da prova ilícita originária.<sup>450</sup>

Trata-se à exceção da mancha purgada (*purgedtaint*) como uma forma de atenuação quanto à ilicitude da prova, em virtude de não restar evidenciado o nexo de causalidade entre

cidadãos. Se, no entanto, 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 vinculação causal, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. [...]” (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 09 de nov de 2012.).

<sup>447</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). (grifo nosso).

<sup>448</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 108-109.

<sup>449</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. atual. de acordo com a reforma processual penal de 2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 310-311.

<sup>450</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. atual. de acordo com a reforma processual penal de 2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 311.

uma prova e outra (a ilícita e a obtida). Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, essa previsão encontra amparo no Parágrafo 1º do Artigo 157 do Código de Processo Penal: “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”.<sup>451</sup>

Assiste razão a Ada Pellegrini Grinover, quando declara que a Constituição brasileira não afasta radicalmente nenhuma tendência. Afigura-se, pois, que os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais.<sup>452</sup>

A reforma processual penal de 2008 acatou, pois, a postura de que os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto. Contempla medida que atenua o rigor da inadmissibilidade da prova derivada da ilícita, uma enunciação legislativa em defesa do princípio da proporcionalidade.

### 3.3.3.2 Prova emprestada

A prova emprestada é “aquela que é produzida num processo, sendo depois transportada documentalmentemente para outro, visando a gerar efeitos neste”.<sup>453</sup>

Desse modo, a prova que foi produzida em outro processo é reapresentada em demanda diversa, para que ali possa produzir efeitos e servir de elemento à constituição do convencimento do julgador. No entanto, para ser admitida em outro processo, ela deverá observar alguns requisitos, o primeiro dos quais é o constitucional do contraditório que exige que a prova emprestada tenha sido produzida em processo formado entre as mesmas partes ou, ao menos, em processo em que tenha figurado como parte aquele contra quem se pretenda fazer valer a prova. Além disso, exige-se que esse contraditório seja exercido novamente

<sup>451</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). (grifo nosso).

<sup>452</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p.52.

<sup>453</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 122. Outros conceitos de prova emprestada são fornecidos pela doutrina, conforme o teor dos seguintes fragmentos: “*A prova emprestada, todavia, terá seu valor reapreciado pelo juiz da causa em que foi juntada, tendo em vista as novas circunstâncias na segunda ação e novos argumentos sobre ela apresentados.*” (GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**: atos processuais a recursos e processos nos tribunais. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 2. v. p. 185.). “*A prova emprestada ingressa para outro processo sob a forma documental.*” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Direito processual civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. 2. v. p. 51.).

perante o juiz natural a quem se pretenda apresentar a prova. A inobservância a esses requisitos tornará a prova inadmissível, subordinada às consequências processuais, pois.

Evidentemente, a compreensão isolada do instituto não causa maiores dúvidas. Em contrapartida, questiona-se acerca da possibilidade de a prova produzida, sob a égide do Artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal<sup>454</sup>, ser emprestada ao processo civil, uma vez que produzida por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Doutrina e jurisprudência divergem. Não obstante, tem prevalecido a corrente de pensamento de que a prova emprestada possa ser aproveitada no processo civil, admitindo-se, pois, o empréstimo da prova do processo penal para o processo civil.<sup>455</sup>

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior assevera que

[...] entendemos ser admissível a produção da prova obtida licitamente (porque autorizado pela CF) para a investigação criminal ou instrução processual penal, como prova emprestada no processo civil. A natureza da causa civil é irrelevante para a admissão da prova. Desde que a escuta tenha sido determinada para servir de prova direta na esfera criminal, pode essa prova ser emprestada ao processo civil.<sup>456</sup>

Ancorando-se no mesmo entendimento, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho afirmam:

As opiniões dividem-se, mas, de nossa parte, pensamos ser possível o transporte da prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável.<sup>457</sup>

---

<sup>454</sup> Art. 5º [...] XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)).

<sup>455</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 268-269.

<sup>456</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 268.

<sup>457</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 194. No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, v. 84, p. 144-155, out./dez. 1996. p. 153.

Em contraposição, a corrente favorável a que a prova emprestada possa ser aproveitada no processo civil, Eduardo Talamini<sup>458</sup> conclui:

É, portanto, absolutamente inaproveitável para qualquer outro fim a gravação que não diga respeito à comprovação da situação apresentada ao Juiz quando se requer a interceptação – ainda que se preste à comprovação de outros fatos. Essa mesma diretriz há de vigorar para as gravações que interessem à situação investigada e sejam levadas ao processo penal: apenas neste serão utilizáveis – não se permitindo seu emprego para outras finalidades, mediante empréstimo de prova.

Verifica-se que, no processo penal, as posturas hostis ao aproveitamento da prova emprestada produzida, no âmbito do processo civil desmerecem apreço, como se atesta por meio da declaração de Luiz Francisco Torquato Avolio:

[...] mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, entendemos que seria possível superar-se a vedação – não da interceptação, propriamente dita, mas do sigilo processual e da tutela da intimidade – em prol de valor mais relevante, a verificar-se concretamente. Na verdade, o que a Constituição está a limitar é a realização da interceptação, pura e simplesmente, para apuração de matéria de fato no civil, e não o resultado dessa prova, já convertido em prova documental. Se no processo penal de índole democrática desponta como valor fundamental a tutela da liberdade, não se pode ignorar a existência de valores igualmente indisponíveis no âmbito do processo civil.<sup>459</sup>

Observa-se que o teor da exposição de Luiz Francisco Torquato Avolio fortifica a construção teórica desenvolvida neste trabalho, de modo que à luz da teoria geral da prova e da unidade da jurisdição, a prova autorizada judicialmente para fins de investigação criminal, ou instrução processual penal, pode ser utilizada no processo civil a título de prova emprestada, desde que observados os requisitos antes enumerados.<sup>460</sup>

---

<sup>458</sup> TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 23, v. 91, p. 91-114, jul./set. 1998. p. 108.

<sup>459</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 91.

<sup>460</sup> Nesse sentido, observa-se a decisão proferida pelo STF na Questão de Ordem em Inquérito nº 2.424-4/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. 20.06.2007 - EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos

### 3.3.3.3 Gravações clandestinas e interceptações telefônicas

Os progressos da ciência não encontram limites, sucedem-se freneticamente os novos elementos tecnológicos e o desenvolvimento de aplicativos e funções cada vez mais sofisticados. Os reflexos das transformações fazem-se sentir em ambientes diversificados e ganham relevo também no âmbito do Direito.

Apresenta-se incontestável que as previsões legislativas não acompanhem de pertoos avanços tecnológicos. Daí a essencialidade dos instrumentais que permitem a flexibilização do sistema jurídico, visando conferir-lhe aplicabilidade.

No contexto dos temas polêmicos que permeiam os avanços tecnológicos, encontram-se as gravações clandestinas e as interceptações telefônicas, intimamente relacionadas à questão dos limites atinentes à admissibilidade das provas ilícitas<sup>461</sup>, uma vez que essas condutas violam a esfera de valores constitucionais a serem preservados: o direito à privacidade, à intimidade, à vida privada, à honra.

O legislador constitucional, impelido pelo esforço de proteger os bens relacionados à vida e à liberdade, dispôs expressamente que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”<sup>462</sup>, como se confere no Artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988.

Os desdobramentos dessa previsão constitucional exigem alguns esclarecimentos prévios ao exame da possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade. Para tanto, cumpre advertir que a jurisprudência e a doutrina, em sua maioria, não formulam distinções conceituais entre privacidade e intimidade. Em contrapartida, há autores que sustentam a distinção: Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco asseveram que “há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo”.<sup>463</sup>

Malgrado o dissenso doutrinário e jurisprudencial, ainda que ténue a distinção entre direito à privacidade e o direito à intimidade, diferenças existem e atrelam-se ao maior relevo que uma e outra assumirão nas relações humanas. Deduz-se, pois, que o direito à privacidade é o gênero de que as demais esferas decorrem – intimidade, vida privada, honra e imagem.

---

ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova .(Informativo 529 do STF, 17-21 de novembro de 2008 - Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 08 de nov de 2012.).

<sup>461</sup> RT 573/110; RT 731/334; RT 669/70.

<sup>462</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

<sup>463</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 315.

Impelindo-se pelo esforço de traçar os devidos limites existentes entre esses valores, desenvolveu-se no direito alemão a Teoria das Esferas, cuja função precípua visa estabelecer qual deles se faz mais íntimo e próximo do indivíduo. Destarte, conclui-se que intimidade, vida privada e publicidade guardam uma relação de precedência e indicam, nessa ordem, uma relação de proximidade ante o indivíduo.

A intimidade constitui, pois, a esfera mais secreta e íntima da vida, estando relacionada a confidências, segredos pessoais, anotações de um diário, ou seja, a todas as questões ínsitas no âmago da pessoa, mais restrita, pois.

Renato Bernardi<sup>464</sup> propõe interessante conceito acerca do direito à intimidade, como se verifica a seguir:

O direito à intimidade compreende o poder jurídico de subtrair ao conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos da vida privada, que, segundo um sentimento comum, detectável em cada época e lugar, interessa a cada pessoa manter sob reserva.

Em decorrência do arcabouço teórico abordado nota-se que, inclusive, a vida privada – relativa àqueles momentos em que as pessoas desfrutam com outras mais próximas suas comemorações natalícias, ambiente de trabalho, ambiente doméstico, mas que de igual modo não desejam expô-los ao público – é digna de proteção.

Enfim, somente a publicidade não goza de proteção, salvo as restrições legítimas.

Malgrado o propósito de proteger constitucionalmente o direito à intimidade, vida privada, publicidade, similarmente ao que ocorre na hodiernidade com todos os direitos fundamentais, cumpre advertir que, apesar de invioláveis, esses direitos não são absolutos e comportam limitações, dado que convivem com outros valores constitucionalmente protegidos.

Sob o pálio dessa orientação, a Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 5º, inciso XII, aduz que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”<sup>465</sup>.

Procede lembrar que a liberdade não é mais considerada em sentido absoluto. Fortifica essa ancoragem a doutrina de Ada Pellegrini Grinover ao enfatizar que as limitações a liberdades públicas são o resultado de experiências trágicas e significam uma profunda

---

<sup>464</sup> BERNARDI, Renato. **A inviolabilidade do sigilo de dados**. São Paulo: Fiuza, 2005. p. 52.

<sup>465</sup> Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

transformação de atitude, exigindo-se finalidade ética e social no exercício dos direitos. Além disso, a tutela dessa natureza não pode ser disposta para a proteção de atividades criminosas ou ilícitas.<sup>466</sup>

Diante desse contexto, releva-se que a proteção idealizada no Artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988 comporta ponderação na apreciação judicial a ensejar a aplicação do princípio da proporcionalidade, o que poderá tornar admissíveis provas advindas das condutas de gravações clandestinas e interceptações telefônicas.

Uma vez considerados os diversos desdobramentos a que a inadmissibilidade da prova ilícita possa aderir, observa-se que essa garantia constitucional não se reveste de caráter absoluto. Consequentemente, agasalha abrandamentos, mediante a técnica de ponderação, cujo instrumento se corporifica no princípio da proporcionalidade, que propicia parâmetros racionais à sua aplicação. Daí o destaque aos requisitos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – a serem perpassados na análise do caso concreto, porque a justa medida da materialização da Justiça prevaleça.

---

<sup>466</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.p. 251.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O edifício teórico do constitucionalismo foi o mote que orientou o desenvolvimento do tema que suscita polêmicas de diversas ordens, a começar pelos questionamentos acerca da (in)admissibilidade da prova ilícita no ordenamento jurídico. Outro problema envolve a circunstância da aplicação do princípio da proporcionalidade.

O propósito do trabalho visou reunir elementos para justificar os mecanismos e instrumentais predispostos à aplicação do princípio da proporcionalidade nas questões que envolvem a (in)admissibilidade da prova ilícita no processo, mormente no processo civil. Nessa linha, a exposição de um elenco de elementos apresentaram-se imprescindíveis à compreensão analítica das ideias desenvolvidas.

A princípio, expôs-se a evolução do constitucionalismo, visando justificar a constitucionalização do Direito e o incremento dos valores constitucionais no âmbito do processo, notadamente no processo civil, tutelando-o mediante a previsão de direitos e garantias fundamentais. Em natural decorrência, a orientação inovadora da ciência do processo permeou o direito probatório e o direito à prova recebeu tratamento constitucional, consequência lógica das garantias da ação e da defesa.

Seguiu-se a proposição dos aspectos gerais da prova, com o intuito de orientar o estudo das provas ilícitas e demonstrar a relevância do objeto da pesquisa. Conquanto assegurado constitucionalmente, o direito à prova não é absoluto, encontrando seus lindes no âmbito do ordenamento jurídico. A abordagem aos aspectos conceituais que envolvem as provas ilícitas, mediante uma sucinta exposição, buscou o propósito de esclarecer pontos da disciplina, porquanto essencial ao confronto das provas ilícitas e ao conceito do princípio da proporcionalidade.

Por fim, o estudo ocupou-se da exposição dos aspectos ínsitos à questão da (in)admissibilidade das provas ilícitas. Seguiu-se a análise do princípio da proporcionalidade, mediante o exame dos argumentos que devem orientar a sua aplicação, para que, no bojo das decisões judiciais, critérios racionais sejam considerados precipuamente e se promova a prolação de decisões racionalmente justificáveis. É inelutável que essa orientação mostra-se essencial à segurança jurídica e à efetivação da justiça.

Ancorando-se nessas premissas basilares, foi possível reunir proposições para se orientar o desenvolvimento do trabalho e construí-lo sistematicamente por meio da reunião de bibliografia e documentos que fortaleceram os argumentos doutrinários e jurisprudenciais



atinentes ao tema. Dada sua alta significação, propõe-se a apresentação dos fatos fundada na ordem lógica, tal como materializada no trabalho.

Demonstrou-se que o constitucionalismo é fenômeno resultante de diversas ordens de transformações – socioculturais, político-econômicas, ideológicas e filosóficas. Fatores que, reunidos ao longo do tempo, constituíram o fermento para a revolução dos paradigmas inerentes aos sistemas jurídicos que também devem acompanhar o curso dos acontecimentos, e cujos reflexos se fazem sentir nas relações sociais. Segue-se ao processo de mutabilidade a imposição de novos padrões sociais, e, conseqüentemente, a imprescindibilidade de se conceber um sistema jurídico adequado ao atendimento da nova realidade.

Sob a égide lógica dos acontecimentos intrínsecos à evolução do constitucionalismo, as modernas Constituições passaram a preconizar valores que expressaram as opções políticas e ideológicas desses movimentos. Embora o reconhecimento dos novos valores tenham concorrido para alterar as concepções pretéritas, os esforços não foram suficientes à realização de seus correspondentes propósitos.

O contexto dos movimentos constitucionalistas exigiu a concepção de um elenco de medidas voltadas ao atendimento da dinâmica das relações sociais e à concretização dos valores constitucionais, ganhando relevo a função do operador do direito. Com efeito, conferiu-se-lhe essencial ao processo de se reconhecer o efeito expansivo das normas constitucionais sobre o sistema jurídico, notadamente da força normativa exercida nos diversos ramos do Direito.

Há de se convir, pois, que a irradiação constitucional permeou o âmbito do processo e imprimiu-lhe um novo colorido, incrementou a leitura do processo e o exame de seus institutos sob a precípua ancoragem da Constituição Federal, transformando o processo, de mero instrumento técnico, em instrumento ético e político de realização da justiça.

No cenário do moderno processo civil, tornou-se imprescindível o desenvolvimento de técnicas e instrumentais destinados à realização do Direito, uma vez que indispensáveis ao alcance de seus propósitos sociais, políticos e jurídicos, entre os quais se destacam as técnicas de interpretação, aptas para solucionar as tensões entre interesses e valores constitucionalmente protegidos, mediante a ponderação – técnica jurídica de solução de conflitos.

À luz das premissas que a constitucionalização imprimiu ao processo, analisaram-se os aspectos gerais da prova, no intuito de reunir elementos que fortificassem a observação de que o direito à prova, conquanto direito fundamental, submete-se a limites, sobremaneira porque a produção da prova deve ser pautada por preceitos que preservem bens, interesses e

valores. Ademais, um sistema que se pretenda constitucional não deve salvaguardar a prática de condutas ilícitas.

Percebeu-se, portanto, que o direito à prova deve coexistir com outros direitos igualmente relevantes. Em natural decorrência desse fato, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a postura hostil à admissibilidade da prova ilícita no processo, em acato ao teor do que preceitua o inciso LVI do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Ainda assim, o tema das provas ilícitas continuou a suscitar polêmicas, porquanto a norma constitucional que veta a produção da prova ilícita no processo não tenha assumido caráter absoluto. De fato, as posturas antagônicas assumidas pela doutrina e jurisprudência, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, no que respeita à admissibilidade, ou ainda afeita daqueles que defendiam a inadmissibilidade das provas ilícitas, persistiram e coexistiam até mesmo com o posicionamento que conferia aplicabilidade ao princípio da proporcionalidade.

Mesmo ao derredor das discussões antagônicas, ganhou vulto a aplicação do princípio da proporcionalidade, indispensável instrumento da técnica da ponderação. No entanto, trata-se de técnica que exige a observação de um procedimento que preconize os correspondentes critérios.

Impelindo-se pelo esforço de compreender a sistemática do princípio da proporcionalidade e a técnica de aplicação, desenvolveu-se uma abordagem, visando evidenciar os aportes centrais ao princípio, mediante o exame das acepções terminológicas, da evolução do instituto, os traços que os distinguem da doutrina americana da razoabilidade e os elementos que o integram e mostram-se essenciais à sua aplicação, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; para, por fim, confrontar os parâmetros que o princípio da proporcionalidade exige em sua aplicação frente à colisão de interesses e valores constitucionalmente tutelados, maiormente quando envolve a questão das provas ilícitas.

Procede considerar que as discussões que envolveram a aplicação do princípio da proporcionalidade enfatizaram o problema da ausência de uma metodologia jurídica destinada a guiar a conduta do julgador face à colisão de valores igualmente tuteláveis, restando demonstrado que os critérios que possivelmente poderiam ensejar fundamento racionalmente justificável não são incorporados às decisões proferidas pelos tribunais pátrios. A ausência de rigor científico reduz, pois, a cientificidade do Direito.

Com efeito, as citações jurisprudenciais ao longo do texto, indicando a ausência de parâmetros, serviram de suporte ao teor dessas notas conclusivas, sobretudo porque, na

análise da Ação Penal 307/DF – Caso “PC Farias”, o julgado trouxe em seu bojo fundamentos simplistas, mediante a indicação do teor dos fragmentos legislativos do direito fundamental a ser preservado, destituído de qualquer parâmetro que apontasse as justificativas para preservar um daqueles direitos em colisão, em prejuízo do outro.

Efetivamente, as decisões dos tribunais pátrios são revestidos de fundamentos genéricos e simplistas e, conseqüentemente, marcados pela ausência de elementos que justifiquem o método utilizado, o que, destarte, resulta arbitrário e reprovável.

Malgrado os tribunais pátrios aplicarem o princípio da proporcionalidade nas questões que envolvem as provas ilícitas, observa-se que não o fazem pautados nos elementos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, ou seja, não observam criteriosamente os parâmetros que o instituto exige. Daí resulta a falta de sistematização metodológica na aplicação do princípio, o que colabora para a prolação de decisões despidas de fundamentos racionais.

Nota-se que a ausência de critérios que justifiquem a aplicação do princípio da proporcionalidade envolve do mesmo modo as questões atinentes às provas ilícitas por derivação, à prova emprestada, a gravações clandestinas e interceptações telefônicas.

Evidencia-se a relevância do princípio da proporcionalidade na ponderação de interesses e valores constitucionais. Em contrapartida, esse instrumento de realização de justiça não prescinde ser aplicado mediante a observação dos parâmetros que lhe são inerentes – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, visando evitar a nódoa indesejável do subjetivismo e fortificar o indispensável rigor científico que deve permear a sua utilização porque se materialize a justiça.

Comprova-se, destarte, que o princípio da proporcionalidade é um instrumento legítimo à solução das colisões de direitos fundamentais, notadamente quando envolver a utilização da prova ilícita, frente aos limites impostos pelo texto constitucional, inclusive no que respeita ao direito fundamental à prova em confronto com a inadmissibilidade das provas ilícitas. No entanto, constata-se que o princípio da proporcionalidade não é aplicado mediante a observação dos lindes que o instituto exige, tal como restou demonstrado mediante a análise dos julgamentos proferidos pelos tribunais pátrios. Urge, pois, que se cuide dos rumos por que caminham as decisões judiciais.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

ALVIM, Angélica Arruda. Princípios constitucionais do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 19, v. 74, p. 20-39, abr./jun. 1994.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

AZENHA, Nivia Aparecida de Souza. **Prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 7, jan./jun. 2006. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc\\_7.htm](http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc_7.htm)>. Acesso: em 31 jul. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, n. 15, jan./fev./mar. 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf)> Acesso: em 31 jul. 2012.

BARROS, Alberto Ribeiro de. **A teoria da soberania de Jean Bodin**. São Paulo: Unimarco, 2001.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, v. 58, p. 128-173, jan./mar. 2007.

\_\_\_\_\_. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 214, p. 1-25, out./dez. 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

\_\_\_\_\_/ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. 1.v.

\_\_\_\_\_/ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. 2.v.

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à justiça: instrumentos viabilizadores.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

BECKER, L. A.; SANTOS, E. L. Silva. **Elementos para uma teoria crítica do processo.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e técnica processual.** São Paulo: Malheiros, 2006.

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales.** Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1971. I.v.

\_\_\_\_\_. **Tratado de las pruebas judiciales.** Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1971. II. v.

BERARDI, Luciana Andréa Accorsi. Interpretação constitucional e o princípio do devido processo legal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 14, v. 54, p. 210-275, jan./mar. 2006.

BERNARDI, Renato. **A inviolabilidade do sigilo de dados.** São Paulo: Fiuza, 2005.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos.** São Paulo: Manole, 2005. 1. v.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 3. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 26.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176. 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci_arttext)>. Acesso em: 15 jan. 2013.

BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal a processos particulares. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, v. 161, p. 301-323, jul. 2008.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 64/2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Europa-América, 1964.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Teoria geral da prova**. São Paulo: Edicamp, 2001.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. **Direito probatório, preclusão & efetividade processual**. Curitiba: Juruá, 2004.

CABEDA, Luiz Fernando. **A justiça agoniza: ensaio sobre a perda do vigor, da função e do sentido da justiça no poder judiciário**. São Paulo: Esfera, 1998.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. I. v.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. III. v.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 3. v.

\_\_\_\_\_. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 1. ed. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14. ed. rev. atual. eampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CHAMON JÚNIOR, Geraldo. **O princípio da proporcionalidade e a realização da justiça**. Dissertação.(Mestrado em Direito) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, UNIVEM, Marília, 2004.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição (continuação)**.2.ed. São Paulo: Saraiva. 1965. III. v.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMTE, Auguste. **Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo**. Tradução de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Nova Cultural, 2005. (Coleção Os Pensadores).

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil**. 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.



CRISTIANI, Claudio Valentim. O direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 427-443.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção de conhecimento: metodologia científica no caminho de Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2009.

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2006. I. v.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. 2. v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. I. v.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. III. v.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de laprueba judicial**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007. I. t.

\_\_\_\_\_. **Compendio de laprueba judicial**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007. II. t.

\_\_\_\_\_. Pruebas ilícitas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano VIII, v. 32, p. 81-93, out./dez. 1983.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova e dignidade humana: cooperação e proporcionalidade em provas condicionadas à disposição física da pessoa humana (abordagem comparativa)**. São Paulo: LTr, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. **O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal**. Disponível em: <[www.lfg.com.br/.../DEVIDO\\_PROCESSO\\_LEGAL\\_SUBSTANTIVO](http://www.lfg.com.br/.../DEVIDO_PROCESSO_LEGAL_SUBSTANTIVO)>. Acesso em: 18 mar. 2012.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. Colaboração de Peter Hänni. Tradução de Marlene Holzhausen. Revisão técnica de Flávia Portella Puschel. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro: teoria geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. I. v.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **Teoria geral dos recursos revisitada**. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. Prova ilícita frente à dignidade da pessoa humana. In: PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (Coord.). **Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 91-105.

FRIEDE, R. Reis. A garantia constitucional do devido processo legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 84, v. 716, p. 71-77, jun. 1995.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais**. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 2. v.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.

\_\_\_\_\_. **Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

\_\_\_\_\_. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 207, p. 21-38, jan./mar. 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. rev. e atual. pela NBR 14.724, de 30/12/05, da ABNT. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HILL, Christopher. **O mundo de ponta-cabeça: ideias radicais durante a revolução inglesa de 1640**. Tradução, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. Revisão técnica de Maria Célia Paoli. 2. ed. 46. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

\_\_\_\_\_. **A era das revoluções: 1789-1848.** Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. Revisão técnica Marc GarabedArabyan. 25. ed. 4. reimpr. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

KOSHIBA, Luís; PEREIRA, Denise ManziFrayze. **História do Brasil.** São Paulo: Atual, 1979.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1991.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LASSALE, Ferdinand Johann Gottlieb. **O que é uma Constituição?** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. 2. reimpr. Campinas: Russell, 2011.

LENZ, Luís Alberto Thompson. Os meios moralmente legítimos de prova. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 76, v. 621, p. 273-282, jul. 1987.

LIMA, Alcides de Mendonça. A eficácia do meio de prova ilícito no código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 11, v. 43, p. 138-141, jul./set. 1986.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo:** sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos:** ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de laConstitucion.** Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo GallegoAnabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, v. 116, p. 29-39, jul./ago. 2004.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LÖWENTHAL, Paulo Friedrich Wilhelm. As origens do devido processo legal substancial e o seu desenvolvimento na Suprema Corte norte-americana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 19, v. 75, p. 283-307, abr./jun. 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER Jr., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2006.p. 9-25.

MACHADO, EdinilsonDonisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do constitucionalismo. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/Texto1159\(2\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/Texto1159(2).pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2012.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1. v.

\_\_\_\_\_. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O princípio do devido processo legal revisitado. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, v. 120, p. 263-288, jul. 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1. v.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO FILHO, José Celso. A tutela judicial da liberdade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 526, p. 291-302, ago. 1979.

MELLO, Rodrigo Pereira. **Provas ilícitas e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **Ativismo judicial e a produção da prova**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; COUTO, Mônica Bonetti. (Neo)constitucionalismo e princípio da proporcionalidade: algumas reflexões de relevo. In: ZOVICO, Marcelo Luis Roland (Org.). **Filosofia do direito: estudos em homenagem a Willis Santiago Guerra Filho**. São Paulo: Clássica, 2012. p. 276-296.

MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova. **Revista de Processo**, São Paulo, ano IV, v. 16, p. 155-168, jul. 2008.

\_\_\_\_\_. Teoria Geral da Prova. **Revista de Processo**, São Paulo, ano I, v. 3, p. 161-168, jul./set. 1976.

MILHOMENS, Jônatas. **A prova no processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MITIDIÉRO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 20, v. 79, p. 142-153, jul./set. 1995.

\_\_\_\_\_. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo**, São Paulo, ano IX, v. 35, p. 231-238, abr./jun. 1984.

\_\_\_\_\_. Provas atípicas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 19, v. 76, p. 114-126, out./dez. 1994.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 22, v. 86, p. 295-309, abr./jun. 1997.

\_\_\_\_\_. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, v. 84, p. 144-155, out./dez. 1996.

\_\_\_\_\_. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, ano IX, v. 35, p. 231-238, abr./jun. 1984.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março de 2006**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietatenei processo penale in diritto latino. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 21, p. 442-475, serie II. Padova: Cedam, 1966.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, v. 113, p. 9-21, jan./fev. 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. atual. de acordo com a reforma processual penal de 2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 26, v. 102, p. 56-67, abr./jun. 2001.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Verginia K. Pupi. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. 1. ed. 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2003.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

POUND, Roscoe. **Liberdade e garantias constitucionais**. Tradução de E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da Constituição?. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 7, jan./jun. 2006. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc\\_7.htm](http://www.esdc.com.br/publicacoes/rbdc_7.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2012.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretación constitucional. **Doxa**, 21-II, p. 339-353. 1998. Disponível em: <[http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II\\_25.pdf](http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_25.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2012.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.



RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 2000.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. Curitiba: Hemus, 1995.

SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. cor. e atual. São Paulo: Max Limonad, [entre 1950 e 1970]. 1. v.

\_\_\_\_\_. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Revista por Aricê Moacyr Amaral Santos. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 2. v.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-98.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. **As provas no cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Nelson Finotti. **Paridade de armas**. Disponível em: <[http://www.manualdeprocessocivil.com.br/arquivos/artigo\\_nelson2.pdf](http://www.manualdeprocessocivil.com.br/arquivos/artigo_nelson2.pdf)>. Acesso em: 08 nov. 2012.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. O processo constitucional como espaço dialogal discursivo da democracia. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, ano 2, v. 2, p. 29-45, jan./jun. 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: Juspodivm, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1997.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 23, v. 91, p. 91-114, jul./set. 1998.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

TEPEDIDO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. I. v.

TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo.**São Paulo: Saraiva, 1989.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 78, v. 646, p. 33-40, ago. 1989.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Origem e evolução do devido processo legal substantivo: o controle da razoabilidade das leis do Século XVII ao XXI.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2007.

\_\_\_\_\_. Revelia e direito à prova.**Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, v. 185, p. 35-62, jul. 2010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro.**Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.