

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO

FACULDADE DE DIREITO

COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

**PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL: A ADMISSIBILIDADE
LIMITADA COMO CRITÉRIO DE JUSTIÇA**

MATEUS ARAÚJO MOLINA

CUIABÁ/MT

2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO

FACULDADE DE DIREITO

COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL: A ADMISSIBILIDADE

LIMITADA COMO CRITÉRIO DE JUSTIÇA

MATEUS ARAÚJO MOLINA

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, como exigência parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Esp. Márcio Vidal.

CUIABÁ/MT

2011

Banca Examinadora

**Prof. Esp. Márcio Vidal.
Orientador**

**Prof. Msc. José Aparecido Thenquini
Membro**

**Andréia Ricas Palhares
Membro**

EPÍGRAFE

“Para encontrar a justiça, é necessário ser-lhe fiel. Ela, como todas as divindades, só se manifesta a quem nela crê” (CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, p. 4)

“Entre uma boa legislação e um bom juiz é melhor optar pelo segundo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. Epígrafe)

SUMÁRIO

EPÍGRAFE.....	III
SUMÁRIO.....	IV
INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO 1	13
HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	13
1.1. – LIÇÕES PRELIMINARES DE HERMENÊUTICA JURÍDICA	14
1.2. – SOLUÇÃO PROPOSTA – OPÇÃO INTERMEDIÁRIA.....	25
1.3. – A DIFERENCIAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	43
CAPÍTULO 2	56
LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO PROBATÓRIO.....	56
2.1. – DIREITO À PROVA	56
2.1.1. – NOÇÕES ESSENCIAIS	57
2.1.2. – ÔNUS DA PROVA E A QUESTÃO DA DIREÇÃO PROBATÓRIA PELO JUIZ	59
2.2. – O DIREITO PROBATÓRIO COMO CONSEQUÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	63
2.3. – O DIREITO PROBATÓRIO COMO CONSEQUÊNCIA DO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA	68
2.4. – PROVAS ILÍCITAS.....	71
CAPÍTULO 3	80
CONDIÇÕES À ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS, MODO DE AFERIÇÃO E AS CONSEQUÊNCIAS DA INADMISSIBILIDADE.....	80
3.1. – LIMITES À ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS.....	80
3.1.1. – LIMITE LÓGICO	81
3.1.2. – LIMITE MATERIAL	85
3.1.3. – LIMITE CIRCUNSTANCIAL	88
3.1.4. – LIMITE DA INDISPENSABILIDADE.....	92
3.1.5. – LIMITE DA UTILIDADE	95
3.1.6. – LIMITE SUBJETIVO DA MORALIDADE E/OU DA BOA-FÉ	96
3.1.7. – LIMITE DA PREJUDICIALIDADE	99
3.2. – MODO E OPORTUNIDADE DE AFERIÇÃO DOS LIMITES À ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E A PRECLUSÃO	101
3.3. – CONSEQUÊNCIAS DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS	104
3.4. – A ADMISSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA PROVA ILÍCITA – A AÇÃO	

RESCISÓRIA PRÓ PROVA “ILÍCITA” LÍCITA	109
3.5. – AÇÃO RESCISÓRIA DA SENTENÇA FUNDADA EM PROVA ILÍCITA	110
3.5. – ASSUNTOS CORRELATOS: TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E AS PROVAS EMPRESTADAS.....	111
CONSIDERAÇÕES FINAIS	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	115

INTRODUÇÃO

No presente trabalho trilharemos duplo caminho – um *zetético*, outro *dogmático* – com o fim de se chegar, *racional e honestamente*, ao ponto principal aqui almejado, qual seja, a criação de *balizas* para os intérpretes e aplicadores do direito quando se depararem com provas possivelmente *ilícitas*, momento este que surge as seguintes perguntas: **1)** A vedação constitucional de sua admissibilidade é *peremptória* mesmo frente às demais disposições de nosso ordenamento jurídico? **2)** Se não for, até que medida podem as provas ilícitas serem utilizadas sem ferir texto constitucional? **3)** A delegação dessa medida à “proporcionalidade” não caracterizaria subjetivismo *exacerbado* nas decisões judiciais? **4)** Como e com quais meios se *controla* e se obtém certa *objetividade* (ou *intersubjetividade*, como veremos abaixo) na interpretação e aplicação dos dispositivos pátrios como forma? **5)** E se não for admissível aquela prova, quais são as *consequências*? **6)** Qual o *procedimento* a ser realizado para aferir a solução aplicável?

Numa análise inicial, fugindo inicialmente destas questões formuladas, trataremos sobre os problemas hermenêuticos do que *é* direito, para que *serve*, como *é* ou pode ser *determinado* ou *determinável* e como deve ser *entendido* e *interpretado*, entre outros pontos, de forma que restar-se-á demonstrado que ele (o Direito) é o que a *sociedade de intérpretes* quer que ele seja, não extraindo qualquer *verdade* ou *mandamento* indeclinável e inarredável de seu texto, o qual, aliás, pode ser flexibilizado ou não tanto num sentido quanto noutro.

Superados os problemas intrínsecos de toda e qualquer análise jurídica, tratar-se-á especificamente do direito probatório e das provas ilícitas para, ao fim, propormos parâmetros *controláveis* à *admissibilidade* delas no processo e as *consequências* da inadmissibilidade.

A DEFINIÇÃO DO TEMA

Em relação ao tema em si, na confecção do trabalho, propusemo-nos, no projeto de pesquisa jurídica, a tratar sobre as provas atípicas como direito constitucional fundamental, mas, com o decorrer do labor, vislumbramos que a análise deste ponto do direito probatório não seria o mais apropriado e proveitoso para o desenvolvimento de uma monografia acadêmica por vários motivos. Mostrou-se mais oportuno se adentrar nas questões das provas ilícitas, até porque tudo aquilo que não é inadmissível, por lógico, é admissível, quer queira o meio de prova seja previsto pelo ordenamento jurídico (típico), quer não queira (atípicos). Conduzindo desta nova maneira, em que pese o intuito continue muito próximo um do outro (reformulação e delimitação do direito probatório como direito fundamental dos cidadãos), passou-se a argumentação de um linha *positiva* (por meio da qual se afirmaria as bases da ampla defesa e contraditório para, em seguida, delimitar as provas atípicas) para uma *negativa* (refazendo os caminhos doutrinários sobre a possibilidade de utilização e valoração de provas ilícitas, sendo que, por conseguinte, ter-se-á encontrado, mais precisamente do que no modo outrora pensado, o limite da licitude probatória dos meios empregados).

OS MÉTODOS DE PESQUISA UTILIZADOS

Dessa forma, tratando e palpando a mesma temática, mas sob enfoque diverso (*a contrario sensu*), a pesquisa desenvolveu com maior musculatura, ganhando nuances outras e até mais interessantes, diminuindo o foco *dogmático* (pré-concebido voltado para a solução de problemas prático-jurídicos concretos), embora continue *preponderante*¹, para uma maior abrangência do *zetético* (investigativo), *complementando-se*, ambos os focos, *reciprocamente*, podendo (e devendo), todo e qualquer fenômeno jurídico, ser abordado

¹ Como preleciona TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR em seu livro *Introdução ao estudo do direito*, na página 24: “Esta última [a ciência jurídica *strico sensu*], nos últimos 150 anos, tem-se configurado como um saber dogmático”.

segundo essas duas formas diversas², pendendo ora mais para um lado, ora mais para o outro.

Não obstante, alguns dos pontos *correlacionados* às provas ditas ilícitas, como forma de fazer frente à generalidade e à superficialidade, serão tratados apenas de relance, remetendo-se o leitor, pelas notas de rodapé, às obras que tratam com maior vagar e precisão dos assuntos rapidamente repassados, pois isso confere exequibilidade ao tema, afinal de nada adianta formular pesquisa excessivamente abrangente sem que seja possível alcançar resultados³. Evitar-se-á, assim, debates infrutíferos que pouco nada acrescentarão ao tema.

Para uma melhor compreensão do assunto, segue-se o método para a apreensão dos objetos científicos descrito por RENÉ DESCARTES, que se subdivide em 4 (quatro): 1) rejeitar toda e qualquer pré-conceito anteriormente formulado, mesmo que, após a pesquisa, voltemos para o conceito que se teve por base inicial, corroborando-o; 2) dividir a análise em tantas parcelas (capítulos e/ou tópicos dentro dos capítulos) possíveis e que se fazem necessárias, para melhor resolvê-las; 3) após a divisão do tema, iniciar pelos objetos mais fáceis ou simples, para subir aos poucos, como por degraus, até o conhecimento de todo o complexo estudado; e 4) fazer em toda parte enumerações tão complexas, e revisões tão gerais, de forma a nos aproximarmos, no máximo possível, da certeza de nada omitir⁴.

Noutras palavras: não nos atemos às compreensões fixadas pela grande maioria da doutrina pátria sem questioná-las, de forma que, progressivamente, cingindo o objeto de estudo (as limitações da admissibilidade das provas em geral, mormente quanto às ditas ilícitas) nos tópicos de estudo tratados mais abaixo, passamos da compreensão de um ponto que serve de pré-requisito ou antecedente lógico ao outro, com ampla reflexão dos

² Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 204.

³ Idem, p. 239.

⁴ Passim DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 47-58.

posicionamentos dos juristas e dos aqui exibidos, com o ensejo de se chegar a um *denominador comum* a ser observado⁵ pelos intérpretes daqui em diante, com vistas ao *aprimoramento* do cenário jurídico nacional. Não se pretende chegar à “verdade” (que é inatingível), mas tão somente a *parâmetros razoáveis* ao final, por nós, fixados, buscando que sejam considerados *oportunos, úteis e justos*, bem se adaptando à *situação histórica e social brasileira* atual, angariando a adesão e reflexão ao modo de pensar e às preocupações delineadas no decorrer desta obra.

Nesse introito convém salientar, ainda, que a verdadeira pesquisa jurídica prima pela *síntese, objetividade, cientificidade e durabilidade*, razão pela qual não nos preocupamos em fazer ampla pesquisa jurisprudencial nos tribunais pátrios. A um porque trazer à baila diversos acórdãos dos sodalícios brasileiros pouco ou nada acrescentaria ao trabalho, pois, no máximo, por meio deles, buscaria a autoridade (pública) como forma ou estratégia de persuasão e de impor o posicionamento defendido (o que, infelizmente, ainda muito se vê) ou, no máximo, apenas exemplificar a corrente contrária, esquecendo-se que esta pretensão de autoridade não se estende ao ambiente acadêmico da cultura jurídica⁶. A dois, em nosso país nunca houve uma tradição de se utilizar a jurisprudência como material de trabalho, sendo que, quando muito, são citadas decisões como argumento de autoridade, mas sempre com pouca profundidade e sem uma pesquisa verdadeira extensiva a respeito⁷. Por fim, as *interpretações*

⁵ Nesse sentido, desenvolve sua tese VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA em sua obra *Direito fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, na página 38, com intuito semelhante, como expressamente diz, qual seja, a criação de *ônus argumentativos claros* para qualquer atividade judicial que venha a tocar no assunto por ele versado (restrição ou omissão a um direito fundamental).

⁶ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. cit. p. 97.

⁷ SILVA, Virgílio Afonso. *Direito fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 32.

jurisprudenciais sobre um mesmo texto jurídico irão se *modificar*⁸ na medida em que o contexto social e o pensamento jurídico se transmutarem.

Além disso, muito embora não se tenha, aqui, a pretensão de exaurir o tema e de tornar irretocáveis nossas conclusões, pois se reconhece que toda pesquisa (e seu resultado⁹) é fruto de seu tempo e de seu sabor¹⁰, fazendo com que sejam *necessárias*, constantemente, *releituras, atualizações e aprimoramentos*.

Mostrou-se impertinente ao desenvolvimento desta monografia, ainda, a consulta dos textos normativos de outros países (principalmente a Constituição), porquanto o direito comparado, em relação à cláusula de proibição de provas ilícitas no processo (que é invenção brasileira não abordada pelos constituintes dos países vizinhos), pouco ou nada se encontrará na doutrina, a não ser as ponderações constantes também em solo pátrio, no sentido de que deve existir um equilíbrio entre a intimidade¹¹ e o direito à prova (cenário este vigente anteriormente à Lei Fundamental de 1988 no qual não existia a proibição constitucional expressa de sua admissibilidade), além de que o simples manuseio de textos legais ou

⁸ Aliás, “nada garante”, como dispõe PERELMAN, Chäim em sua obra *Lógica jurídica: nova retórica*, à página p. 147, “que a hierarquia de valores de um será reconhecida por outro”, nem mesmo que “a mesma pessoa, ao longo de sua existência, permanecerá sempre apegada aos mesmos valores”. Em mesmo sentido: Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 191.

⁹ A respeito deste ponto, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 149) ensina que “o resultado [da interpretação e da pesquisa] é sempre transitório, porque a ideia da interpretação definitiva parece encerrar uma contradição em si mesma, pois a interpretação é algo que está sempre a caminho, que nunca se conclui – dependerá da capacidade de persuasão dos seus contendores, a ser testada na arena da argumentação”.

¹⁰ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. cit. p. 34 e 37.

¹¹ Uma vez que não desenvolvemos nesta monografia tópico próprio para uma visão geral acerca do tema “privacidade”, “intimidade”, “vida privada”, “honra” e “imagem”, consulte *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 205-210. Em relação especificamente à privacidade e o direito probatório, veja AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 179-198.

constitucionais de outros países iria contra o que nós mesmos defendemos, afinal, “o que conta é o direito efetivamente aplicado”¹², não o que está *escrito* ou *falado*.

Tendo em vista que a escolha incorreta da técnica pode viciar os resultados que se deseja alcançar, apesar de todo o esforço e dedicação empreendidos pelo pesquisador¹³, expõe-se, para uma apurada análise da *conveniência* ou *utilidade* do *modus operandi* da presente pesquisa, que as técnicas de *investigação* teóricas privilegiadas por nós são as *conceituais* e as *normativas*, adotando-se *referenciais teóricos* com o fim de calejar, o máximo possível, a precisão conceitual, mantendo sempre os olhos voltados, também, ao sistema jurídico *brasileiro*, conquanto não apontemos, tão-somente, os dispositivos que regem a matéria, sem qualquer argumentação para se sustentar posições e interpretações sobre ela¹⁴, porquanto, como se verá em tópico próprio¹⁵, hermenêutica não desemboca numa estéril e circular repetição do que já foi dito, mas um dialético levar adiante¹⁶. Assim, restaram-se inapropriadas e/ou inúteis (e por isso não foram levadas a cabo com afinco), como se observará no decorrer desta monografia, as técnicas históricas tampouco as empíricas, em qualquer de suas vertentes (observação; amostragem; entrevista; questionário; experimentação; estudo de caso; e pesquisa-ação).

¹² Cf. PERELMAN, Chäim. Op. cit. p. 187.

¹³ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. cit. p. 179.

¹⁴ Sobre o tema, quebrando a tendência dos advogados de plantão e tantos outros operadores do Direito em apenas transcrever excertos legais acreditando que, com isso, estão amparados seus pleitos, esclarecedora é a lição de INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 126): “já não basta apresentar razões normativas – reputadas necessárias, mas não suficientes – para justificar decisões jurídicas ou quaisquer outras de repercussão social. Torna-se necessário justificar a própria justificação, oferecer uma justificação última e profunda, que se baseia em outras razões – como *justiça*, *razoabilidade*, *oportunidade* e *correção* –, razões que não derivam diretamente das normas ou dos princípios do ordenamento jurídico, mas que nem por isso deixam de ser objetivas e compreensíveis por quantos possam ser afetados, direta ou indiretamente, pelas decisões dos aplicadores do Direito”.

¹⁵ Vide “2.1. – Lições preliminares de hermenêutica jurídica”.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 108.

Como *fontes* de pesquisa, predomina, nesta obra, as de *natureza imediata jurídico-formal*, quais sejam: *lei, doutrina, artigos, anais, livros, palestras, equidade, princípios, analogias*, dentre outros possíveis (como a jurisprudência, aqui não utilizada pelas razões acima já expostas), procurando, sempre que *possível*, expor a origem daquela ideia, porquanto a carência de citação demonstra desprezo pela localização do referencial teórico, pobreza dialógica e arrogância do pesquisador, que se intitula dono e criador daquele conhecimento mesmo na ausência de interlocutores¹⁷.

Noutra ponta, busca-se, também, a *originalidade*¹⁸, traço distintivo da pesquisa científica a outras formas de textos, porquanto só se tem bons frutos o trabalho orientado para fins ainda não alcançados pela ciência jurídica¹⁹, não sendo profícuo “chover no molhado”, dizendo o que já foi mil vezes dito, razão pela qual, como forma de fecho deste labor, arriscamo-nos a traçar, de forma humilde, balizas a serem, a partir de agora, observadas para uma melhor prestação jurisdicional.

¹⁷ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. cit. p. 103. Em seu raciocínio, ainda temos (p. 101) que “se ninguém constrói nada sozinho é porque se apropria de um grande espectro de conhecimento e cultura, informação e criatividade, anteriormente, acumulados no tempo e no espaço”.

¹⁸ Tendo justamente isso em mente, ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. 5. ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 13. Afirma que “toda arte e toda investigação, bem como toda ação e toda escolha, visam a um bem qualquer; e por isso foi dito, não sem razão, que o bem é aquilo a que as coisas tendem”.

¹⁹ Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. cit. p. 242.

CAPÍTULO 1

HERMENÊUTICA JURÍDICA

A hermenêutica jurídica, como se sabe, está na base de toda e qualquer tese jurídica, tendo os trabalhos que se negam a abordá-la caído em clara contradição, deixando escondidos os fundamentos primeiros de seus argumentos, fazendo com que estes, a depender de sua intensidade e persuasão, continuem na seara predominantemente subjetiva, ignorando, portanto, que a ciência (*epistème*), como forma de conhecimento, possui conceito flagrantemente contrário ao conceito da mera opinião (*dóxa*)²⁰, de forma que procuraremos demonstrar, da forma mais objetiva *possível*, justamente que o Direito não é objetivo.

Com isso em mente, recapitularemos, primeiramente, os diversos aspectos da hermenêutica, de forma a expor a própria humildade de nosso posicionamento e de nossas conclusões, que, por óbvio, não são inquebrantáveis ou insuperáveis (como nenhuma o é), e, após, buscaremos uma proposta intermediária ou razoável de hermenêutica, revelando, ao menos superficialmente, métodos e técnicas para a interpretação legal constitucional para, logo após, nos atermos, mais especificamente, sobre a *teoria* ou *princípio da proporcionalidade*, sempre mencionado por aqueles que defendem, explícita ou implicitamente, a admissibilidade das provas ilícitas, inclusive no processo civil, vetusta artimanha que, no mais das vezes, fornece soluções ao talante do freguês²¹.

Embora este assunto (hermenêutica) não seja o principal assunto desta monografia, a ele se dedicará grande energia, visto que, fixadas cristalinamente as questões hermenêuticas, facilmente se conduzirá o raciocínio principal relativo às provas ilícitas.

²⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 158.

1.1. – LIÇÕES PRELIMINARES DE HERMENÊUTICA JURÍDICA

Para a compreensão do raciocínio que será levado no decorrer deste trabalho de conclusão de curso, é preciso estar explícito que a *interpretação* de qualquer norma jurídica é uma atividade *intelectual* que visa tornar possível a aplicação dos enunciados normativos, abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas²², fazendo com que o trabalho do operador do direito não seja apenas uma tarefa de descobrimento do direito pátrio, mas também um esforço via mediação/superação entre a generalidade da lei e a situação jurídica emergente dos casos particulares, na própria criação deste, em compasso com as ideias e valores vigentes na ocasião da interpretação²³.

Foi-se o tempo²⁴ do velho (e *ultrapassado*) brocardo *interpretativo cessat in claris* ingenuamente por muito tempo vociferado que pressupõe a existência de leis cuja redação impediria quaisquer dúvidas, pelo qual o interprete e o aplicador seriam dispensados de seus labores hermenêuticos, restando, para o juiz, ser apenas a *boca* que profere as palavras de lei, como um ser *inanimado* e *autômato*, não podendo moderar a força nem o rigor do texto legal, sob pena de ser violada a segurança jurídica decorrente do Parlamento, nos dizeres de MONTESQUIEU²⁵.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 108.

²³ Idem, p. 109.

²⁴ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 89 e 184. Pode-se dizer que essa doutrina demonstrou seu sinal inequívoco de exaustão após a 2ª Guerra Mundial, período no qual surgiu verdadeira tendência em aumentar os poderes dos juízes na elaboração do direito para que façam frente, quando necessário, aos absurdos traçados pelo legislador, como aconteceu no regime nacional-socialista (nazista), fazendo com que o processo de Nuremberg tivesse repercussão mundial. Elevando esse raciocínio ao máximo, muitos chegam a falar que os Estados atuais seriam governados, ainda que indiretamente, pelos juízes, e não mais Legislativo ou pelo Executivo. O juiz tornou-se, indubitavelmente, auxiliar e complemento indispensável do legislador.

²⁵ Conforme expõe PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2. ed. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 21.

A cada concretização dos modelos normativos, estes tomam maior corpo, enriquecendo-se e adquirindo sempre novas possibilidades de utilização, muitas das quais jamais imaginadas pelo mais profético dos legisladores que tenham participado do processo legislativo²⁶, até porque num direito legislado existem mais lacunas do que disposições certas e inequívocas²⁷, modelando-se os entendimentos de acordo com a *época* vivida, não sendo possível, por isso, a rotulação de “erradas”, “incorretas” ou “equivocadas” as múltiplas *compreensões* existentes sobre o tema que divergem com a adotada pelo intérprete-aplicador.²⁸ Nessa ótica o Direito e o ordenamento jurídico não é, ele vem a ser²⁹, porquanto o *Direito* é uma ideia eminentemente *prática* (não teórica), voltado para um fim, e é no dia a dia que ele se desenvolve³⁰.

Nesse ponto, as metáforas criadas por PIERO CALAMANDREI são magistrais para o fim de demonstrar o subjetivismo inerente ao direito. Como exemplo temos aquela de que os fatos e o próprio direito são como uma paisagem, de forma que, colocando dois pintores frente à mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete, ver-se-á que, uma hora depois, as pinturas são absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo.

No mesmo norte, pode-se mencionar o fato de que em todo processo há dois advogados que se contrapõem, podendo ambos estar, e quase sempre estão, de boa-fé, porquanto cada um representa a verdade com a *vê*, colocando-se no lugar de seus clientes, não

²⁶ “Na maior parte das vezes”, complementa PERELMAN, Châim. Op. cit. p. 74, “as questões que são objeto de uma controvérsia jurídica não foram objeto de um debate no Parlamento”.

²⁷ Sobre as lacunas, muitas delas, segundo HANS Kelsen, em sua obra *Teoria pura do direito*, na página 158, não passam, na verdade, da diferença entre o direito positivo e o direito desejado (subjetivo) pelo intérprete (ou seja, ele gostaria que aquilo fosse regulado, mas não o é, e isso não seria razão suficiente de impingir a pecha de “lacunoso” ao sistema jurídico).

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 110.

²⁹ LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 82.

³⁰ Cf. IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2009. p.13.

havendo como acusá-los (os advogados) de leviandade ou de trair a verdade³¹. Aliás, dessa constatação que surge a perplexidade dos iniciantes no estudo do Direito da possibilidade de, num mesmo caso, dependendo de quem o defende ou o julga, seja possível obter visões e resultados diametralmente opostos, inclusive votos conflitantes em um mesmo julgado³².

Desse modo, como afirma ainda CHAIM PERELMAN, pouquíssimas são as vezes em que boas razões que militam a favor de uma solução não são contrapostas por razões mais ou menos boas em favor de uma solução diferente, fazendo com que nade prove que a decisão necessária e inexorável aos atos judiciais seja efetivamente a única solução justa para o problema, nem que não tenha o caráter *pessoal* do tomador da decisão influído na decisão³³.

Não existe algo como uma linguagem *não interpretável*³⁴, como deixa patente JOHN HASNAS em seu provocador artigo *O mito do Império da Lei*, assim como não há interpretação *neutra*³⁵, sendo esta sempre determinada pelas *crenças morais e políticas* subjacente a cada indivíduo. Destarte, o Direito fica, de certa forma, ao gosto de seus

³¹ Cf. CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 121, 124 e 125.

³² BARROSO, Luís Roberto; e BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional... In: LEITE, George Salomão (coord.). *Dos princípios constitucionais*. 2. ed. ver. atual. São Paulo: Método, 2008. p. 77.

³³ PERELMAN, Chaim. Op. cit. p. 9.

³⁴ Sobre este ponto, GEORGE SALOMÃO LEITE e GLAUCO SALOMÃO LEITE [Abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. Cit. p. 31] apontam que “o direito constitucional não consegue ser definido, única e diretamente, a partir do que está escrito na Constituição, pois seu texto exige a demarcação de conteúdo mediante sucessivos processos de concretização. A sociedade muda diariamente. Os valores se alteram com o passar dos tempos. Inexiste imutabilidade axiológica”.

³⁵ Aliás, com chama a atenção VIDIGAL, Erick José Travassos. *Protagonismo político dos juízes*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 55, não só a interpretação é tendenciosa, como a própria lei. Seguir com “neutralidade” a lei “neutra” advindo de um regime totalitário (como era a Lei de Imprensa no Brasil, expurgada recentemente do ordenamento jurídico pátrio pelo Supremo Tribunal Federal) é o mesmo que coroar a injustiça sob o manto do Poder Público. Ou, como diz ALCIDES PEDRO SABBÍ em seu livro *In justiça*, às páginas 27 e 75, o Judiciário muitas vezes “homologa a (in)justiça da lei”, acrescentando, a seguinte advertência: “De que vale o acerto judiciário, se a lei é injusta?”. Criando espécie de brocardo jurídico, este autor (p. 75) afirma: “iniusta lex, iniusta sententia”.

aplicadores, os quais, envolvidos numa *batalha* verdadeiramente *política*³⁶, lutarão para *impor* suas próprias versões do “bem” ao resto da sociedade, não existindo, nesse sentido, um “governo de leis” em detrimento do temido “governo de pessoas”. Assim, aflora-se, em todos os casos imagináveis, a *ideologia política*³⁷ daqueles investidos no poder de tomar *decisões*³⁸. Nesse sentido, a *interpretação integra*, mesmo que contrariamente à opinião predominante e ao próprio objetivo do legislador, *a própria norma* (e, portanto, ao seu “processo legislativo”).

Quem *comanda* não é a lei, mas sim o *coração mutável dos intérpretes*³⁹ (principalmente dos juízes), e *nisso, a princípio, não há qualquer problema*, pois, conforme expõe MAURO NOLETO *apud* ERICK VIDIGAL⁴⁰, ser escravo da lei (que sabemos ser impossível sê-lo) não pode nem nunca pôde fazer do jurista um pensador digno, vez que, sob este malfadado manto, pode-se abrigar todo tipo de conveniência política, democrática ou não.

A própria neutralidade do juiz (não só quanto à interpretação dos textos legais, mas também na condução do processo), nos dias de hoje, já é questionada, conforme indica AMINI HADDAD CAMPOS, para quem “não mais há sustentação à ideia de Juiz neutro,

³⁶ No mesmo sentido, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 126): “Afim, em maior ou menor medida, alguma dose de arbítrio sempre está presente quando se interpretam e se aplicam normas a situações concretas”.

³⁷ “Em suma, desprovidos de uma teoria que lhes dê sustentação e consistência na seleção dos métodos e princípios que organizem o seu acesso à Constituição (...) os intérpretes/aplicadores acabam escolhendo esses instrumentos ao sabor de sentimentos e intuições, critérios que talvez lhes pacifiquem a consciência, mas certamente nada nos dirão sobre a racionalidade dessas opções.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 158).

³⁸ Passim HASNAS, John. *O mito do império da lei*. Disponível em: < <http://www.libertyzine.com/2007/05/o-mito-do-imprio-da-lei-john-hasnas.html> >. Acesso em. 2. nov. 2011.

³⁹ E relatividade (ou subjetividade) das coisas (o mesmo podemos dizer dos argumentos jurídicos) é expressa em ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. 5. ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 222 nos seguintes termos: “as mesmas coisas deleitam algumas pessoas e causam sofrimento a outras, e são penosas e odiosas aos segundos, mas agradáveis e estimáveis aos primeiros”. Em igual sentido: Cf. CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 222.

⁴⁰ VIDIGAL, Erick José Travassos. Op. cit. p. 3.

que, sobretudo, equivale a um comportamento omissivo” porquanto não corresponde “aos anseios por uma justiça efetiva, que realmente propicie acesso à tutela justa”, não se compreendendo que aquele que se investiu no poder de julgar “apresente uma postura descomprometida com as máximas da Justiça”⁴¹ sem qualquer prejuízo para a sua imparcialidade do julgador.

Aliás, melhor exemplo não há, da *mutação jurisprudencial*⁴², ao paladar dos julgadores (e, também, da sociedade civil), é a constituição norte-americana, sempre indicada como sintética ou concisa, da qual se extrai a durabilidade e seu caráter até mesmo exemplar pela doutrina (até hoje só foram editadas 27 emendas desde 1787), a qual, no decorrer de gerações, teve seu *sentido modificado* várias vezes, chegando, por exemplo, a abalizar a discriminação racial *ex lege* outrora existente naquela nação, pois não haveria qualquer problema na assertiva “separados mas iguais”, passando para o entendimento de proibição indistinta de toda e qualquer ação governamental que classificasse os indivíduos por quaisquer critérios (como “raça”), chegando, por fim, a uma *interpretação* da possibilidade de se instituir *discriminação positiva* (“benigna”) em favor de determinados seguimentos sociais, especialmente aqueles que tem o *status* de “minorias”, em detrimento das demais, fenômeno este decorrente da célebre máxima francesa “a revolta dos fatos [e da própria sociedade civil] contra o Código”⁴³.

Essa alteração do significado da norma advinda do mesmo dispositivo constitucional (Emenda XIV) se deu a despeito de qualquer alteração do texto normativo, porquanto, a

⁴¹ CAMPOS, Amini Haddad. *O devido processo proporcional: o princípio da proporcionalidade constitucional na teoria processual: as concepções do direito brasileiro*. São Paulo: LEJUS, 2001. p. 48-49.

⁴² A respeito, GEORGE SALOMÃO LEITE e GLAUCO SALOMÃO LEITE [Abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. Abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 19] aduzem que: “A Constituição, portanto, deve ser atualizada de modo a fazer valer a sua força normativa por meio da interpretação constitucional. Este processo informal de mudança da Lei Fundamental tem relações estreitas com a extensão e a estrutura normativa da Constituição”.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 116.

modificação que ocorreu se deu em relação ao próprio significado do princípio da igualdade uma vez que houve modificação no mundo dos fatos e na relação de valores dos norte-americanos⁴⁴.

Assim, nesse caminhar, vislumbrando todas essas razões, HANS Kelsen assinalou que a segurança jurídica traçada pela teoria tradicional do direito, deveras, consciente ou inconscientemente, é pura ilusão⁴⁵, questão essa que será parcialmente resolvida (pois integralmente nunca será) e analisada no tópico seguinte.

Destarte, deve-se *sepultar e enterrar a equivocada* ideia de que os julgadores simplesmente *aplicam* o Direito⁴⁶, que é *descoberto* por meio de reflexões, pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias, pois o *Direito não é contido na Constituição, nas leis, nos regulamentos, etc.*, já pré-configurado, já concluído, mas sim a *interpretação é complemento indispensável*, sem solução de continuidade⁴⁷, à *criação* das normas jurídicas.

A *interpretação* é uma parte tão *necessária* (e não um defeito) do e ao Direito que, em

⁴⁴ LEITE, George Salomão; e LEITE, Glauco Salomão. Abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 32.

⁴⁵ Cf. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. 7. ed. rev. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 155.

⁴⁶ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet *apud* Tavares, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 56, “convém registrar que se está a partir aqui da noção já consagrada – embora ainda não de todo assimilada pela totalidade dos doutrinadores e operadores jurídicos – de que os dispositivos (texto) não se confundem com a norma (ou normas) nele contida, nem com as posições jurídicas (direitos) por esta outorgadas, já que cada direito fundamental pressupõe – na esteira do que leciona Alexy – necessariamente uma norma jusfundamental que o reconheça”, isso porque, “na realidade, porém, é difícil que o juiz, ao interpretar a lei (o que significa repensá-la e fazê-la reviver nele), consiga distanciar-se de si mesmo, a ponto de não introduzir em seu julgamento, mesmo sem parecer, suas opiniões políticas, sua fé religiosa, sua condição econômica, sua classe social, suas tradições regionais ou familiares, até mesmo seus preconceitos e fobias” (Calamandrei, Piero. Op. cit. p. 245).

⁴⁷ Para Silva, Virgílio Afonso. *Direito fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 147, “a tarefa da interpretação não é *cognitiva* – ou seja, não é descobrir um sentido concreto de um dispositivo –, mas um *ato de vontade*, para o qual concorrem razões de natureza moral, de concepções de justiça, de juízos sociais de valor etc”.

muitos casos, só se descobre o real conteúdo do dispositivo legal após constatar como ela opera e quais são seus efeitos na vida social⁴⁸, embora muitos ignorem tal aspecto, como aponta HORÁCIO WANDERLEY RODRIGUES *apud* FERNANDO PAGANI MATTOS⁴⁹, até mesmo porque a mentalidade formalística e burocrática dos acadêmicos brasileiros advém do “ensino basicamente positivista e que não propicia o desenvolvimento do raciocínio jurídico e do senso crítico necessário neste limiar do século XXI”.

“A principal noção a reter”, como diz EDUARDO CARLOS BIANCA BITTAR, “é a de que a ciência jurídica constrói sentido ao produzir a coesão e a lógica do ordenamento jurídico. Não há um ordenamento pronto, mas uma permanente hermenêutica das normas”⁵⁰.

Ora, como reconhece até mesmo HANS KELSEN, ícone daqueles que querem expurgar o “subjativismo” do Direito, é ilusória a crença de que é possível encontrar, sempre, uma única solução “correta” por meio da interpretação e conformação legal⁵¹.

É infrutífera qualquer argumentação que se pretende “objetiva”, “jurídica” ou “impessoal” porquanto a exclusão, de antemão, de um conteúdo da norma é a atitude despida de qualquer cientificidade⁵², razão pela qual os intérpretes devem duvidar de propostas milagreas que pretendem converter as ciências humanas em exatas, universalmente válidas e

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 118-119.

⁴⁹ MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 82.

⁵⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. cit. p. 59.

⁵¹ Passim KELSEN, Hans. Op. cit. p. 150-155. Ratificando este ponto temos as palavras de SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 147: “Kelsen é enfático em sublinhar que não se pode falar, no direito, em um única resposta possível para os problemas interpretativos e de aplicação. A decisão do juiz não é, portanto, única, nem a melhor, mas, por razões de competência, aquela que vinculará aqueles ligados à decisão”.

⁵² PERELMAN, Cháim. Op. cit. p. 8. Prediz: “Por ser quase sempre controvertido, o raciocínio jurídico, ao contrário do raciocínio dedutivo puramente formal, só muito raramente poderá ser considerado *correto* ou *incorreto*, de um modo, por assim dizer, impessoal”. Confira, também, KELSEN, Hans. Op. cit. p. 152.

dedutíveis, esquecendo-se do relativismo e da diversidade dos fenômenos culturais⁵³.

Destarte, não são as mais apropriadas as terminologias “jurisdição” (*dizer o direito*) e “judicatura” (*encontrar o direito*), vez que sua função é muito mais *constitutiva*, criadora de direito, do que meramente declaratória⁵⁴ (mesmo nas sentenças que, doutrinariamente, se aponte com esta classificação). A sentença judicial é norma jurídica que individualiza e concretiza a norma geral ou abstrata⁵⁵.

A maioria dos atos jurídicos (tirando a Norma Fundamental, que é somente criação, e o ato coercitivo estatal, que é pura execução) é, *ao mesmo tempo, ato de produção jurídica e ato executivo*⁵⁶, porquanto as leis são fórmulas que o juiz, em cada caso concreto, preenche seu conteúdo não só com a lógica, mas também com o seu sentimento, sendo levado antes de aplicar qualquer norma (em qualquer de suas acepções, de puro texto de lei ou o enunciado intersubjetivamente obtido com a *práxis* forense) a julgá-la, aplicando com maior ou menor convicção conforme sua *consciência moral* e sua *opinião política* aprovem ou a reprovem⁵⁷.

Poucos são os críticos do “subjetivismo” dos juízes que percebem que foi o próprio positivismo e a escola da exegese que jogou os magistrados nesse caminho⁵⁸ ao prever que o ordenamento jurídico é *completo, coerente, claro, preciso e sem lacunas*, pois, ao obrigar o

⁵³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. cit. p. 42.

⁵⁴ Isso porque, KELSEN, Hans. Op. cit. p. 151, admite que “sob a ótica do direito positivo não existe critério pelo qual uma das dadas possibilidades de aplicação da norma possa ser preferida à outra. Simplesmente não existe – caracterizável como juspositivo – um método, relativamente ao qual, dentre os vários significados linguísticos de uma norma, só se possa salientar um como ‘correto’...”.

⁵⁵ Cf. KELSEN, Hans. Op. cit. p. 136.

⁵⁶ Idem, p. 139.

⁵⁷ Como apontam GEORGE SALOMÃO LEITE e GLAUCO SALOMÃO LEITE [A abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 26], “não se trata de simples *escolha*, mas sim de um ato de decisão vinculado às variáveis fáticas do caso, com o escopo de encontrar a solução mais adequada”, ideia esta que deve ser resgatada quando falarmos, mais à frente, de ponderação. Noutras palavras é possível observar, ainda: CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 221.

⁵⁸ Por todos, VIDIGAL, Erick. Op. cit. p. 35.

juízo dos casos que lhe fossem submetidos (vedação ao *non liquet*), como reza o art. 126⁵⁹ do Código de Processo Civil pátrio, outra opção não sobrou a eles a não ser interpretar e conformar os textos de lei aos casos submetidos, ou mesmo se socorrendo a elementos *extra-textuais*, não analisados pelo legislador, como a *analogia*, os *costumes* e os *princípios gerais*⁶⁰.

Assim, somada a inerente subjetividade da interpretação com a noção de completude do sistema dos positivistas, os intérpretes, como prediz MAURO CAPPELLETTI *apud* ERICK JOSÉ TRAVASSOS VIDIGAL⁶¹, são forçados a ser livres, por mais que se esforcem por permanecer fiéis ao texto legal.

Compreendendo que o Direito vai muito além do que simples textos normativos, interessante e irretorquível é a vinheta traçada por PAOLO BARILE: uma balança, símbolo da Justiça, composta por seus dois pratos: em um lado, mais acima, está um volumoso código; noutro, mais abaixo (logo, mais pesado) uma singela flor⁶². Citando-a, LUIZ FUX vaticinou que, “diante da injustiça da lei, hão de prevalecer a beleza, a caridade e a poesia humanas”⁶³.

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil que dispõe em seu artigo 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

⁶⁰ Em verdade, conforme pontua PERELMAN, Chäim. Op. cit. p. 23-24, após a Revolução Francesa, de tudo fazendo com que as interpretações não pudessem deformar a vontade do legislador (duas concepções desbotadas em nosso tempo: ausência de *interpretação* e a *vontade* da lei ou do legislador), se o texto não fosse claro o suficiente, deveriam os magistrados se dirigir ao Legislativo sempre que se fizesse necessário para a solução dos vários posicionamentos. No entanto, esse recurso ao Parlamento revelou-se, na prática, *desastroso*, quase tudo lá (no Parlamento) desembocava, atravancando não só o bom andamento da justiça como também violava, bem ou mal, a então sacrossanta doutrina da *separação dos poderes*. Tal disposição (recurso ao Parlamento) durou apenas até o momento que veio o Código de Napoleão instituir a vedação ao *non liquet*, nunca mais existindo semelhante sistema noutros países nem mesmo na França.

⁶¹ VIDIGAL, Erick José Travassos. Op. cit. p. 72.

⁶² Capa do livro de CALAMANDREI, Piero. Op. cit.

⁶³ FUX, Luiz. *Nós, os juízes*. Folha de São Paulo, São Paulo, 03 mar. 2011. Disponível também em: <<http://paginadoenock.com.br/home/post/8223>>. Acesso em 14 out. 2011.

Metaforicamente, a poesia deve vencer o direito, não sendo por acaso que “sentença” deriva de “sentir”⁶⁴, não podendo nela se esconder o desgastado *dura lex sed lex* (a lei é dura, mas é a lei) como forma hipócrita de fazer a injustiça se concretizar sob o manto da legalidade⁶⁵.

Ao contrário do que diz os positivistas normativistas, todo e qualquer conteúdo não pode ser direito, mas somente aqueles em que imperem a *equidade* e a *justiça*. Pensar o contrário é considerar que o que vale são os aspectos puramente estéticos, crendo que a justiça pode se rebaixar ao nível de um passatempo literário ou de um exercício escolar, encarando (erroneamente) o direito (não só o processual, como também o material) como um fim em si mesmo, e não como um instrumento⁶⁶ que, de fato, o é.

Atento à confusão que, dia e noite, fazem entre o texto jurídico e o próprio Direito, tomando-os (grande parte dos operadores do direito) como equivalentes, ROBERTO LYRA

⁶⁴ Ressaltando o sentimento de justiça que deve presidir a mente do juiz no momento que julga as causas que lhe são submetidas, bem como lembrando também a origem etimológica da palavra “sentença”, CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 53-54, utiliza-se de lição de IRAJÁ PEREIRA MESSIAS, para o qual a sentença não pode ser considerada como mero ato de burocracia rotineira. Temos, neste ponto, ainda, a lição de CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 177.

⁶⁵ Até porque, como expõe PLANIOL *apud* CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 109, é lição basilar que “o direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver uso abusivo de qualquer direito que seja, pela razão irrefutável de que um só e mesmo ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito”. Em igual sentido, GEORGE SALOMÃO LEITE e GLAUCO SALOMÃO LEITE [Abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 30] indigita, que esta máscara, que muitas vezes utilizam até mesmo inconscientemente para disfarçar a criação judicial do direito, despenca quando se procura vincular o juiz à Constituição, vez que nesta há horizontes espaçosos para a interpretação de seu texto, não sobrevivendo aqueles que defendem a completude do ordenamento jurídico e que negam participação dos intérpretes na delimitação do que seja a norma jurídica. Ver, também, CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 306.

⁶⁶ Esboçando o direito como um garantia e, portanto, instrumental, confira DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *O direito como garantia: pressupostos de uma teoria constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.p. 71 e 112, dentre outras passagens de sua obra. Com outras palavras, ainda temos ANDRÉ RAMOS TAVARES [Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional, In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 38-39]: “Ademais, o Direito não é um fim em si mesmo, servindo apenas na medida em que proporciona as condições desejadas e adequadas para o relacionamento social seguro”.

FILHO aponta que a maior dificuldade para se ensinar o que é o Direito não é o que ele verdadeiramente *é*, mas sim aniquilar as falsas premissas (o que *não é*) aceitas como seu retrato fiel, de maneira que, noutros países, talvez a tarefa seja menos árdua, porquanto tratam-nas claramente com nomenclaturas diversas: *Jus* e *lex* (latim), *derecho* e *ley* (espanhol), *Diritto* e *legge* (italiano), *Droit* e *loi* (francês), *Recht* e *Gasetz* (alemão), dentre outros exemplos dados⁶⁷. Em que pese no Brasil também se diferencie a grafia “lei” de “Direito”, são dadas nos tribunais e, mesmo, nos bancos acadêmicos, como sinônimos⁶⁸.

Corroborando (e até mesmo exacerbando) a influência dos fatores comunitário e seu contexto histórico para a determinação do conteúdo das normas jurídicas vigentes num país, FERDINAND LASSALE, na clássica lição *O que é uma Constituição?*, separa a *aparência* de norma (o texto de Lei, em sentido *lato*) da *real* imposição de comportamentos (dever-se), que se dá por meio dos *fatores reais do poder*. Não adianta, dessa forma, ignorar as *forças e vontades* existentes no seio social, as quais ajudam a estabelecer o verdadeiro direito, se o que foi legislado (ou formulado pelos constituintes) não corresponde às ideias da sociedade para a qual se destina o texto normativo. Este, se elaborado sem se considerar a realidade fática, não passará de um *folha de papel*, sucumbindo *necessariamente* perante o Direito real⁶⁹, tal a razão das chamadas leis e normas constitucionais que não “pegam”.

Ato contínuo, por sua vez, KONRAD HESSE preleciona que a Constituição (assim como toda as normas em geral) não devem ser considerada como simples construção teórica, mas sim como germe material de sua força vital fixada em seu *tempo*, observando-se as

⁶⁷ LYRA FILHO, Roberto. Op. cit. p. 7.

⁶⁸ Acerca dessa confusão, KELSEN, Hans. Op. cit. p. 137, asseverou que: “somente o preconceito, de acordo com o qual todo direito está contido na norma geral, a identificação errônea do direito com a lei, poderia obscurecer esse ponto de vista”.

⁶⁹ Passim LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. 2. ed. Tradução de Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2005. p. 9-64.

*circunstâncias nacionais – culturais, sociais, políticas e econômicas – imperantes*⁷⁰, não obstante a “vontade de Constituição” ajude a superar as amarras dos fatos, de forma que a interpretação mais propícia é a que consegue concretizar o sentido da proposição normativa. A mudança das relações fáticas poderá – ou deverá – provocar mudanças na interpretação da Constituição, não se esquecendo, é claro, que as interpretações são limitadas pelas proposições jurídicas constituídas pelo Parlamento e pelas condições naturais⁷¹.

1.2. – SOLUÇÃO PROPOSTA – OPÇÃO INTERMEDIÁRIA

Antes que sobrevenham as mesmas críticas de sempre sobre o excessivo *subjetivismo* (que é inarredável para a compreensão de qualquer *linguagem*, seja ela jurídica ou não), salienta-se que, por mais ampla que seja a liberdade de interpretação dos operadores jurídicos, não é dado a ele, subjetivamente, criar ou atribuir significados patentemente arbitrários, em desprestígio aos enunciados normativos, nem ir além do seu sentido linguisticamente *possível*, um sentido que, numa visão *habermasiana*⁷², é conhecido e/ou fixado pela *comunidade ou*

⁷⁰ INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 156) expõe que “o ‘verdadeiro’ sentido dos enunciados jurídicos emerge ou se define em cada situação hermenêutica, o que significa dizer que eles só se ‘revelam’ no momento da aplicação e que esse sentido varia continuamente, no compasso das alterações no prisma histórico-social de realização do direito (Reale)”. Em razão disso, CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 183, vaticina que “não basta que os magistrados conheçam com perfeição as leis tais como são escritas; seria necessário que conhecessem igualmente a sociedade em que essas leis devem viver”. Confira, ainda: HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 17-18.

⁷¹ HESSE, Konrad. Op. cit. p. 22-24.

⁷² Como expõe BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Direito probatório, preclusão & efetividade processual*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 74, a verdade, na teoria habermasiana, nada mais é que o “consenso discursivo, ou seja, verdade é o que todos os participantes consensualmente consigam entender por verdade”. Por outro lado, BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. cit. p. 99, propaga que “A verdade, numa perspectiva habermasiana, é fruto de um processo social de compartilhamento de argumentos em torno de objetos-de-pesquisa que podem ser sustentados racionalmente”.

*sociedade aberta de intérpretes*⁷³ e para ela funciona como *limite da interpretação*⁷⁴.

Aí está o grande norte a guiar os juristas, mas que, em muitas vezes, é ignorado por eles em nome duma *proporcionalidade* que agrada a todos os lados do debate⁷⁵, sem se darem conta que a letra da lei cumpre uma dupla finalidade: servindo como *ponto de partida* para a elucidação do sentido possível pelo intérprete bem como *limite* à hermenêutica jurídica⁷⁶. Dessa constatação de modo algum decorre a afirmação de que não há significação alguma antes do término desse processo de interpretação, visto que existem limites mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Ou seja, interpretar não é criar, do zero, alguma norma, mas sim construí-la a partir de algo, ou mesmo reconstruir este ponto referencial inicial⁷⁷.

E como conhecer tais *limites*? De fato, não há nenhum critério objetivo para tanto, como uma medida aferível e comparável. Entrementes, o legislador, quando quer diminuir o poder de apreciação, certamente busca uma maior precisão nos termos da lei, introduzindo, se possível, elementos qualitativos⁷⁸, como é o caso recente da Lei Seca no país⁷⁹. Nos demais

⁷³ Expressão essa cunhada pelo constitucionalista alemão PETER HÄBERLE, ainda na década de 70, segundo WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO [Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 240].

⁷⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 132. Por isso, também, que ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 108, afirma que “não é admissível afastar, nem ampliar além do limite semântico possível, uma regra constitucional com base num princípio”.

⁷⁵ Sobre a proporcionalidade, veja o tópico abaixo “2.4. – A diferenciação entre regras e princípios e o princípio da proporcionalidade”.

⁷⁶ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 133.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 32 e 33.

⁷⁸ Cf. PERELMAN, Chäim. Op. cit. p. 49, 202 e 203.

⁷⁹ A Lei nº 11.705/2008, modificou a redação dada ao art. 306, determinando que a “concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas”, subtraindo a necessidade de perigo. Mostra-se, portanto, que o legislador, atento às incomensuráveis discussões judiciais que se davam sobre o assunto, questionando o que seria estar sob influência de álcool, até porque no direito penal vige o sempre citado *in dubio pro reo*.

casos⁸⁰ a questão assume contornos menos nítidos ou mais opacos.

No mesmo caminho, pode-se ponderar, ainda, que ao eternizar-se determinado dispositivo legal ou constitucional (como é o exemplo já dado da XIV Emenda da Constituição dos Estados Unidos), mesmo havendo modificações na sua interpretação, o legislador não quer que ele seja interpretado em conformidade com o espírito daquele que o criou ou editou, pois “o mais das vezes o legislador atual consagra, com o seu silêncio, a interpretação nova que a jurisprudência fornece, de tempos em tempos, de um texto antigo”⁸¹. Caso discorde do posicionamento prevalecente na jurisprudência, cabe a ele (legislador) explicitar, de forma mais incisiva, o que realmente queria ou quer (sua *vontade*) com aquele texto.

Por isso é que TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR diz que a dogmática faz com que “os juristas, em termos de um estudo estrito do direito, procurem sempre compreendê-lo e torna-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente”, absorvendo-a como “um dado, que eles aceitam e não negam, é o ponto de partida inelutável de qualquer investigação”, constituindo verdadeira “espécie de limitação, dentro da qual eles podem explorar as

⁸⁰ Em textos legais menos fechados (pois todos são, pouco ou muito, “abertos”), não necessitando, para tanto, pensar nem mesmo apontar os jargões “equidade”, “interesse público”, “urgência”, “bons costumes”, “boa-fê”, “probidade” etc., conceitos plásticos que, naturalmente, se modificam de época em época, de local em local, ou mesmo de pessoa em pessoa, bastando mencionar a discussão da linguagem do Projeto de Lei de Iniciativa Popular da Ficha Limpa (que, em grande medida, foi convertido na Lei Complementar nº 135/2010), que dizia que seriam inelegíveis os políticos condenados por órgãos colegiados e a proposta de redação de alguns parlamentares no sentido de constasse apenas “aqueles que vier a ser condenado”. Essa mudança, antes de ser votada ou entrar em vigência, já tinha criando verdadeira celeuma quanto à interpretação que seria “correta” daquele trecho, muito embora muitos parlamentares dissessem expressamente que não pretendia mudar o sentido da lei (comprovando que os questionamentos se daria com base no que foi *feito* ou *falado* pela lei, e não a *vontade* do legislador). Aproveitando a oportunidade, a mesma Lei da Ficha Limpa também serve para diversos outros questionamentos sobre sua validade (constitucionalidade ou não) ou mesmo sobre a justiça de suas disposições (em detrimento da presunção da inocência), caso ímpar e emblemático da importância da hermenêutica jurídica.

⁸¹ Trecho colhido de CHÄIM PERELMAN *apud* INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 123).

diferentes combinações para a determinação operacional de comportamentos juridicamente possíveis”.⁸² Sendo inegável que o Direito é uma ciência dogmática, uma coisa leva (e deve levar) à outra.

Com o *contraditório* e a *ampla defesa*, e também com os debates acadêmicos existentes, por meio do *convencimento racional* (seja pelo processo, seja pelas publicações jurídicas), aquilo (interpretação) que era, em princípio, apenas um ponto de vista subjetivo passará a se amparar no entendimento, se não unânime (que é raro), pelo menos da maioria do grupo social, que o avaliza ou lhe dá consentimento na exata medida do seu poder de persuasão (tornando-se controlável o discurso adotado pelo Judiciário, de forma intersubjetiva ou, para os mais crédulos, objetiva⁸³). Como aduz VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, a “objetividade não se encontra – como já se tentou deixar claro anteriormente – na renúncia ao sopesamento, mas na busca de padrões de diálogo intersubjetivo que permitam um controle social da atividade jurisdicional”⁸⁴.

O dilema maior é que esse *convencimento motivado* com vistas a um posicionamento consensual (intersubjetivo) seja alcançado num lapso de tempo *razoável* para que se alcance a paz judiciária, pois não é dado ao Judiciário aguardar a formação de uma unanimidade sobre determinado assunto ou mesmo aguardar a reforma da lei para julgar os casos que lhe são submetidos, tendo que evitar, assim, os debates intermináveis⁸⁵, porquanto, como bem disse RUI BARBOSA⁸⁶, justiça que tarda não é justiça, mas sim injustiça qualificada e manifesta⁸⁷,

⁸² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 25.

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 128.

⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 178.

⁸⁵ Cf. PERELMAN, Cháim. Op. cit. p. 167.

⁸⁶ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: < <http://www.culturabrasil.org/aosmoccos.htm>>. Acesso em 15 out. 2011.

⁸⁷ SABBI, Alcides Pedro. Op. cit. p. 46: “Justiça é como seguro. Este, não liquidado de imediato, muitas vezes melhor seria não existisse: cria expectativa falsa, paralisa negócios e suprime alternativas, neurotizando, além disso, o seu titular”.

não podendo os institutos processuais, como a ampla defesa, “se transformar em obstáculo à rápida solução do litígio, salvo se houver justa causa”⁸⁸. Tal dissabor (ter que aplicar o direito sem ter sido alcançado o consenso) se deve, também, ao fato de que argumentação alguma nunca será impositiva⁸⁹, por mais que se tente, artificialmente, expô-la sob as vestes do silogismo judiciário⁹⁰.

Não obstante, deve-se ficar atento o intérprete ainda para que uma interpretação desarrazoada (esboçada fora da *moldura legal* kelseniana possível ou do que se diz *razoável*), até mesmo por causa de necessária agilidade que se deve dar aos julgamentos, não seja sucessivamente adotada pelos demais juízes e tribunais, sob pena de ser converter, à luz do dia, em “verdade”⁹¹ aquilo que não coaduna com o sistema jurídico positivo, em ato de extremo subjetivismo das cortes⁹², em razão de simples maioria alcançada no tribunal.

Atente-se que, quando se fala que se busca (e que a normatividade decorre do) o consenso sobre determinado assunto, não significa aceitar que a hermenêutica seja desprestigiada em favor de uma “ditadura da maioria” dos intérpretes, pois a *arbitrariedade* dos magistrados não é nem um pouco menos *viciada e odiosa* do que a dos legisladores.

Por outro lado, não ignorando os ditos *fatores reais do poder*, mas os *amenizando*,

⁸⁸ CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 136.

⁸⁹ Cf. PERELMAN, Chäim. Op. cit. p. 170.

⁹⁰ Não se quer, aqui, negar a importância do conhecimento convencional, nem mesmo o caráter “subsuntivo” ou de mero silogismo (que muito criticamos no texto), mas desde que sejam aplicáveis a regras que possuam baixíssimo teor valorativo, não dando margem a maiores especulações teóricas, como expõem LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS [A nova interpretação constitucional... In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 62].

⁹¹ Advertência contida em excerto captado em NORBERTO BOBBIO por VIDIGAL, Erick José Travassos. Op. cit. p. 25.

⁹² Muitos julgamentos e interpretações advindos do Supremo Tribunal Federal causaram verdadeiro burburinho entre os juristas pátrios, flexibilizando, de forma ímpar, dizeres legais ou constitucionais, não cabendo aqui expô-los, pela objetividade dessa obra. Entretanto, como afirma melancolicamente VIDIGAL, Erick José Travassos. Op. cit. p. 62, o STF tem o privilégio de errar por último e dar a “cartada” final.

KONRAD HESSE vaticina que, se levado ao extremo o raciocínio de FERDINAND LASSALE, a consequência imediata é a própria desconsideração do ordenamento jurídico como uma ciência normativa, não havendo como diferenciá-la da sociologia ou da ciência política⁹³, entendendo ele, com propriedade ímpar, que a *ordenação jurídica* e a *realidade* não são (e não devem ser) entendidas separadamente, mas sim como *condicionamentos recíprocos*, um sobre o outro, numa relação de *coordenação*⁹⁴ (e não de subordinação) devendo a lei traçar, em verdade, uma moldura, dentro da qual são *racionalmente de igual valor diferentes soluções*⁹⁵, de forma que todo ato é conforme a norma, desde que esteja dentro das balizas indicadas na lei⁹⁶.

Estando dentro do quadro legal, a escolha da interpretação dependeria não de ciência pura⁹⁷ do direito nem do conhecimento silogístico, mas de uma vontade livre e arbitrária (se todas as soluções e interpretações forem igualmente aceitáveis e úteis ao tecido social)⁹⁸, buscando-se, sempre, alcançar a maior *clareza normativa possível*.

A clareza (ou a sua ausência) de uma norma não está vinculada ao texto legal nem é consequência deste; pelo contrário, somente quando o texto não constitui objeto de interpretações divergentes e sensatas, não sendo possível discordar sobre sua interpretação e

⁹³ Cf. HESSE, Konrad. Op. cit. p. 11.

⁹⁴ HESSE, Konrad. Op. cit. p. 13. À frente (p. 14), KONRAD HESSE expõe a necessidade de se “encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despedida de qualquer elemento da realidade, de outro”.

⁹⁵ Por causa disso, CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 158-161, explicita que não há motivos para se escandalizar com as disparidades da jurisprudência, vez são possíveis, muitas vezes, cem interpretações que podem ser dadas a uma única lei, nunca sendo possível prever, com segurança absoluta, qual delas o juiz irá escolher – “talvez lhe pareça mais plausível aquela que, para nós, parece a mais absurda”.

⁹⁶ Cf. KELSEN, Hans. Op. cit. p. 150.

⁹⁷ Sobre a “pureza” de determinadas visões do Direito, IHERING, Rudolf Von. Op. cit. p. 18, defende justamente que o modo de menos ostentar o lado real do Direito é por meio da “estreiteza do ponto de vista puramente científico com que se encara o direito”.

⁹⁸ Cf. PERELMAN, Chaim. Op. cit. p. 93.

alcance, é que impingimos-lhe a pecha de “claro”⁹⁹, embora muitos ainda confunda e embaralhe a causa (ausência de outras soluções e interpretações igualmente razoáveis para os mesmos problemas) com a consequência (limpidez da norma).

Aliás, como ensina CRISTINA QUEIROZ *apud* GEORGE SALOMÃO LEITE e GLAUCO SALOMÃO LEITE, “As leis possuem maior ou menor clareza e conferem àquele a que as aplica um poder maior ou menor de interpretação jurídica”, de forma que “Existe uma relação inversamente proporcional entre a clareza do texto da norma e o poder de interpretação conferido ao operador jurídico”. Conclui, em seguida, que é “essa precisão ou vaguidade dos textos jurídicos que distribui de forma variável os poderes do legislador e do juiz”¹⁰⁰.

Com a modificação do meio social, duas são as opções do intérprete: ou adapta o texto de modo dinâmico, considerando que a lei não previu essa situação nova¹⁰¹, como se espera de um juiz moderno, ou invoca argumentos históricos e precedentes, levantando a presunção de continuidade do sentido da norma e a *vontade* do legislador, postura essencialmente conservadora¹⁰².

Sobre a questão da *vontade* do legislador, conquanto já tenha sido esquadrihada aqui e acolá, é preciso acertar as arestas e analisar sua viabilidade, para que este tema não precise voltar na parte principal desta obra (como as argumentações que procuram o contexto social e o clima da Assembleia Nacional Constituinte e de sua época, que desembocou na atual Carta

⁹⁹ PERELMAN, Cháim. Op. cit. p. 50.

¹⁰⁰ LEITE, George Salomão; e LEITE, Glauco Salomão. A abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 30.

¹⁰¹ Sinal dos tempos e do desbotamento dos textos jurídicos mostra-se patente (embora de forma implícita) quando os intérpretes e os tribunais, como ato de revolta, criam ficções jurídicas com o fim de excluir determinados fatos que, *a priori*, naquela norma se enquadraria (e, na velha lógica, deveriam ser subsumidos), por entender que as consequenciais seriam injustas, inadequadas, insensatas ou anacrônicas, conforme explica PERELMAN, Cháim. Op. cit. p. 89, 190, 191 e 243.

¹⁰² Idem, p. 81.

Magna de 1988, para retirar, nos dias atuais, o sentido e o alcance da norma que inadmitte as provas ilícitas no processo).

Primeiramente, enquanto a lei é abstrata e genérica, as situações as quais será aplicada são essencialmente concretas, havendo verdadeiro vácuo, o qual é tão maior quanto mais pareça provável que situações excepcionais (que fogem à regra) possam acontecer, necessitando os intérpretes de espaço suficiente para conformar as condutas aos ditames da justiça. Tendo dado o legislador espaço suficiente para os intérpretes trafegarem dentro de várias hipóteses hermenêuticas possíveis, não há que se clamar pela *vontade* do legislador, a qual, por ser formada por diversas *vontades* contrapostas, achou por bem deixar que a *sociedade de intérpretes* delimitasse o *alcance* e a *abrangência* daquele dispositivo legal. Ademais, mesmos os textos legais mais precisos, como toda obra humana, estão sujeitos à força dos acontecimentos, à força maior e à necessidade, sob pena de tornarem-se inaplicáveis os dispositivos como um todo, sucumbindo frente à invencível força dos acontecimentos¹⁰³.

Segundo, a suposta *vontade* do legislador ou da lei, como condição de legitimidade de todo labor hermenêutico, deve ser deixada de lado, pois aquela *vontade* não se exteriorizou em linguagem, não havendo como interpretá-la, devendo se ater o intérprete (até porque o objeto da interpretação é a *linguagem*¹⁰⁴ e não uma *vontade*) ao que foi *feito* ou *falado* pelos atores sociais (dentre eles, o Parlamento)¹⁰⁵. Não é o intérprete um psicanalista que deve buscar, nos textos normativos, algo que eles estariam escondendo¹⁰⁶.

Além do mais, essa pesquisa da *vontade* do legislador redundaria necessariamente

¹⁰³ Cf. PERELMAN, Chäim. Op. cit. p. 106.

¹⁰⁴ Alias, como preleciona ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 112, “É verdade que a linguagem é largamente indeterminada. Do fato, porém, de que a linguagem é indeterminada não segue nem que ela não possui núcleo de determinação, nem que ela seja totalmente indeterminada e, por isso, supérflua”.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 129.

¹⁰⁶ Idem, p. 156.

numa concepção estática da lei, não se adequando às novas realidades sociais que surgem de tempos em tempos¹⁰⁷. O Direito, prezando pela *segurança jurídica* e pela *certeza*, visa, certamente, a estabilidade das relações jurídicas e sociais, mas não se pretende estático e imutável, como muitos o imaginam.

Aliás, nesse sentido (contra a “estaticidade” das normas por meio da interpretação conforme a *vontade* do legislador), CHAIM PERELMAN pontua que, na Inglaterra esse tipo de interpretação não só é tida por inconveniente como também é proibida, não podendo o intérprete recorrer aos trabalhos parlamentares para identificar sua *vontade*, devendo extrair do próprio texto da lei o meio de interpretá-lo em conformidade com o espírito da sociedade¹⁰⁸.

Fechando este ponto, temos que “a insistência em impor a vontade efetiva deve excluir, em especial, o fato de que se recorra a um legislador fictício, ao qual – sem verificação – poderão ser atribuídas muitas coisas”¹⁰⁹.

Há quem diga, ainda, que a argumentação do intérprete deveria se guiar *segundo a vontade do legislador contemporâneo*¹¹⁰ – ou seja, não mais aquele que a confeccionou, mas o legislador atual (e sua *vontade presumida*), com seus valores e ideologias (tarefa tão ou mais difícil do que analisar o cenário da sociedade em geral). Ora, este raciocínio despreza o fato de que o processo legislativo é ato complexo¹¹¹ (pois o legislador não é um ser único), porquanto o processo legislativo se complementa com a comunhão de *vontades* de centenas de parlamentares, os quais, embora convirjam num só texto, buscam finalidade e resultados

¹⁰⁷ Cf. PERELMAN, Chaim. Op. cit. p. 205.

¹⁰⁸ Idem, p. 206.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. Op. cit. p. 54.

¹¹⁰ Cf. PERELMAN, Chaim. Op. cit. p. 242.

¹¹¹ Na mesma vazão, ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 31, prenuncia que “o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto”.

práticos diversos¹¹². Não que a ideia em si seja despropositada e desarrazoada, mas porque semelhante função (adequação da interpretação das normas aos novos tempos) pode, muito bem, de forma mais eficiente, aceitável e concreta, ser atingida por meios outros, como a própria conformação do direito ao contexto social atual, sem precisar recorrer à figura do Parlamento.

A solução, mesmo que parcial e temporária, está com JOSEF ESSER, o qual aponta que um arsenal de argumentos é totalmente insuficiente para guiar o juiz no exercício de suas funções, porquanto não há nenhum critério estabelecido para se primar por um ou por outro método aprioristicamente, num caso concreto, introduzindo seu pensamento de que a tarefa que se impõe ao magistrado é a busca de uma síntese que leve em conta, simultaneamente, a solução justa aplicável ao caso e sua conformidade ao direito¹¹³.

Assim sendo, o jurista não negará nem a segurança jurídica (pois terá seus olhos voltados ao direito positivo), tornando suas decisões *razoavelmente previsíveis*, ao mesmo tempo que preza pelo valor fundamental do direito que é *fazer justiça*, proporcionando *soluções convincentes e satisfatórias e juridicamente bem motivadas*, não podendo nem os valores oferecer solução judicial independentemente do sistema jurídico que deve aplicar quanto não pode desconsiderá-los por meio de uma função fria e insensível aos atos, devendo o intérprete *diferenciar* o que é mera *opinião* ou opção pessoal do que *o ordenamento*

¹¹² Como se pode ver corriqueiramente nas uniões pactuadas entre partidos dos mais antagônicos para a aprovação de determinada matéria específica, como é o caso da aqui já mencionada Lei da Ficha Limpa, a favor da qual militaram, conjuntamente, de “socialistas” a, até mesmo, membros da bancada ruralista ou empresarial.

¹¹³ PERELMAN, Chäim. Op. cit. p. 114.

jurídico, bem ou mal, prevê ou normatiza para aquela hipótese¹¹⁴.

E como isso (o balanceamento entre o *direito* e a *equidade*) é *aferível* ou *controlável*?

O único modo imaginável (embora não seja perfeito nem imune a críticas) é impondo um *ônus argumentativo* para os intérpretes e julgadores (como faz sabiamente a Constituição Federal em seu art. 93, IX¹¹⁵, “sob pena de nulidade”) ao escolher como “mais razoável” um posicionamento em detrimento de outro, de forma que, com o consenso ou com a opinião predominante da *comunidade jurídica*, seja considerada *aceitável e aplicável* a todos¹¹⁶. Ou seja, deve o jurista buscar, sempre, como forma de conter o “decisionismo”, a “*força do melhor argumento*”¹¹⁷.

Ainda assim, sempre restarão intactas as instigantes questões levantadas por LUIS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS:

“se há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese, qual delas é a correta? Ou, mais humildemente, ainda que não se possa falar de *uma* decisão correta, qual (ou quais) delas é (são) capaz(es) de apresentar uma fundamentação racional e consistente? Como verificar se uma determinada

¹¹⁴ Redobrando a atenção neste ponto, LUIS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS [A nova interpretação constitucional...In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 78] afirmam que “não bastam o bom senso e o sentido de justiça pessoal – é necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendam tal ou qual decisão. Embora óbvia, essa exigência tem sido deixada de lado com mais frequência do que se poderia supor, substituída por concepções pessoais embaladas em um retórica de qualidade. (...) A argumentação jurídica deve preservar exatamente seu caráter *jurídico* – não se trata apenas de uma argumentação lógica ou moral. Nessa mesma linha, ao menos como orientação *prima facie*, um conflito normativo deve ser resolvido em favor da solução que apresente em seu suporte o maior número de normas jurídicas”.

¹¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que dispõe em seu artigo 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 a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

¹¹⁶ Passando da fronteira da interpretação verdadeira para a “mais razoável”, PERELMAN, Chäim. Op. cit. p. 239, diz que: “a lógica judiciária centra-se inteiramente não na ideia de verdade, mas na de adesão”.

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 170.

argumentação é melhor que outra?”¹¹⁸

Para tanto, neste esforço, SAUVEL *apud* CHAIM PERELMAN¹¹⁹ arremata que:

“Motivar uma decisão é expressar-lhe as razões. É desse modo obrigar quem a toma a tê-las. É afastar [ou minorar] toda arbitrariedade. Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de ‘maldizer os juízes’. Ela é que o ajuda a decidir se deve recorrer, ou, se for o caso, dirigir-se à Cassação. Ela é que permite não colocar-se novamente em uma situação que faria nascer um segundo processo. Além do mais, a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas, o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar a sentenças entre si, de analisá-las, agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras. (...)”

“A sentença motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma *tentativa de persuasão*. Desempenha desta forma, no que poderíamos chamar de equilíbrio jurídico e moral do país, um papel absolutamente essencial.”

Nesse prisma, em que pese a função primordial de todo e qualquer magistrado seja *decidir*, deseja (e deve) ele também *convencer* e *ser compreendido*¹²⁰, não bastando que o julgamento proferido tenha indicado a autoridade de um dispositivo legal, pois faz-se necessário, ainda, demonstrar que ele (o julgamento) é *equitativo*, *oportuno* e *socialmente útil*. Do contrário, a autoridade e o poder do juiz seriam injustificáveis, pois se todo o poder emana do povo, como diz o art. 1º, parágrafo único¹²¹, da nossa Lei Fundamental, a ele deve ser prestado contas de seu uso¹²². A simples *afirmação* por parte da autoridade *não possui, nas*

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto; e BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional... In: LEITE, Glauco Salomão (coord.). Op. cit. p. 77-78.

¹¹⁹ PERELMAN, Chaim. Op. cit. p. 210-211.

¹²⁰ Milita nesse sentido INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 125), o qual, nessa questão, afirma que: “é que, diversamente do legislador – que apenas pretende ordenar –, o juiz deseja também convencer, o que, de resto, além de emprestar consistência aos comandos jurisdicionais, adensa o direito à tutela judicial efetiva”.

¹²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que dispõe em seu art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

¹²² Cf. PERELMAN, Chaim. Op. cit. p. 215-216.

*sociedades democráticas, a força de outrora*¹²³.

Por essa razão que a motivação é parte tão integrante para que o Direito se torne conscientemente *justo e controlável*¹²⁴, sem necessitar apelar para figuras ou dogmas que faltam com a verdade¹²⁵, como ressalta, também, INOCÊNCIO MÁRTIRES BRANCO, *in fine*:

“Nesse contexto, a exigência de fundamentação ou motivação suficientes nas decisões judiciais consubstancia uma garantia essencial do jurisdicionado, mediante a qual, sem prejuízo da liberdade que dispõe o juiz na interpretação das normas, pode-se comprovar se a solução que ele venha a dar aos casos submetidos à sua decisão é consequência de uma exegese racional do ordenamento jurídico e não fruto de arbitrariedade. Pela transcendente finalidade dessa obrigação, uma sentença que não explica a solução dada às questões suscitadas e tampouco permita inferir-se as razões próximas ou remotas que a justificam – fundamentação *interna* e fundamentação *externa* – é uma decisão que não apenas viola a letra da lei como vulnera o direito à tutela jurisdicional efetiva.”¹²⁶

Já nas lições de NELSON NERY JÚNIOR, temos:

“Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação *substancial* e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram ‘substancialmente’ fundamentadas as decisões que afirmam que ‘segundos os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido’. Essa decisão é nula por que lhe falta fundamentação.”¹²⁷

Como aqui argumentamos, não basta formular (até porque a possibilidade é fantasiosa) um silogismo formal, a não ser que se deseje tão somente uma satisfação frívola de enquadrar as decisões judiciais num modelo lógico-formal (premissa menor; premissa maior;

¹²³ Cf. PERELMAN, Cháim. Op. cit. p. 229.

¹²⁴ Para RUI PORTANOVA *apud* BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. Op. cit. p. 83, “a maior e mais importante limitação ao livre convencimento é a necessidade de motivação das decisões”, porquanto muito embora o subjetivismo do julgado seja até mesmo desejável para uma solução justa, por outro lado é preciso freá-lo de forma que, “quanto mais liberdade de ser ao juiz, mais minuciosa deve ser a sentença. Quanto mais responsabilidade se atribuir ao julgador, mais clareza e publicidade há de se cobrar de quem julga”.

¹²⁵ “A verdade”, como expõe JAYME BALMES *apud* DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 20, “se sabe pela autoridade do raciocínio” expandido.

¹²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 151.

¹²⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8 ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 218.

conclusão), sem se atentar que, no mais das vezes, ambas as premissas (questão fática e a jurídica) são questionáveis¹²⁸ e a justiça restou-se preterida¹²⁹.

Pelo simples fato de que o Judiciário busca dirimir controvérsias ressaí que uma motivação que procure ter os elementos litigiosos como premissas inquestionáveis para um *silogismo judicial* se prende à *ficção*, transportando o jurista ao *país das maravilhas*¹³⁰. Motivar, no fundo, é o mesmo que justificar a decisão tomada, vez que, no mais das vezes, poderia ter se imbricado, de forma racional¹³¹, em caminho diverso.

“A grande virada” no modo de interpretação, combatendo-se a ideia silogística, como apontam LUIS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS, ocorreu quando se constatou que “não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido”¹³² para toda e qualquer situação as quais incidem.

Existem, ainda, outros dois modos de frear o subjetivismo judicial, além da exigência de motivação: 1) a possibilidade de se *recorrer* das decisões, visto que se estas se ampararem em argumento flagrantemente *desproporcional* ou *desarrazoado* facilmente serão reformadas

¹²⁸ Cf. PERELMAN, Chäim. Op. cit. p. 4, 33 e 222. À frente (fls. 240), afirma ainda que: “Se normalmente o processo ocorre é porque os elementos de fato, ou os elementos de direito, ou ambos, são controvertidos e porque os acordos preliminares não conduzem univocamente à solução preconizada por uma ou outra das partes”.

¹²⁹ “A conformidade *exterior às leis*”, como aduz PERELMAN, Chäim. Op. cit. p. 110, “não esgota a obra da justiça”.

¹³⁰ Cf. PERELMAN, Chäim. Op. cit. p. 222.

¹³¹ Pondera BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. cit. p. 104, que “Se nada é válido *ad aeternum*, do ponto de vista do conhecimento científico, e se nada pode ser sustentado com grau de infalibilidade e absolutidade, deve-se dizer, com Habermas, que somente se pode considerar racional aquilo que se sustenta do ponto de vista de argumentos racionais”. À diante, apodera-se de trecho de HABERMAS, no qual este diz que “irracional é quem defende suas opiniões dogmaticamente, se prende a elas mesmo vendo que não pode fundamentá-las. Para qualificar uma opinião como racional basta que, no contexto de justificação dado, ela possa por bons motivos ser tida como verdadeira, ou seja, racionalmente aceita”.

¹³² BARROSO, Luís Roberto; e BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional... In: LEITE, Glauco Salomão (coord.). Op. cit.. p. 63.

pelos órgãos superiores, além de que o duplo grau de jurisdição satisfaz a natural inconformidade do vencido, compele psicologicamente o juiz a julgar melhor (pois sabe que sua decisão será passível de revisão e crítica), e proporciona uma decisão proferida por um órgão superior geralmente formado com membros mais experientes¹³³; e 2) por meio de órgãos colegiados (não mais existente no Brasil na “judicatura” de 1ª instância, que é monocrático/singular), por meio dos quais o subjetivismo exacerbado de um único membro é minorado com as ponderações dos demais pares. Ambas as formas de controle estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo, assim, voos mais altos e controláveis por parte dos intérpretes e tribunais pátrios.

Embora grande parte da doutrina brasileira defenda não ser o duplo grau de jurisdição uma garantia constitucional, *data vênia*, esta visão ampara-se no equivocado monismo nacionalista legalista, ou seja, observa tão somente o ordenamento interno e por meio de interpretação estritamente gramatical das palavras da Constituição, não percebendo que o duplo grau decorre *implicitamente*¹³⁴, por exemplo, da estrutura dos órgãos da jurisdição superior fixada por ela mesma, a *igualdade* pela qual todos os litigantes deve ter paridade de condições, bem como ser a revisão dos atos estatais uma forma de *controle de legalidade de justiça inerente ao sistema democrático*¹³⁵.

¹³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães ; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 19-20.

¹³⁴ Sobre os aspectos das normas constitucionais implícitas, GEORGE SALOMÃO LEITE e GLAUCO SALOMÃO LEITE [Abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 23] afirmam que “não apenas os princípios expressos têm importância, senão também os princípios constitucionais implícitos, que, apesar de não possuírem enunciados linguísticos na Constituição, são igualmente considerados normas jurídicas. De fato, esses princípios decorrem da própria sistemática lógica estabelecida pelo ordenamento constitucional e possuem tanta normatividade quanto seus irmãos insculpidos expressamente na Carta Política. Portanto, tanto regras quanto princípios (explícitos ou implícitos), que tenham lugar na Constituição, possuem a mesma supremacia jurídica”.

¹³⁵ Neste sentido (pela condição implícita do duplo grau na Constituição), por todos, manifesta-se GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit. p. 21.

Se não bastasse, com base nas lições de VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI¹³⁶, aponta-se, ainda, a “cláusula de diálogo” prevista no art. 5º, §2º, da Carta Magna, pela qual se assevera que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, ou dos tratados internacionais em que seja parte, para justificar que o princípio do duplo grau tenha raiz *materialmente* constitucional (embora não *formalmente*, pois não aprovada com o quórum especial incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004), em razão do que dispõe o art. 8, nº 2-h, da Convenção Americana dos Direitos Humanos¹³⁷ (Pato de San José da Costa Rica), que versa sobre direitos humanos (e, por isso, merece tal *status* constitucional), aludindo¹³⁸ ser direito de toda pessoa, como *garantia mínima*, durante o processo, o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

Esses são os modos de limitar, por meio de condicionamentos recíprocos e coordenação entre o fato, valor e norma, juntamente com a esfera psicológica criada com tal sistema acima exposto sobre o Judiciário, o alcance do caráter subjetivo (*necessário e não expurgável*) das interpretações e decisões jurídicas. O direito deve se desenvolver, assim, equilibrando *dupla exigência*, uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque

¹³⁶ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 51 e 59.

¹³⁷ *Válida e aplicável* no Brasil desde o advento do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992.

¹³⁸ Faz uma leitura diversa e restritiva dos termos da Convenção Americana dos Direitos Humanos NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 213, para o qual o duplo grau de jurisdição é garantia tão-somente em matéria penal, “não alcançada a seara civil ou do trabalho”, visto que a citada alínea “h”, que garante o direito de recorrer, está incluso no item 2 do art. 8º, que disciplina os direitos da pessoa “acusada de um delito”. Conquanto acreditamos que a situação topográfica, em grande parte das vezes, é critério útil e essencial ao intérprete do Direito, neste caso, por se tratar de norma fundamental e, mesmo, decorrente implicitamente do controle que todo Estado que se pretende Democrático de Direito, com fundamento em JOSÉ FREDERICO MARQUES *apud* FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 576, quando tecia sobre outro ponto (“provas” contidas no Código de Processo Civil e no Código Civil), acreditamos que é “o seu próprio conteúdo” que lhe define a natureza (de direito fundamental), independentemente do local ou dentro de qual instrumento normativo encontra-se inserida a previsão.

conformes ao que lhe parece justo e razoável¹³⁹.

Assim, quando necessário, devem os elementos sistemáticos prevalecer para tornar a decisão conforme as exigências do direito, enquanto, noutras oportunidades, a interpretação tradicional das regras seja modificada, como forma de aplicar a justiça no caso concreto. Destarte, a decisão jurídica deve ser construída sob determinadas condições que a restringem, como a subordinação à lei, obrigatoriedade de se observar os precedentes, o ajustamento às doutrinas organizadas e às limitações impostas pelas regras do ordenamento processual¹⁴⁰, além das exigências da *justiça* do caso concreto.

Não é tarefa fácil, nem nunca se disse que assim seria, mas, com essas considerações, certamente é possível *rejeitar as interpretações indubitavelmente inaceitáveis ou clamorosamente não adequadas à realidade social e jurídica do Brasil*. Isso porque, no diapasão de ARISTÓTELES, “cada proposição deverá ser recebida dentro dos mesmos pressupostos”, devendo ser buscada a *precisão*¹⁴¹ “até o ponto que a natureza do assunto permite, do mesmo modo que é insensato aceitar um raciocínio apenas provável da parte de um matemático”, assim como também o é “exigir demonstrações científicas de um retórico [ou do Direito, que se funda na linguística como a retórica]”¹⁴². Como diz INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, com espeque em MAURO CAPELLETTI:

“uma coisa é a inevitável criação judicial do direito (...) e outra, bem diversa, é aceitar que os juízes atuem como autênticos legisladores, olvidando aquelas *virtudes passivas* ou *limites processuais* que tão profundamente diferenciam os processos judiciais dos processos de natureza política e que milênios de sabedora humana

¹³⁹ Cf. PERELMAN, Chäim. Op. cit. p. 238.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 153.

¹⁴¹ Por isso é que SILVA, Vigílio Afonso da. Op. cit. p. 176, diz que “não é possível pretender alcançar, com o procedimento de sopesamento, uma exatidão matemática, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos e geométricos (...) pois a decisão jurídica não é nem uma operação matemática, nem puro cálculo”.

¹⁴² ARISTÓTELES, Op. cit. p. 15.

consagraram em fórmulas lapidares.”¹⁴³

O mesmo autor, agora invocando JOSE JOAQUIM GOMES CANOTILHO, pontua que:

“muito embora não se deva entender a Constituição como um texto estático e rígido, completamente indiferente às alterações da realidade constitucional, isso não significa entregar o seu texto à discricção dos intérpretes/aplicadores, liberando-os para leituras que, realizadas à margem ou além da fala constitucional, acarretem alterações não permitidas pela Constituição”¹⁴⁴

Não sendo observados algum dos vários meios de controle dos julgamentos judiciais (subjetivas que são), como o de motivação, “acarreta a pena de nulidade a essas decisões, cominação que vem expressamente designada no texto constitucional”¹⁴⁵, interpretação esta que pode e deve ser ampliada às demais hipóteses.

É nesse modo de conduzir o Direito que elaboramos as balizas para a admissibilidade das provas ilícitas no processo, com base na ponderação, porquanto tão ou mais irresponsável do que vedá-la peremptoriamente sob o fulcro do positivismo jurídico é abrir a porteira para que em todas as hipóteses, sem maiores considerações a respeito, sejam admitidas no processo com a desculpa de que mais vale a verdade do que o direito daqueles que demonstram desprezo com o ordenamento jurídico, isso porque entre dois extremos, um é pior que o outros, de forma, sendo extremamente difícil encontrar o meio-termo, devemos contentar-nos com o menor dos males¹⁴⁶ ou algo próximo a ele. *In casu*, o equilíbrio está com a inadmissibilidade como regra e a admissibilidade como exceção, sob pena de se criar, de tal forma, temor e ausência de confiança entre os cidadãos, prejudicando a sociedade de modo incomensurável.

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 184.

¹⁴⁴ Idem, p. 191.

¹⁴⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 219.

¹⁴⁶ ARISTÓTELES. Op. cit. p. 50.

1.3. – A DIFERENCIAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Antes de adentrar especificamente ao tema “princípio de proporcionalidade”, pelo modo como é defendida sua aplicação, há de serem conceituadas e diferenciadas as regras dos princípios.

A *priori*, sem fazer verdadeiro giro histórico e abordar as diversas concepções já existentes acerca dos princípios jurídicos¹⁴⁷, cumpre-nos apontar que, ao mesmo tempo em que ruiu junto ao positivismo jurídico a ideia de que existem textos legais claros ou não interpretáveis por si mesmo, houve verdadeiro resgate do Direito como algo *além* da Lei, como já apontado ainda neste capítulo, sendo esta apenas uma das espécies de fontes formais do ordenamento jurídico, e não da norma em si (abstraída somente após a interpretação de todo o sistema).

Por outro lado, temos ainda que os princípios, ao serem dotados de normatividade, e as regras são os dois lado de uma mesma moeda, qual seja, da norma jurídica. Ambos integram o sistema jurídico como pares perfeitos, que se complementam, se aperfeiçoam e se aproximam¹⁴⁸, pois num modelo puro de princípios haveria exacerbada indeterminação e completa inexistência de regras precisas e restrições constitucionais explícitas, ao passo que num modelo puro de regras haveria renúncia a qualquer tipo de ponderação, denotando

¹⁴⁷ Observa-se esse grande leque de interpretações para o mesmo termo (“princípio”) nas falas de RUY SAMUEL ESPÍNDOLA [Apud TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, Glauco Salomão (coord.). Op. cit. p. 40] que, sobre a utilização da ideia de princípio, diz que ela se serve “ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas concretas ou de institutos de direito ou normas legais vigentes”.

¹⁴⁸ Em mesmo sentido: ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 48.

grande segurança jurídica¹⁴⁹, mas em detrimento de situações antinômicas não solucionáveis por meio dos critérios clássicos de hermenêutica, como os conflitos existentes entre os direitos fundamentais (v. g., direitos à intimidade *versus* direito à ampla defesa e ao contraditório, que é o caso do tema deste trabalho)¹⁵⁰.

Dessa forma, deixaram os princípios de serem “simples recomendações utilizáveis na ocasião de insuficiência regulatória dos diplomas legais”, passando a impor, também, um *dever-ser*, assim como as regras, com *cogência e imperatividade*, não podendo “ser relegados a um plano secundário na aplicação do Direito, especialmente tendo em conta que as normas que asseguram direitos fundamentais possuem estrutura de normas principiológicas”¹⁵¹.

Apesar dessa semelhança reconhecida na atualidade, costuma-se diferenciá-los por diversos critérios, como **1)** grau de abstração; **2)** grau de “determinabilidade” na aplicação do caso concreto; **3)** caráter de “fundamentalidade” no sistema das fontes do direito; **4)** proximidade da ideia de direito; e **5)** natureza “normogenética”. Sem sombra de dúvidas, a distinção mais lembrada e disseminada na doutrina e, mesmo, no ideário dos juristas pátrios, concentra-se nos itens 1 e 2.

Em resumo, os doutrinadores pátrios amparam-se mormente em ROBERT ALEXY e RONALD DWORKIN, os quais apontam que as regras seriam aplicáveis com base no raciocínio tudo-ou-nada (*all-or-nothing*), por meio da subsunção, garantindo direitos definitivos, enquanto que os princípios abrigariam mandados de otimização, aplicando-se por

¹⁴⁹ Cf. MELO, Gustavo Procópio Bandeira de. Noções básicas da teoria dos princípios. In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 414.

¹⁵⁰ Em similar sentido, ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 120-121, expõe que “um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras”, pois um sistema só de princípios seria “demasiado flexível”, enquanto que no que só existam regras seria “demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos”.

¹⁵¹ LEITE, George Salomão; e LEITE, Glauco Salomão. Abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 22.

meio de sopesamento¹⁵², analisando-se as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes em cada caso concreto. Enquanto a antinomia entre regras se resolve no plano da validade, a colisão de princípios se resolve com o balanceamento¹⁵³. Esta distinção, como diz HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, que a critica, virou moda¹⁵⁴.

A questão fica nebulosa quando se cogita a ocorrência de conflito entre regras e princípios, havendo aqueles que defendem que estes podem prevalecer, como o faz WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO¹⁵⁵, ao passo que outros defendem tese diversa, na qual nos filiamos, no sentido de que as regras já são o produto de um sopesamento feito pelo legislador entre os princípios e direitos fundamentais, caminho este seguido por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA¹⁵⁶.

Aliás, este sentido, com razão, também é seguido por ANDRÉ RAMOS TAVARES, o qual dispõe, de forma magistral, que:

“a regra constitucional acaba sobrepondo-se ao princípio. Na realidade, por ser concreta (específica), dirigida a determinada situação, a regra abre o seu espaço de aplicação, subtraindo-o do espaço genérico de aplicação do princípio. É uma retratação do campo de incidência do princípio, por expressa vontade do constituinte originário.

Como síntese, pode-se afirmar que os princípios aplicam-se amplamente, salvo

¹⁵² ANDRÉ RAMOS TAVARES [Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, Glauco Salomão (coord.). Op. cit. p. 42] diz que a ponderação se deve porque “é natural que, em face de determinado caso concreto, mais de um princípio possa ser aplicado e que os princípios implicados sejam contrários. Essa situação é resolvida por meio da aplicação do denominado princípio da proporcionalidade, com o desprestígio daquele princípio que não deve reger o caso concreto”.

¹⁵³ Isso porque, como apontam GEORGE SALOMÃO LEITE e GLAUCO SALOMÃO LEITE [A abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 26], “em nível constitucional, esses instrumentos (cronológico, hierárquico e o da especialidade) serão de pouco valia porque, com exceção do critério da especialidade, que não acarreta a anulação de uma regra, os demais implicam a expulsão da norma oposta do sistema jurídico. Tal fato não pode ocorrer no âmbito da Constituição. Deveras, salvo as normas constitucionais provenientes do poder de reforma, as normas constitucionais originárias não são objeto de controle de validade”.

¹⁵⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 26.

¹⁵⁵ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 239.

¹⁵⁶ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 52.

restrição expressa em sentido contrário, restrição essa que estará consubstanciada em uma regra.”¹⁵⁷

O mesmo se diga em relação a HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, *in verbis*:

“Conexa a essa questão está a concepção doutrinária largamente difundida no sentido de que descumprir um princípios é mais grave que descumprir uma regra. Em geral, o correto é o contrário: descumprir uma regra é mais grave que descumprir um princípios. E isso porque as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm: enquanto que as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável.”¹⁵⁸

Ou seja, entre princípios e regras de mesma hierarquia¹⁵⁹, sobrepõem-se as regras; caso contrário, como o conflito entre princípios constitucionais e regras infraconstitucionais, aí sim a solução há de ser outra¹⁶⁰, sempre em favor da norma constitucional.

Para que não adentremos nesse tema (princípios *versus* regras), que é por demais extenso e complexo, e nem precisemos nos perfilar sobre pontos de importância ímpar na discussão entre o que é “regra” e o que é “princípio”, ateremos ao que disparou e bem reparou VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA em dois momentos. No primeiro, tem-se: “Uma questão parece-me fundamental para o início da análise desse caso: com que base em que parâmetros essas duas normas em colisão foram classificadas como regras?”¹⁶¹. Em seguida, é possível concluir que “É tarefa do intérprete definir se a norma, produto da interpretação, é uma regra

¹⁵⁷ TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, Glauco Salomão (coord.). Op. cit. p. 50.

¹⁵⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 90.

¹⁵⁹ Como relembra CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 145: “não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano – chega-se à necessidade de se recorrer ao princípio da proporcionalidade ou da concordância prática”.

¹⁶⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 105. Isso decorre, por óbvio, da supremacia constitucional, que, segundo SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 45: “Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuído”. Ainda sobre a supremacia constitucional, consulte FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional comparado*. São Paulo : Editora Universidade de São Paulo, 1974, p. 17-18.

¹⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 60.

ou um princípio”¹⁶².

Em complemento, HUMBERTO BERGMANN ÁVILA arremata que “O decisivo, por enquanto, é saber que a qualificação de determinadas normas como princípios ou como regras depende da colaboração constitutiva do intérprete”¹⁶³ e que, por isso, é incorreto dizer que determinado dispositivo (artigo, inciso, parágrafo) *contém* ou *é* um princípio ou uma regra, independentemente da forma como foi formulado¹⁶⁴.

Somente após *definir* (e toda definição é, implicitamente, um ato de *escolha* do intérprete) “o que é o quê” é que se deve proceder a análise do conflito existente, como deve ser superados *etc.* É isso o que faremos no tópico “3.4. – Provas Ilícitas” *infra* acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas ou do chamado, por muitos, “princípio da proibição de provas ilícitas”, que estaria amparado em âmbito constitucional.

Aliás, em relação à admissibilidade das provas ilícitas no processo, ARTUR OSCAR DE OLIVEIRA DEDA informa que “a construção doutrinária mais relevante, que favorece a introdução da prova ilícita no processo, encontra seus fundamentos na chamada teoria da proporcionalidade”¹⁶⁵, pensamento este que *proíbe o excesso e não permite o inadequado*. Conquanto não expressamente consagrada expressamente pelo constituinte¹⁶⁶,

¹⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 57.

¹⁶³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 35.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 42.

¹⁶⁵ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Op. cit. p. 109.

¹⁶⁶ A esse respeito, WILLIS SANTIGO GUERRA FILHO [Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (coord.). Op. cit. p. 229 e 235, respectivamente] assevera que “A circunstância de ele não estar previsto expressamente na Constituição de nosso país não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o disposto no §2.º do art. 5.º: ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados etc..’” e “A ausência de referência explícita aos princípios no texto da nova Carta não representa nenhuma obstáculo ao reconhecimento de sua existência positiva, pois ao qualificá-lo como ‘norma fundamental’ se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo ‘posta’ (positivada) e ‘pressuposta’ (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo)”.

indubitavelmente tem *matriz constitucional*, mesmo que implicitamente¹⁶⁷.

Tendo esta abrangência, tocando *todos os ramos do Direito, inclusive o processual*, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade sagrou-se verdadeiro *princípio geral do direito*, conhecido e aplicado em todo o mundo, utilizado, de ordinário, para aferir a *legitimidade* das restrições de direitos, mormente os fundamentais.

Porém, ressaltando e alertando a subjetividade do “princípio da proporcionalidade”, como fizemos acerca da hermenêutica jurídica em geral, percuciente é a indagação formulada por INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, *ipsis litteris*:

“Como aplicar, com um mínimo de segurança, o tão decantado e multifuncional princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, essa espécie de *vara de condão* de que se valem as cortes constitucionais – e não apenas elas, diga-se de passagem – , para operar milagres que espantariam agnósticos, crentes e ateus?”¹⁶⁸

Ou, como diz, em tom crítico, STEVE SHEPPARD *apud* HUMBERTO BERGMANN

ÁVILA:

“Nas mãos de um mercador honesto, a balança é um instrumento para fins comparações de legítimo valor. Utilizada por um mercado corrupto, entretanto, a balança é uma ferramenta de engodo, uma escala em que a verdade é pesada contra o ouro ou o *pudding* contra a aprovação.”¹⁶⁹

Como repara ADALBERTO JOSÉ QUEIROZ TELES DE CAMARGO ARANHA *apud* NÍVIA APARECIDA DE SOUZA AZENHA, a proporcionalidade é uma teoria sedutora,

¹⁶⁷ Sobre este ponto, ainda, temos, na lição de GEORGE SALOMÃO LEITE e GLAUCO SALOMÃO LEITE [A abertura da constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (coord.) Op. cit. p. 23] que “não apenas os princípios expressos têm importância, senão também os princípios constitucionais implícitos, que, apesar de não possuírem enunciados linguísticos na Constituição, são igualmente considerados normas jurídicas. De fato, esses princípios decorrem da própria sistemática lógica estabelecida pelo ordenamento constitucional e possuem tanta normatividade quanto seus irmãos insculpidos expressamente na Carta Política. Portanto, tanto regras quanto princípios (explícitos ou implícitos), que tenham lugar na Constituição, possuem a mesma supremacia jurídica”. Nesse mesmo sentido caminha RUI PORTANOVA (Apud BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. Op. cit. p. 44): “os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos em lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos”.

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 158.

¹⁶⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 113-114.

mas tem como ponto negativo o fato de haver, em regra, subjetividade *acima do normal* no julgamento de admissibilidade ou de rejeição, sendo passível, por isso, de abusos geradores de insegurança¹⁷⁰, até porque encerra ínsito subjetivismo ligado a interesses e valores pessoais, criando incertezas com base em parâmetros excessivamente vagos e perigosos¹⁷¹.

Essa dificuldade exsurge da proporcionalidade porque “a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita”, prestando-se, no limite, “ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto”¹⁷².

Apesar disso, se é certo que o subjetivismo dos juízes (e das ponderações) pode conduzir os decisórios a aberrações, por outro lado também é certo que sem a sua utilização se legitimaria, na absoluta negação de determinados critérios probatórios que se afigurem, verdadeiras “aberrações”¹⁷³, até porque a ideia de proporcionalidade sempre esteve ligada à compreensão da ideia do Direito, de forma que praticamente se confunde com a própria noção de Direito¹⁷⁴.

Nesse ponto, FERNANDA LETÍCIA SOARES PINHEIRO sustenta que, ainda que se admita a ocorrência de injustiças na aplicação do princípio da proporcionalidade, “mais injusto é a aplicação automática e indiscriminada da lei”, até porque “há que se ter presente uma maior confiabilidade no Poder Judiciário”¹⁷⁵.

¹⁷⁰ AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. Op. cit. p. 147.

¹⁷¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. ver. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 79.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto; e BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional... In: LEITE, Glauco Salomão (coord.). Op. cit. p. 76.

¹⁷³ Cf. CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 170.

¹⁷⁴ Cf. AVOLIO, Luiz Fernando Torquato. Op. cit. p. 66.

¹⁷⁵ PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. *Princípio da proibição da prova ilícita...* Curitiba: Juruá, 2009. p. 139.

Aceitar a ponderação não pode ser entendido como um convite aberto para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. Pelo contrário, deve-se controlar a legitimidade das decisões obtidas mediante sopesamento, o que é aferível por meio do exame da *argumentação* realizada, objetivando-se, com isso, “verificar a correção dos argumentos apresentados em suporte de uma determinada conclusão ou ao menos a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso, especialmente quando se trata do emprego da ponderação”¹⁷⁶.

Ponderação, numa linguagem mais simples, é a moderação dos meios para se atingir determinados fins, ou seja, como diz AMINI HADDAD CAMPOS, com supedâneo em JELLINEK, “não se abatem pardais disparando canhões”¹⁷⁷, porquanto proporcionalidade tem a vê com a própria ideia de justiça, e injusto é justamente aquilo que viola a proporção¹⁷⁸. Busca-se, destarte, o meio-termo, pois, de forma metafórica, “para o seco, o bom não é ficar úmido, mas passar ao estado intermediário, e igualmente com relação ao quente e em todos os outros casos”¹⁷⁹.

Chamando-o também de “lei de ponderação”, temos NELSON NERY JÚNIOR, para o qual:

“na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado.”¹⁸⁰

O proporcional, segundo a teoria mais difundida, tendo WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO como um dos seus maiores advogados em território nacional, é a combinação de três subprincípios: **1)** “adequação”; **2)** “necessidade”, “exigibilidade” ou

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto; e BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional... In: LEITE, Glauco Salomão (coord.). Op. cit. p. 77.

¹⁷⁷ CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 69.

¹⁷⁸ ARISTÓTELES. Op. cit. p. 106.

¹⁷⁹ Idem, p. 180.

¹⁸⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 197.

“máxima dos meios mais suaves”; e 3) a “proporcionalidade em sentido estrito”¹⁸¹.

O primeiro ponto serve para averiguar se o meio utilizado é apto a alcançar o objetivo esperado; a segunda questão a ser analisada é se não existem outros meios mais econômicos (menos intromissivos, restritivos, invasivos, danosos etc.) para se obter o mesmo resultado – ou seja, busca-se a eficiência. Geralmente, estes dois pontos são mais fáceis de serem preenchidos e constatados. Por isso, criou-se o terceiro, que é a proporcionalidade *stricto sensu*, a qual se presta examinar a questão não só *internamente*, mas também *externamente*, isto é, comparar se o ganho obtido com a determinada conduta, como a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 de Futebol em Cuiabá, é superior aos ônus criados ou aos prejuízos e desprestígio de outras áreas. De forma mais direta: *os incentivos aos esportes, ao turismo, à autoestima nacional e aos empreendimentos privados valem mais do que o incremento dos mesmos bilhões em saúde, segurança, educação e tantas outras finalidades públicas?*

Como reiteradamente apontamos nesta monografia, *a resposta nunca será objetiva*, mas por meios de métodos como a criação desses 3 subprincípios a serem observados, ao menos a discussão obrigatoriamente terá que vir à tona. É por tal motivo que pensamos em limites (pontos a serem pensados e debatidos) à admissibilidade das provas ilícitas no processo, questão crucial e pouco ou nada falada até os presentes dias.

Neste ponto, é preciso, ainda, pois nunca é demais, deixar explícito, que, por causa de tudo já dito, os princípios possuem, ainda, duplo aspecto que os colocam, de forma que estão, ao mesmo tempo, no universo do direito e no da moral, não existindo, principalmente nesta seara, qualquer regra e princípio inquestionável e indubitável¹⁸². Não por outro motivo, aliás, que os críticos dizem que a análise da proporcionalidade não passa de um decisionismo

¹⁸¹ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão. Op. cit. p. 232.

¹⁸² MELO, Gustavo Procópio Bandeira de. Noções básicas da teoria dos princípios. In: LEITE, George Salomão. Op. cit. p. 413.

disfarçado, não sendo possível racionalizar os julgamentos de maneira tal que elimine, inteiramente, qualquer traço subjetivo do intérprete ou julgado na interpretação e aplicação do direito. Porém, como já apontamos em diversas passagens desta obra, exigir esta precisão do direito é exigir o impossível¹⁸³.

O que se pode exigir é o aumento da racionalidade no procedimento de interpretação e aplicação do direito, como o sopesamento, fixando-se parâmetros que possam aumentar o diálogo intersubjetivo entre os intérpretes e os tribunais pátrios¹⁸⁴ de forma que possam ser controláveis as interpretações, principalmente as judiciais.

A segurança jurídica, embora muitos ignorem, não advém do método (naturalista, positivista ou pós-positivista), mas sim por meio da cobrança dos Tribunais e juízes da consistência e coerência nas suas argumentações, pois a insegurança está ligada à ideia de decisão ad hoc, ou seja, algo sem controle e desigual aos demais casos similares, e esse descontrole independe do método de interpretação e aplicação do direito e da teoria que subjaz a esse método.

Noutra ponta, há que se indagar: essa proporcionalidade ou razoabilidade seria aplicável somente aos princípios e o *tudo-ou-nada* apenas às regras?

Acerca deste fascinante e complexo tema, na senda LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS, temos que:

“É certo que, mais recentemente, já se discutem tanto a aplicação do esquema *tudo ou nada* aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar. Esses são fenômenos de percepção recente, que começam a despertar o interesse da doutrina, inclusive e sobretudo por seu grande alcance prático. Princípios – e, com crescente adesão na doutrina, também as regras – são ponderados, à vista do caso concreto. E, na determinação de seu sentido e na escolha

¹⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 146-147.

¹⁸⁴ Idem, p. 148.

dos comportamentos que realizarão os fins previstos, deverá o intérprete demonstrar o fundamento racional que legitima a atuação.”¹⁸⁵

Questionando essa “verdade” (distinção clássica de que somente os princípios devem ser ponderados no momento de sua aplicação) estabelecida, HUMBERTO BERGMANN ÁVILA defende que tanto os princípios quanto as regras podem ser alvos de sopesamentos de razões e contrarrazões, diferenciando-se, apenas, “quando à intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação e quanto ao modo de ponderação”¹⁸⁶. Ou seja, toda norma é ponderável.

A distinção, para o referido autor, estaria no fato de que, por serem as regras normas imediatamente *descritivas*, possuem uma *menor abertura a interpretações*, enquanto que aos princípios, por serem imediatamente *finalísticas*, estabelecendo os fins (estado ideal de coisas a ser atingido) e não os meios, *há a possibilidade de que cada intérprete e aplicador se embrenhe numa via diferente*¹⁸⁷. A *virtude das regras é justamente evitar a controvérsia entre os valores morais incidentes num determinado caso*, gerando uma solução de antemão¹⁸⁸, *afastando a incerteza, reduzindo a arbitrariedade e fulminando problemas de coordenação, deliberação e conhecimento*¹⁸⁹. Esquecer-se das regras é ignorar técnicas jurídicas consubstanciadas e consolidadas ao longo dos séculos¹⁹⁰.

Sendo assim, *como e quando* podem e devem, por meio da *ponderação*, ser *superadas*

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto; e BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional... In: LEITE, Glauco Salomão (coord.). Op. cit. p. 71-72.

¹⁸⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 56.

¹⁸⁷ Idem, p. 71.

¹⁸⁸ Idem, p. 109.

¹⁸⁹ Idem, p. 114.

¹⁹⁰ ADA PELLEGRINI GRINOVER *apud* CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 41-42, dissertando acerca daqueles que muitas vezes ignoram as regras em prol do que consideram justo ou equânime, diz que tal como “é certo que tecnicismo extremo inviabiliza e esteriliza o direito, é igualmente certo que o direito sem técnica viabiliza um verdadeiro caos processual, reduzindo-se, assim, a diletantismo, quando não a charlatanismo”. Por isso, a mesma autora (p. 159), em etapa final de sua obra, conclui: “a utilização da técnica só contribui para a efetividade do processo, não podendo ser desprezada em detrimento da própria efetividade do processo”.

as regras? Por tais circunstanciais, *embora não sejam absolutas as regras, também não são fáceis de serem superadas*, necessitando, para tanto, circunstâncias *excepcionais*, sendo mais flexíveis quanto menos previsíveis sejam os eventos que questionam a aplicação da regra ao caso concreto, de forma que *não sejam facilmente reproduzível ou alegável*¹⁹¹, sob pena de comprometer a promoção do fim social justifica a própria existência do ordenamento jurídico e a própria credibilidade deste.

Trocando em miúdos: deve-se apontar a *discrepância entre aquilo que a hipótese da regra estabelece e o que sua finalidade exige*, bem como demonstrar que o *afastamento da regra não configurará expressiva insegurança jurídica*, e desde que exteriorizados os motivos condizentes, de modo racional e transparente, utilizando-se dos meios de provas adequados, como documentos, perícias e estatísticas, porque *mera alegação não pode ser suficiente para superar uma regra*¹⁹². É justamente isso que queremos reforçar: a possibilidade de superação das normas (em especial das regras), mas de forma excepcional, de modo sobejamente *fundamentado*, após ampla análise de todos os limites que propusemos em capítulo mais abaixo.

Ato contínuo, “o ônus de superar uma regra é maior do que aquele exigido para superar um princípio”, razão pela qual a ponderação sem observância dos requisitos ou fases expostas (e que serão complementadas com as balizas específicas que elaboramos em relação à admissibilidade das provas ilícitas no processo) “não passa de uma técnica, não jurídica, que *explica tudo, mas não orienta nada*”¹⁹³.

Embora existam ainda outros pontos que ainda podem ser aqui abordados, como a existência de princípios que não devem ser *necessariamente* ponderados, como a dignidade da pessoa humana, ou questionamentos acerca do “princípio da proporcionalidade” ser, na

¹⁹¹ Como diz o velho provérbio alemão, “Einmal ist Keinmal” (aquilo que só acontece uma vez não conta).

¹⁹² Passim ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 114-121.

¹⁹³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 104 e 122, respectivamente.

verdade, “regra” ou mesmo “postulado normativo”, ou mesmo das diferenciações que fazem entre proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso e outros (que trataremos aqui, mesmo que de forma menos técnica e precisa, como sinônimos, a despeito das críticas formuladas pela doutrina, afinal o que importa é que sejam analisados *in concreto*, independentemente dos nomes que sejam dados a tais etapas), deixaremos tais pontos de lado, sem abordá-los em ponto específico, visto que não se fazem necessário para a conclusão que pretendemos chegar com a presente obra.

CAPÍTULO 2

LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO PROBATÓRIO

Fixados os pontos tratados no capítulo acima, mostra-se possível, agora, aprofundar no tema alvo deste trabalho, fugindo de questões já tratadas e que complicariam o desenvolvimento límpido e regular da linha de raciocínio a ser tratada, expondo, primeiramente, os *aspectos gerais* sobre o direito à prova e os raciocínios que o circundam, seguido de *rápido estudo sobre as provas ilícitas* em si e, no próximo capítulo, juntando tudo o que já foi visto, tratar, de forma talvez inédita, de quando podem ser *admitidas, de forma controlada e intersubjetiva, as provas ilícitas*, através das balizas que devem necessariamente fazer parte do discurso quando da apreciação da prova cuja licitude esteja em dúvida, criando *ônus argumentativos* aos intérpretes, pois reconhecer a possibilidade de aplicação das provas ilícitas no processo sem impor-lhe limites é tão ou mais irresponsável do que sempre vedá-la.

2.1. – DIREITO À PROVA

Salienta-se, de início, que não se pretende, aqui, despende esforço descomunal tratando do tema, visto que já existem, em solo pátrio, longa e vasta bibliografia sobre provas, inclusive de forma separada e especializada, como em relação às provas no direito do trabalho, tributário, criminal, comercial¹⁹⁴ e, é claro, as provas relacionadas aos diplomas de

¹⁹⁴ Abordando o tema na seara juslaboral: Cf. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *A prova no processo do trabalho*. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. Na área tributária, tem-se TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo : Noeses, 2005. No âmbito penal: MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas : Bookseller, 2004. Tratando acerca do direito comercial, clássica é a obra de SANTOS, Moacyr Amaral. *Da prova judiciária no cível e no comercial*. 3. Ed. São Paulo : Max Limonad, 1952.

natureza civil¹⁹⁵, sem contar as inúmeras doutrinas que tocam, direta ou indiretamente, no assunto do direito probatório.

2.1.1. – NOÇÕES ESSENCIAIS

Provar nada mais é que representar fatos passados, tornando-os presentes, de forma que, com base nesses fatos passados (*representados ou rerepresentados* por meio das provas), o magistrado conclua quem tem razão no litígio, com base na *convicção* formada (que é a finalidade da prova judicial) sobre os elementos de provas constantes nos autos¹⁹⁶. “Prova”, a propósito, “é o âmago do processo”¹⁹⁷ ou “a alma do processo”¹⁹⁸, de forma que “o direito ao exercício probatório é parte fundamental do devido processo constitucional”¹⁹⁹.

Para ARTUR OSCAR DE OLIVEIRA DEDA, com amparo em MITTERMAIER, prova é a soma dos meios produtores de certeza, pelos quais se busca o *convencimento*²⁰⁰ do magistrado²⁰¹, pois há necessidade de sua produção, sendo vedado ao julgador, afinal, utilizar-se dos seus conhecimentos privados a respeito do fato em discussão, obtidos fora do cabedal

¹⁹⁵ Entre muitos outros, sem listar os por nós utilizados (constantes na bibliografia): CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, e MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁹⁶ SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. 3. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.19.

¹⁹⁷ SILVA, César Dario Mariano. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 3.

¹⁹⁸ Idem, p. 91.

¹⁹⁹ CAMPOS, Amini Haddad. *O devido processo proporcional: o princípio da proporcionalidade constitucional na teoria processual: as concepções do direito brasileiro*. São Paulo: LEJUS, 2001. p. 164.

²⁰⁰ Em razão do que expusemos sobre a subjetividade ínsita das avaliações judiciais (sobre as provas ou sobre o direito), torna-se decorrente que a finalidade da prova é este, porquanto, como aponta CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1. p. 402): “enquanto a certeza é objetiva, sendo uma qualidade do fato, a convicção é subjetiva, e se forma na mente do juiz”.

²⁰¹ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

probatório constante nos autos, para formar seu convencimento e fundamentar sua decisão, isso porque, embora a persuasão racional permita ao Juiz analisar e examinar livremente as provas, este fato não implica na liberação do julgador a aplicar e se deixar orientar por suas impressões pessoais²⁰². Assim, não há liberdade absoluta do juiz²⁰³, pois ele está sempre obrigado a agir racionalmente e a motivar suas decisões, embora seja livre, como diz RUI PORTANOVA *apud* CARLOS FRANCISCO BÜTTENBENDER²⁰⁴, para “basear seu convencimento tanto naquilo que as partes fazem (ativamente) no processo, como naquilo que elas deixam de fazer”.

Como sublinha JOÃO BATISTA LOPES, “à demonstração dos fatos (o melhor, das alegações sobre os fatos) é que se dá o nome de prova”²⁰⁵, sendo empregada, na linguagem jurídica, como sinônima de *demonstração*, isso porque, como lembra EDUARDO JUAN COUTURE, “os fatos e os atos jurídicos, quando dão motivo a um processo, são objeto de afirmação por parte daqueles a quem afetam”, não podendo o juiz “fiar-se nas simples afirmações das partes”²⁰⁶, até porque, no mais das vezes, esboçam visões diametralmente opostas sobre o mesmo fato, cabendo ao juiz, que é o destinatário *principal* (e não único) das provas, valorá-las²⁰⁷.

Em complemento, ainda temos LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ

²⁰² BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Direito probatório, preclusão & efetividade processual*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 81 e 88.

²⁰³ Neste sentido, v. LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 26, e BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. Op. cit. p. 85.

²⁰⁴ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. Op. cit. p. 80.

²⁰⁵ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. Op. cit. p. 25.

²⁰⁶ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999. p. 136.

²⁰⁷ PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares Pinheiro. *Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 45.

ARENHART *apud* CARLOS FRANCISCO BÜTTENBENDER²⁰⁸, os quais aduzem que:

“a função da prova é prestar-se como peça de argumentação, no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-Jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal. (...) A prova assume, então, um papel de argumento retórico, elemento de argumentação, dirigido a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que alguma coisa efetivamente ocorreu, merece crédito”.

Antes de encerrar essa noção geral, é preciso ressaltar, como faz JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, que “nosso direito probatório de hoje é o resultado da superposição de dois retículos normativos, com pontos e espaços que nem sempre coincidem”, quais sejam, o Código Civil e o Código de Processo Civil. Dessa forma, os “intérpretes e aplicadores da lei têm de precaver-se contra as ciladas que lhes prepara esse autêntico cipóal”²⁰⁹. Esses são os delineamentos básicos da chamada “prova judiciária”.

2.1.2. – ÔNUS DA PROVA E A QUESTÃO DA DIREÇÃO PROBATÓRIA PELO JUIZ

Visto que às partes interessam, mais do que a ninguém²¹⁰, fazer prevalecer o seu ponto

²⁰⁸ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. Op. cit. p. 124.

²⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Anotações sobre o título ‘Da Prova’ no novo código civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.); e MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Reflexos do novo código civil no direito processual*. p. 206. Sobre este entrelaçamento do direito probatório no Código Civil e no Código de Processo Civil, CÂMARA, Alexandre Freitas. (Das relações entre o código civil e o direito processual civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.); e MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Reflexos do novo código civil no direito processual*, p. 111) afirma que: “Há, ainda, um outro aspecto que me faz não ver o Código Civil de 2002 com bons olhos: do ponto de vista do Direito Processual Civil, esse código é uma verdadeiro desastre. Em primeiro lugar, o Código Civil contém dispositivos que mais bem estariam no Código de Processo Civil, como é o caso das regras (deploráveis, em sua maioria) a respeito das provas.”

²¹⁰ Isso falando pragmaticamente. Na teoria, porém, filiamo-nos na corrente de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 118, o qual ensina: “A este ângulo, não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interesse, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, vença aquele que efetivamente tenha razão.”

de vista (a sua “verdade”, que é conceito absoluto e, por isso, dificilmente atingível), competindo-lhes (requerente e requerido) provar suas alegações, sob pena de, não o fazendo, eventualmente, sucumbir por ausência de provas a favor de sua versão. É bem verdade que esta visão não coaduna com a visão “publicista” do fenômeno processual²¹¹, mas é a que prevalece nos meios forenses como forma de fazer frente às inúmeras demandas que aguardam, igualmente, similar impulsão. Advogado que espera a iniciativa probatória do magistrado para que no processo existam todos os meios de provas aptos a perscrutar a veracidade de suas afirmações é, com certeza, o causídico da parte vencida.

“Ônus da prova significa”, como aponta EDUARDO JUAN COUTURE, “antes de mais nada, em sentido estritamente processual, a exigência feita pelo legislador, a um, ou a ambos litigantes, de que demonstrem a verdade dos fatos por eles alegados.”²¹²

*Não há verdadeiramente um dever de provar*²¹³, mas mero *ônus*, que, se não cumprido, *pode* não lhe trazer qualquer prejuízo, a depender da desenvoltura da parte *ex adversa* na produção das provas que lhe ampare (e, é claro, de quem esteja falando a “verdade” e, principalmente do juiz, que interpreta não só como os fatos aconteceram ou deixaram de acontecer, como também as consequências jurídicas deles). O ônus da prova, para ARTUR OSCAR DE OLIVEIRA DEDA, é simplesmente a “necessidade de provar para vencer”, não se podendo pensar “em dever de provar, porque não existe tal dever”²¹⁴. A atividade probatória das partes destina-se, justamente, “à incorporação dos meios de prova ao processo”²¹⁵ referentemente às respectivas alegações feitas no decorrer do processo,

²¹¹ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit. p. 12, entre inúmeras outras passagens.

²¹² COUTURE, Eduardo Juan. Op. cit. p. 162.

²¹³ Idem, p. 163. Por isso é que o referido autor aponta que “O ônus da prova não implica, portanto, direito algum do adversário, mas antes um imperativo do próprio interesse de cada litigante; trata-se de uma situação de risco, que consiste em que aquele que não prova o que lhe cabe provar, perde a causa”.

²¹⁴ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Op. cit. p. 21.

²¹⁵ Idem, p. 29.

mormente na petição inicial e na contestação.

Por isso, pretendendo a parte produzir alguma prova, deve-se tomar muito cuidado o juiz para que não impeça o exercício regular da ampla defesa e do contraditório constitucionalmente assegurados, ainda que tenha ele poder (dever) de indeferir, *fundamentadamente*, todas as provas que jurar *inúteis* ou meramente *protelatórias*²¹⁶. Porém, nada impede que, no futuro, percebendo o seu próprio equívoco, o magistrado, de forma humilde, reconheça a necessidade de produzir aquele meio de prova não admitido, pois, como afirma JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, com amparo em MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO, “ao juiz somente é vedado indeferir prova já admitida”²¹⁷.

Ainda na *visão publicística*²¹⁸, tem-se que *inclusive nas ações em que a relação de direito material seja privada*, “o Estado tem interesse em que a tutela jurisdicional seja prestada da melhor maneira possível”²¹⁹, sendo *clichê errôneo* dizer que apenas de maneira *supletiva* ou quando *indisponível*²²⁰ for a matéria o magistrado pode exercer seus poderes

²¹⁶ SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. 3. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 21. No mesmo sentido, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE *apud* BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. Op. cit. p. 76, aponta que: “As regras que permitem ao juiz dispensar prova desnecessária devem ser aplicadas com extremo cuidado, pois podem representar violação a um dos componentes do contraditório e da ampla defesa”.

²¹⁷ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit. p. 24.

²¹⁸ Coadunando com esta visão, BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. Op. cit. p. 49, afirma que: “O caráter público do direito de defesa é inquestionável, visto que deve ser de interesse do Estado assegurar efetividade aos pilares da democracia jurídica através da viabilização dos meios necessários à plenitude da dialética processual”. Dessa forma, a *defesa* não é nenhuma generosidade, mas sim um *interesse da própria comunidade e da Constituição* que se quer fazer concretizada e acreditada.

²¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit. p. 101. O autor corrobora sua tese (p. 143) o fato de que “o legislador processual não estabeleceu qualquer diferença de tratamento quanto aos poderes do juiz, em função da matéria discutida no processo”.

²²⁰ No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit. p. 114 e 115. Em sentido similar a essa assertiva, veja IHERING, Rudolf Von. Op. cit. p. 101 e CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 348, para os quais o injustiçado será lançado para fora da via legal, fazendo-se vingador de seu direito, ou ao menos descrente com o sistema jurídico, pois a injustiça envenenaria até mesmo em “doses homeopáticas”.

instrutórios, pois *uma coisa não se mistura com a outra*: a parte pode *dispor* da relação jurídica de direito *material* (*renunciar, desistir ou reconhecer* o pedido), mas *não* da *processual* de forma *implícita*²²¹ (sendo negligente ou, mesmo, imperito na hora de pedir e indicar os meios de provas adequados a solucionar a contenda), assim como o magistrado não pode, mesmo nas causas indisponíveis, dar início ao processo, demonstrando que a *natureza do bem jurídico questionado não influi, diretamente, nos poderes e deveres dos magistrados*.

Apesar disso, com acerto está JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI apud JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE²²², que, conquanto seja partidário da postura ativa²²³ do juiz, sustenta que:

“o grau de intensidade desta atuação irá, para não dizer deverá, variar conforme o grau de disponibilidade do interesse. Esta ressalta atende à própria realidade do cotidiano forense, de forma que, não sendo possível fechar os olhos à situação fática, não se pode querer que em todos os casos tenha o juiz o mesmo grau de participação, estudo e aplicação. Exigir isso seria utópico e corresponderia a contribuir para uma elevação no tempo de processamento das demandas, o que é, também inadmissível.”

Por outro lado, embora haja nítida divisão do ônus probatório no artigo 333 do

²²¹ Temos, acerca do assunto, os seguintes excertos de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit. p. 144-145: “Não podem, porém, influir no desenvolvimento do processo, visto ser ele o instrumental estatal de manutenção da ordem jurídica e, em última análise, de promoção da paz social. Ou seja, seu objetivo, sua finalidade é sempre pública e indisponível, qualquer que seja a natureza do direito em discussão” e “As partes podem perfeitamente manter o pleno domínio sobre os interesses em litígio, mas jamais sobre o desenvolvimento técnico e formal do processo”.

²²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit. p. 137-138. O referido autor, em sua tese, não ignora esta realidade fática, mas tão somente quer ressaltar o caráter público do processo, tanto é que diz (p. 147): “É óbvio que o juiz se sentirá condicionado psicologicamente a atuar com maior intensidade se indisponível o objeto do processo. Essa influência subjetiva não pode ser negada. Apenas se insiste na inexistência de óbice legal à atividade instrutória, ainda que disponível o direito material em litígio”.

²²³ Aliás, sobre esta postura, DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Op. cit. p.65, afirma que: “Com efeito, a índole publicística do processo moderno retirou o juiz da posição de mero espectador da ‘luta judiciária’, dando-lhe função colaboradora e de vigilância, e, ainda, permitindo-lhe, repita-se, participar no esforço de colheita dos elementos de prova”.

Código de Processo Civil²²⁴, tal norma, como é consenso nas mais modernas doutrinas²²⁵, foi criada apenas em virtude da vedação ao *non liquet*, atuando objetivamente somente em momento próximo à sentença ou mesmo nela, e não de forma subjetiva endereçada às partes.

Além disso, vem ganhando força teoria que, apoiando-se no art. 6º, VIII²²⁶, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), defende a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova quando a alegação da parte que, pela regra do citado art. 333 do CPC, incumbia a ela prova-la, desde que a alegação seja *verossímil* e de *não tenha a parte meios suficientes* dispostos à parte *ex adversa* para produzir tal meio de prova. Nessa linha, o juiz deverá exigir a prova daquele litigante que puder, com menos dificuldade ou menores despesas, satisfazê-la²²⁷.

2.2. – O DIREITO PROBATÓRIO COMO CONSEQUÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Ao instituir que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a

²²⁴ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil que dispõe em seu artigo 333: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

²²⁵ Por todos, CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 408-409, diz que “as regras sobre distribuição do ônus da prova são regras de julgamento, a serem aplicadas, como já afirmado, no momento em que o órgão jurisdicional vai proferir seu juízo de valor acerca da pretensão do autor”, ligando-se esta visão objetiva “à vedação do *non liquet*, ou seja, à impossibilidade de o juiz se eximir de julgar por qualquer motivo. Ainda que os fatos da causa não estejam adequadamente provados, terá o juiz de proferir uma decisão, o que fará com base nas regras de distribuição do *ônus probandi*”.

²²⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor que dispõe em seu artigo 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”.

²²⁷ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Op. cit. p. 24.

direito, (art. 5º, XXXV²²⁸), cláusula chamada de *inafastabilidade do poder jurisdicional*, a Constituição Federal outorgou, por consequência, a este Poder²²⁹ os poderes necessários para concretizar a justiça por meio de seus procedimentos, pois quem dá os fins também dá os meios. Tendo as partes o dever de provar a veracidade dos fatos alegados (ou das alegações, como dizem outros doutrinadores²³⁰) em juízo, como forma de *convencer* o julgador, deve oferta-lo o mais amplo manancial probatório para que concretize o seu direito à tutela efetiva de seus interesses.

Como forma de angariar não só legitimidade²³¹ para seus julgamentos como também trazê-los o mais próximo da verdade, a Carta Magna, no mesmo artigo 5º, instituiu uma série de normas que permitem a prestação efetiva da tutela jurisdicional a quem dela se socorra, seja a parte requerente, seja a requerida. Por isso, como forma de cautela a decisões precipitadas e não condizentes com os ditames da justiça, *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente* (inciso LIII), sendo *terminantemente proibidos juízos ou tribunais de exceção* (inciso XXXVII), não podendo ser privado de sua liberdade ou, mesmo, de seus bens sem o *devido processo legal* (inciso LIV), como forma específica *contra abusos do poder estatal*.

Mas o que seria esse devido processo legal? Não bastassem as inúmeras lições que há

²²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que dispõe em seu artigo 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

²²⁹ Em verdade, o Poder é uno e emana do povo, sendo o que chamamos de “Poder” Legislativo, Executivo ou Judiciário meras funções estatais que servem (ou deveriam servir) aos anseios da sociedade.

²³⁰ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. Op. cit. p. 113, defende, com sustentáculo principalmente em LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, que a “busca da verdade é a busca de algo inatingível, frente às limitações humanas”.

²³¹ Isso porque uma das garantias é a do contraditório, o qual, como aponta SABBI, Alcides Pedro. *In justiça*. São Paulo: Ícone Editora, 1987. p. 21, é justamente o mecanismo legitimador do processo como instituto social. Além do *contraditório*, acrescentamos ainda (como já feito nesta monografia) a *fundamentação/motivação*, porquanto a legitimidade do Poder Judiciário, ao contrário da do Legislativo, é *a posteriori* (após o contraditório e com a devida fundamentação da decisão tomada pelo magistrado).

na doutrina nacional e na estrangeira de quais seriam essas garantias a ele inerentes, tratou o constituinte de explicitar muitas delas para que não pairassem quaisquer dúvidas sobre a sua necessidade no processo, entre as quais a que aos litigantes asseguram-se o *contraditório e a ampla defesa*, com os *meios e recursos a ela inerentes* (inciso LV). A profundidade desse inciso, como apontam os juristas, vai muito além duma interpretação única, devendo ser entendidos o contraditório e a ampla defesa como a capacidade de se fazer ouvir em juízo, tanto pela parte que invoca a tutela jurisdicional, como aquele que é chamado ao polo passivo da relação processual, afinal tal garantia se destinam aos litigantes, e não só à defesa, e, no mesmo sentido, os meios e recursos a ela inerentes referem-se a *instrumentos* (jurídicos e extra-jurídicos) que *assegurem ferramentais materiais, processuais, financeiros, culturais e, inclusive, psicológicas* para o bem desenvolvimento da atividade judicante, não podendo ser entendida estritamente, até porque a intenção de amplitude do conceito decorre do próprio texto constitucional, que não desejando qualquer tipo de defesa como garantia fundamental, mas sim uma “ampla”.

Entendendo que o contraditório vai *muito além de simples ciência*²³² (visão *formal* do fenômeno), chegando à chamada “paridade de armas” (iguais condições de participar no processo – visão *material* do fenômeno), possibilitando a elaboração e formulação de provas, pedidos e providências, bem como entendendo que a ampla defesa *não se atém à possibilidade de contra argumentar, pessoalmente*, a sua inocência ou a improcedência do pedido, *ou mesmo justificar os próprios atos*, mas também refere-se à *defesa técnica*, aproveitando de todas as faculdades permitidas pela lei. A dialética do processo é que ele se desenvolve, por meio do contraditório, “numa sequência de ações e reações, de ataques e defesas, onde cada um dos sujeitos provoca, com a própria atividade, a atividade do outro”²³³.

²³² Como diz o brocardo latino: *Et audiatur altera pars* (é preciso também ouvir a parte contrária).

²³³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit. p. 70.

Como aduzem os doutrinadores PAULO HENRIQUE ARANDA FULLER, GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA e ANGELA CRISTINA CANGIANO MACHADO: “A autodefesa sem defesa técnica é grito desarticulado, emoção sem razão. A defesa técnica sem autodefesa é forma sem conteúdo. Apenas o conjunto pode satisfazer a garantia constitucional, sob pena de nulidade”²³⁴. Nessa concepção *ampla* inclui-se o direito à prova, conforme aponta, dentre outros tantos, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO *apud* CARLOS FRANCISCO BÜTTENBENDER²³⁵.

Noutra forma de abordagem, o contraditório “corresponde ao princípio da igualdade das partes, dentro do processo, que terão as mesmas oportunidades de serem ouvidas, apresentar provas, e influir, enfim, no convencimento do juiz”²³⁶. Ou seja: além da ciência dos atos e termos do processo, contraditório se mistura com a própria possibilidade de contrariá-los, produzindo as provas necessárias para influir no deslinde do feito²³⁷.

Nesse ponto, JOSÉ AFONSO DA SILVA vaticina o que segue acerca do contraditório e da ampla defesa, *in fine*:

“O primeiro, de certo modo, já contém o segundo, porque não há contraditório sem ampla defesa, que a Constituição agora estende ao processo civil e ao processo administrativo. (...) A contraditoriedade, no processo judicial e administrativo, constitui pressuposto indeclinável da realização de um processo justo, sem o quê a apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito se torna vazia de sentido valorativo. A essência processual do contraditório se identifica com a regra *audita altera pars*, que significa que cada litigante deve ser dada ciência dos atos praticados pelo contendor, para serem contrariados e refutados. (...) É bem verdade que esse aspecto tipicamente formal não é suficiente para a efetiva satisfação de uma justiça igual para todos, porque nem sempre o pobre tem condições de realizar uma contradição efetiva ao seu opositor em juízo, nem tem ele possibilidade de exercer o direito de ampla defesa com todos os meios a ela inerentes. Embora esses princípios consubstanciem o processo *acusatório* – que se fundamenta na separação entre juiz e acusador, na paridade entre acusação e a defesa, na publicidade dos atos processuais, num processo justo –, o juiz não pode ser inteiramente passivo, pois quem lida com a liberdade e a dignidade da pessoa humana há que ter sensibilidade e equilíbrio

²³⁴ MACHADO, Angela Cristina Cangiano; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; e FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Processo penal*. 9. ed. ver. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.17.

²³⁵ BÜTTENBENDER, Carlos Francisco, Op. cit. p. 70.

²³⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. ver. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 32.

²³⁷ Idem, p. 33.

bastantes para buscar a verdade material e a realização da igualização das condições dos socialmente desiguais, sem se transformar em juízo inquisitório, onde sua imparcialidade se perde e ganha o autoritarismo, contrário ao Estado Democrático de Direito”²³⁸.

Contraditório, já numa concepção mais ligada ao direito probatório, segundo JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, apoiando-se em lições de CÂNDIDO RANGEL, se resolve na dinâmica do *pedir-alegar-prova*²³⁹. Violando-se um destes elementos estar-se-á retirando, à surdina, o que o constituinte, pós-regime militar, instituiu como *cláusula pétrea*.

Porém, nem todos os meios de prova reputam-se lícitos, pois a dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais devem servir de freio às exacerbações probatórias²⁴⁰. Dessa forma, a proscrição do processo da prova vedada se ampara na premissa fixada por VICENTE GRECO FILHO, qual seja: “Se a parte, por meios lícitos, não pode obter a prova que precisa, perde a demanda, e esse mal é menor do que implicitamente autorizá-la à violação da lei para colher o meio de prova”²⁴¹.

Na mesma direção, LUIZ FUX, tratando do problema da prova ilícita, afirma que, diante do confronto entre liberdade do direito à prova e a legalidade dos meios de se obtê-la, a *busca da verdade* “não pode ser erigida em valor absoluto com violação dos direitos fundamentais”²⁴², isso porque, segundo HERNANDO DEVIS ECHANDIA *apud* LUIZ FUX, “o processo civil não é campo de batalha em que se permite a cada contendor o emprego de todos os meios capazes de conduzir ao triunfo sobre o inimigo”²⁴³.

Assim, por mais que se queira e se tente ofertar os maiores e melhores meios probatórios àqueles que estão vinculados numa relação jurídica processual, não se deve esquecer que esta relação jurídica é sensivelmente regulada e disciplinada pelo Código de

²³⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 154-155.

²³⁹ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.* p. 26.

²⁴⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. cit.* p. 31.

²⁴¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, p. 200.

²⁴² FUX, Luiz. *Op. cit.* p. 580.

²⁴³ *Idem*, p. 579.

Processo Civil e tantos outros diplomas normativos. Com fulcro em CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA *apud* AMINI HADDAD CAMPOS, não negamos “o caráter coativo das prescrições processuais formais, às quais não devem ser atribuídas a natureza de mera recomendação não vinculante, sem maior importância para o juiz”, devendo, pelo contrário, buscar o intérprete acomodá-lo (o direito) às necessidades da justiça, buscando-se colaborar e primar, a um só tempo, pela equidade e pela manutenção do direito positivo²⁴⁴.

Dessa forma, “ampla defesa não significa”, como afirma AMINI HADDAD CAMPOS, “utilização de todos os recursos processuais ilimitadamente, sob o único fundamento de sua consagração normativa”, mas sim sua utilização com base num “interesse devidamente protegido daquele que se manifesta de boa-fé na utilização desses mecanismos procedimentais”²⁴⁵.

“A grande dificuldade”, ressalta NÍVIA APARECIDA DE SOUZA AZENHA, “é encontrar o justo limite desse divisor de águas formadas pelos direitos fundamentais, que, efetivamente, devem ser preservados”²⁴⁶. Por isso que, para RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA, “A sutíliza da questão consiste na descoberta do real limite da licitude probatória”²⁴⁷.

2.3. – O DIREITO PROBATÓRIO COMO CONSEQUÊNCIA DO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

Não é por acaso que, dissertando sobre o as garantias fundamentais dos cidadãos,

²⁴⁴ CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 138.

²⁴⁵ Idem, p. 135.

²⁴⁶ AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 117.

²⁴⁷ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 34.

MAURO CAPPELLETI *apud* FERNANDO PAGANI MATTOS indigita o acesso efetivo à justiça como “o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”²⁴⁸, sendo que a atividade probatória constitui o instrumento garantidor do acesso à justiça, não devendo o Estado-Juiz restringi-la excessivamente, pois, sem as provas, o próprio direito ao processo, em sua vertente *substancial*, resta-se violado²⁴⁹.

Por isso que ALEXANDRE CESAR assevera não bastar assegurar tão somente o acesso ao direito de demandar ao Poder Judiciário, “já que o consumidor do serviço jurisdicional – a parte – deve obter a satisfação integral dos interesses que legitimamente postula”, afinal, outro resultado não lhe atenderá a “promessa do Estado-juiz de proteção aos direitos”²⁵⁰.

Não tirando a importância dos aspectos formais do processo, é preciso frisar, porém, que o verdadeiro acesso à justiça não se esgota no judiciário nem suas ferramentas burocráticas, mas sim representa também e primordialmente, o acesso a uma *ordem jurídica justa*²⁵¹, seja pelo meio judicial, seja por meios extrajudiciais de resolução dos conflitos²⁵².

Não basta, assim, assegurar, abstratamente, que o judiciário seja acessível para aqueles que se valem do processo, pois é preciso, também, resguardar a retidão e eficiência no desempenho da atividade jurisdicional, colocando todos os meios adequados à disposição de todos, visto ser a justa composição da lide decorrente da garantia *constitucional* da ação²⁵³.

Nos dizeres de ALCIDES PEDRO SABBI:

²⁴⁸ MATTOS, Fernando Pagani. Op. cit. p.70.

²⁴⁹ Idem, p.87.

²⁵⁰ CESAR, Alexandre. *Acesso à justiça e cidadania*. Cuiabá: EdUFMT, 2002. p. 69.

²⁵¹ Tratando o tema de forma diversa, falando acerca do que chama de “princípio da proteção judiciária”, confira: SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 431-434.

²⁵² MATTOS, Fernando Pagani. Op. cit. p. 60.

²⁵³ CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 43 e 45.

“À justiça formal interessa que, nos autos, o contraditório tenha sido cumprido, as nulidades processuais estejam sanadas e todos os incidentes do processo resolvidos. A justiça real é outra coisa – é a coincidência, no tempo, sem descompasso maior, entre o formal e a necessidade viva, que ele tem por fim satisfazer.”²⁵⁴

Para FERNANDO PAGANI MATTOS, “o acesso à justiça pode ser reconhecido como condição fundamental de eficiência e validade de um sistema jurídico que tenha como objetivo maior a garantia dos direitos”, acesso este que, se real e eficiente, se torna o “meio pelo qual os direitos se tornam efetivos”²⁵⁵.

Aliás, a concepção de direito à prova como acesso à justiça é tão importante que, arriscamo-nos a dizer, o drama vivo por Josef Karl (ou apenas “K.”), personagem de FRANZ KAFKA, processado sem saber o motivo e sem nunca ter visto o juiz que o julgaria²⁵⁶, não é nada comparado com o drama daqueles que *sabem* o que lhe imputam, *conhecem* quem o julgará, *mas não podem ou não conseguem demonstrar a sua versão dos fatos*. Pior do que ser injustiçado sem conhecer os motivos é ser com base em motivos errôneos ou inverídicos.

Assim, de forma a albergar o direito à prova com também implícito ao direito de acesso à justiça, temos NELSON NERY JÚNIOR, que vaticina que as garantias fundamentais e os direitos sociais devem ser interpretados ampliativamente, contrariamente aos preceitos que as limitam, de forma que “não se pode dar à lei interpretação que impeça ou dificulte o exercício da garantia constitucional do direito de ação”²⁵⁷.

Aproximando a efetividade do processo ao conceito de direito a prova, concluimos este tópico com as palavras sempre precisas de ADA PELLEGRINI GRINOVER apud RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA:

“Vás seriam as liberdades do indivíduo, se não pudessem ser reivindicadas e

²⁵⁴ SABBI, Alcides Pedro. Op. cit. p. 54.

²⁵⁵ MATTOS, Fernando Pagani. Op. cit. p. 134

²⁵⁶ Passim KAFKA, Franz. *O processo*. 4. ed. ver. e atual. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo : Martin Claret, 2011.

²⁵⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 133-134.

defendidas em juízo. Mas é necessário que o processo possibilite efetivamente à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas. A oportunidade de defesa deve ser realmente plena e o processo deve desenvolver-se com aquelas garantias, em cujo ausência não pode caracterizar-se o devido processo legal, inserido em toda a Constituição realmente moderna. É preciso que o julgamento se desenvolva com as indispensáveis garantias processuais, entre as quais o contraditório, o uso dos meios de prova garantidos em geral, a presença do juiz natural, a publicidade, o duplo grau de jurisdição.”²⁵⁸

2.4. – PROVAS ILÍCITAS

Traçados os aspectos gerais e, mesmo, superficiais do direito probatório, há que se questionar: que são as provas obtidas por meio ilícitos previstas na Constituição de 1988? Toda e qualquer ilicitude (civil, administrativa, penal) é por ela abrangida? Há diferença e importância na diferença por alguns traçada entre provas “ilícitas” e “ilegítimas”? Quais as outras nomenclaturas que utilizam ao referirem ao tema?

Antes de se esboçar uma resposta a estas perguntas, cumpre-nos alertar que a velha dicotomia e discussão do direito à prova *versus* outros direitos (como à intimidade; integridade física etc.) que imperava no Brasil antes da Constituição Federal de 1988 e que ainda continua imperando na maior parte do mundo foi *sensivelmente* modificada. Essa, aliás, como dissemos no nosso capítulo inaugural, é um dos motivos de não buscarmos escólios na doutrina estrangeira ou fontes mesmo brasileiras, mas anteriores à vigente Carta Magna, pois, como apontamos no primeiro capítulo, assim como a *realidade social* (que se modifica dia a dia e de local a local) não são as mesmas, o *texto normativo*, embora não seja o que determina o real alcance das normas (que só são encontradas com base nas interpretações dos textos jurídicos), é *determinante*, sim, na leitura que se faz de um *ordenamento jurídico*.

Por essa razão, vem a calhar a advertência feita por ARTUR OSCAR DE OLIVEIRA DEDA, que nos atenta dizendo que a realidade atual é outra, pois a Carta Magna, “ao tempo em que consagra o princípio da ampla defesa no processo, declara inadmissíveis as provas

²⁵⁸ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Op. cit. p. 22.

obtidas por meio ilícito”²⁵⁹, mesmo que essa inadmissibilidade seja ou deva ser ponderada, e isso não é inquestionável. Na contraposição de valores, preferiu o constituinte destronar a ampla defesa de produzir quaisquer meios de provas livremente em nome de interesses outros. Ou seja, fez o que “até então as Constituições anteriores não haviam feito”²⁶⁰, nas palavras de NÍVIA APARECIDA DE SOUZA AZENHA.

Por outro lado, registre-se que os textos normativos constitucionais, como diz MARCELO ANTONIO THEODORO, não são mero catálogo de esperanças, mas preceitos destinados a vincular a atividade legislativa infraconstitucional, bem como os operadores jurídicos (em especial o judiciário) e toda a sociedade²⁶¹. Dessa forma, é antijurídico não dar valor a tal disposição (art. 5º, LVI, CRFB/1988), porquanto, a interpretação que se centra, exclusivamente, desprestigia a Constituição como um todo, relegando-a a situações de somenos importância²⁶². Ponderar livremente entre a ampla defesa e a intimidade, por exemplo, esquecendo-se da especificidade do texto constitucional que veda expressamente a admissibilidade de provas ilícitas, é o mesmo que o Judiciário rever a “ponderação” já realizada não só pelo Legislativo, mas pelo próprio Poder Constituinte Originário²⁶³.

Em plena vida democrática, fácil é defender essa ponderação e releitura da Carta Maior com vista a alcançar o que hoje se entende por “justiça” ou “equidade”, mas este sopesamento *descontrolado*, sem parâmetros a serem impostos aos intérpretes (ônus argumentativos), ao menos para se averiguar a coerência, racionalidade e o convencimento da linha seguida, em outras épocas menos seguras, é verdadeiro instrumento diabólico posto nas

²⁵⁹ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Op. cit. p. 111.

²⁶⁰ AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. Op. cit. p. 2.

²⁶¹ Passim THEODORO, Marcelo Antônio. *A constituição como um sistema de princípios e regras*. . Net, Cuiabá, dez. 2008. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/59077963/A-CONSTITUICAO-COMO-UM-SISTEMA-DE-PRINCIPIOS-E-REGRAS>>. Acesso em. 2. nov. 2011.

²⁶² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição á aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 108.

²⁶³ Idem, p. 106.

mãos daqueles que o utilizam da forma como bem entendem.

Assim, para que não se caia a doutrina em contradição em tempos possivelmente vindouros, é preciso estar fixo na mente dos juristas o quê KONRAD HESSE alerta: “Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade”²⁶⁴. Defender a integridade de toda a Constituição, mesmo que *a priori* um dispositivo pareça injusto, é blindá-la contra regimes de exceção, que, no mais das vezes, buscam interpretá-la descompassadamente, de acordo com o talante do *führer* ou *duce* do momento.

Os argumentos clássicos, ainda que existam muitas obras e discussões a respeito, resumem-se em poucos – afora da questão princípios *versus* regras já explanado noutro tópico e por nós complementada, ainda, mais abaixo – que se dividem nos favoráveis e nos contrários à admissibilidade das provas ilícitas no processo, de modo irrestrito e incondicionado.

Aqueles arguem que a verdade vale mais do que decisões eminentemente formais, que desprezam a realidade, negam a justiça, entendem que a ilicitude material (e, mesmo, a possível punição do responsável pelo ato ilícito²⁶⁵) não impede a utilização do meio de prova no processo, enquanto que os contrários sustentam jamais poder um ato contrário ao Direito e à Constituição ser utilizado no processo, visto que o direito é unitário e não pode um ramo reconhecê-lo como lícito e outro como ilícito, assim como exigem uma postura ética dos

²⁶⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 25.

²⁶⁵ Nesse sentido, CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 174, diz: “Sem dúvida, aquele que violou o ordenamento jurídico para conseguir a prova deve responder pelo ato praticado, mas a negação da tutela jurídica, independentemente de outras ponderações não se mostra legítima aos interesses da justiça e á própria razão do direito”. Tem-se, ainda, PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. Op. cit. p. 184: “Também, deve ser observado que não se defende que aquele que violou a intimidade alheia fique impune, pois, se seu ato se caracterizou como uma modalidade criminosa ou um ilícito civil, deverá ser o sujeito penalizado por este fato”.

cidadãos e, principalmente, do Estado.

Entretanto, tal discussão perdeu valor nos últimos tempos, não nos parecendo necessário delinear grande comentários a respeito dela, até porque hodiernamente é quase unânime a lição de que assim como a admissibilidade irrestrita é lesiva, a repulsa imoderada e total às provas “ilícitas” não contribuiria para o restabelecimento do ordenamento jurídico já violado, fazendo com que, do contrário (se jamais forem aceitas provas obtidas ilicitamente), restem, ao mesmo tempo, 02 (duas) violações: “aquela praticada pelo critério ilícito da prova, trazido pela parte, e outra, pela ilicitude que deu início ao processo, chegando ao absurdo de sua consagração pelo próprio órgão jurisdicional”²⁶⁶.

Mais a fundo, pontua-se que, conquanto se proíba apenas a admissibilidade, por óbvio são vedados todos os atos sucessivos, como a introdução aos autos e a valoração pelo magistrado, não havendo qualquer lacuna, desleixo ou “atecnia” do constituinte, como bem expõe ARTUR OSCAR DE OLIVEIRA DEDA²⁶⁷ com fulcro em escólio de ADA PELLEGRINI GRINOVER.

Por outro viés, como é uníssono na doutrina, nenhum direito é absoluto²⁶⁸, nem mesmo aqueles assegurados constitucionalmente, de forma que a vedação expressa e peremptória não pode ser deixada de lado, mas também não serve para excluir, sem se analisar o caso concreto, toda e qualquer prova tida como “obtida por meios ilícitos”, uma vez que, assim como a proibição é norma constitucional, também o seriam, dentre outros, o direito

²⁶⁶ CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 174.

²⁶⁷ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Op. cit. p. 112.

²⁶⁸ É o que AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p. 160 e 224, chama de “princípio da convivência das liberdades, em que nenhum direito pode ser exercido de modo danoso à ordem pública ou às liberdades alheias” com base no fato de que a vedação somente “é *aparentemente* absoluta, já que no concerto das liberdades públicas todos os valores devem ser encarados relativamente, de molde e encontrar-se uma harmonia no sistema”. Em mesmo sentido, GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2. p. 200, diz que a vedação constitucional da admissibilidade de provas ilícitas “não é absoluta, porque pode haver necessidade de conciliar a norma com outros direitos constitucionais”.

à segurança, à liberdade, à propriedade e à saúde²⁶⁹. Ademais, nenhuma das partes pode implorar o direito constitucional à prova com o fim de motivar o uso de meios proibidos, vez que a vedação também está prevista na Constituição²⁷⁰, até porque, como é lição basilar do direito, é vedado “*venire contra factum proprium*” (insurgir contra as consequências do próprio feito) e aproveitar-se da própria torpeza. Dessa forma, tem-se *dois vetores* em sentidos contrários, cabendo aos intérpretes *conciliá-los* de alguma forma.

Em que pese se reconheça que a possibilidade de ser admitida seja excepcional, visto que somente excepcionalmente é possível superar uma regra, como já exposto no capítulo anterior, ainda assim há uma fresta que nos cumpre, aqui, esmerar²⁷¹.

Neste ponto abre-se um parêntese. Ora, é verdade que a ponderação ou superação de uma regra é muito mais *difícil* do que se sopesar os princípios que estejam em jogo, mas o que garante que a vedação à admissibilidade no processo de provas obtidas por meio ilícito é uma regra e não um princípio? A resposta, depois de tudo que já expomos, não poderia ser outra: *nada*, assim como nada de objetivo justifica melhor aqueles que pensam de maneira contrária.

Ao contrário, a posição aqui tomada (de que se trata de regra), ao que parece, não só pode ser contestada, mas é praticamente esquecida pela maioria dos juristas, os quais, como um coral, afirmam a existência de um “princípio da proibição da prova ilícita no processo civil”. Aliás, o próprio do título da obra de FERNANDA LETÍCIA SOARES PINHEIRO é

²⁶⁹ CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 178.

²⁷⁰ Idem, p. 79.

²⁷¹ Seguimos, assim, por linhas outras (como se verá mais abaixo), a conclusão de NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 194, o qual dispõe 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”. Neste sentido estão ainda, conforme aponta o mesmo autor, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA e EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, dentre outros.

esse, colocando-o (o mencionado “princípio”) ao lado, por exemplo, dos “princípios” da ampla defesa, dispositivo, devido processo legal, oralidade, identidade física do juiz e tantos outros. O mesmo caminho trilham, entre outros, NELSON NERY JÚNIOR e NÍVIA PARECIDA DE SOUZA AZENHA ao falarem em “princípio da proibição da prova ilícita”²⁷².

Entretanto, seguimos firme no posicionamento que fixamos anteriormente no sentido de que, dos vários aspectos que caracterizam os princípios, a vedação constitucional às provas ilícitas só é similar no quesito *ponderabilidade*, afinal, todas as normas são ponderáveis, sejam as regras, sejam os princípios, isso porque o dispositivo não é *abstrato* e possui alto grau de *determinabilidade* de aplicação aos casos concretos. Amparamo-nos, pois, em HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, o qual vaticina:

“A proibição de utilização de prova ilícita pode ser considerada um princípio? Claro que não. (...) Sendo essas características, a doutrina, de um lado, cai em contradição e, de outro – o que é bem pior –, legitima a flexibilização na aplicação de uma norma que a Constituição, pela técnica de normatização, que utilizou, queria menos flexível”²⁷³.

Assim sendo, como já deve estar claro neste momento desta monografia, desrespeitar ou não observar o que se sabe (visto o alto grau de *determinabilidade*) é muito pior do que descumprir uma norma cujo conteúdo ainda necessitava de maiores divagações e determinação do melhor meio para atingi-la. Dito de outra forma: “descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio”²⁷⁴.

Noutro ponto que se aplica nesta abordagem, para se ponderar uma norma há que se seguir as lições de LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS, ainda que estes estivessem falando de ponderação apenas de princípios (pensamento clássico, como já exposto no tópico próprio), *in verbis*:

“Como é corrente, toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada quanto aos

²⁷² Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 193-208; e AZENHA, Nivia Aparecida de Souza. Op. cit. p. 42.

²⁷³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 86.

²⁷⁴ Idem, p. 104.

fatos e quanto ao direito; mas quando uma decisão judicial envolve a técnica da ponderação o dever de motivar torna-se ainda mais grave. Nesses casos, como visto, o julgador percorre um caminho muito mais longo e acidentado para chegar á conclusão. É seu dever constitucional guiar as partes por essa viagem, demonstrando, em cada ponto, por que decidiu por uma direção ou sentido e não por outro.

Não obstante o truísmo do que se acaba de afirmar, provavelmente nunca se motivou tão pouco e tão mal”²⁷⁵

Buscaremos, ainda, depois do apanhado acerca dos diversos assuntos já abordados, traçar um esboço geral que trate dos parâmetros mais adequados para a admissibilidade das provas ilícitas no processo civil, mas, conforme prenuncia CESAR DARIO MARIANO DA SILVA, é preciso possuir uma visão “conglobante” do fenômeno para que não nos restem dúvidas “de que todos os princípios existentes no processo penal acerca da prova ilícita devem ser utilizados no processo civil, até porque a maioria deles tem índole constitucional”²⁷⁶, transformando, assim, o direito processual em geral (seja penal, seja civil) como uma espécie de direito constitucional aplicado, uma vez que o manejo do processo visa, justamente, a realização deste²⁷⁷.

“Conceituar prova obtida ilicitamente”, como diz NELSON NERY JÚNIOR, “é tarefa da doutrina”²⁷⁸, razão pela qual não aceitamos, sem primeiramente questioná-los, os conceitos prontos já existentes. Alias, não só o conceito é controvertido como também a própria nomenclatura, variando de prova proibida, ilegal, ilegalmente obtida, ilícita, ilicitamente obtida, vedada e outras²⁷⁹.

Em vez de se dar ao trabalho de delimitá-la estritamente, passaremos, aqui, apenas alguns exemplos de provas ilícitas, como aqueles indicados por GILDO DOS SANTOS, quais

²⁷⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto; e BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional... In: LEITE, Glauco Salomão (coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. 2. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008. p. 78-79.

²⁷⁶ SILVA, César Dario Mariano da. Op. cit. p. 81.

²⁷⁷ CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 39.

²⁷⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 199.

²⁷⁹ SILVA, César Dario Mariano da. Op. cit. p. 13.

sejam, “As gravações magnéticas de conversas telefônica e, mais modernamente, de dados constantes de e-mails, contatos por meio do chamado programa MSN, ou por *web cam*, todos por intermédio de computadores e da sua rede mundial (internet)”, que passaram a ocupar lugar de relevância na questão, como também “reproduções sonoras ou fotográficas feitas por meio de telefones móveis (celulares ou do tipo Nextel)”²⁸⁰. NELSON NERY JÚNIOR, apoiando-se na doutrina alemã, aponta como exemplos de provas ilícitas:

“a) a gravação de conversa telefônica sem o consentimento dos partícipes; b) a exibição de fotografia com ofensa a direitos gerais da personalidade; c) leitura indevida de diário pessoal; d) o depoimento de alguém que observou, ilegalmente, o cônjuge réu em sua própria casa; e) o depoimento de uma testemunha sobre fatos que soube espreitando conversa privada em segredo.”²⁸¹

As cortes brasileiras têm se inclinado (*jurisprudência*²⁸²) “para a inadmissibilidade das gravações telefônicas, face à insegurança da fidelidade das gravações, da credibilidade das conversas, da violação ao direito à intimidade, do sigilo das comunicações e da correspondência”²⁸³, consagrando, assim, “a ideia de que o direito à prova não é absoluto, devendo haver um limite para a sua obtenção e postulação em juízo”²⁸⁴.

Essa tendência moderna, como diz VICENTE GRECO FILHO, segue o entendimento de que não se admite a prova “cuja obtenção tenha violado princípio ou norma de direito material, especialmente se a norma violada está inserida como garantia constitucional, por exemplo, a inviolabilidade do sigilo da correspondência ou de comunicação telefônica”,

²⁸⁰ SANTOS, Gildo dos. Op. cit. p. 35.

²⁸¹ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 196.

²⁸² Sobre as orientações jurisprudenciais, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 134) diz que “o abandono dos precedentes exige não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentem essa decisão, mas também uma justificação adicional dos motivos que levaram o intérprete a se afastar do critério anterior. Afinal de contas, quem resolve desprezar um precedente assume o ônus da argumentação, pois não parece sensato abandonar, sem melhores razões em contrário, o entendimento até então prevalecente, que, de resto, tem a seu favor a presunção de que foi construído racionalmente”.

²⁸³ AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. Op. cit. p. 217.

²⁸⁴ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Op. cit. p. 55.

porquanto o processo, como já explicado, é instrumento criado em favor da ordem jurídica em geral, “que deve ser entendida como um todo, não se podendo desconhecer, no processo, a ilicitude praticada, ainda que fora do processo”²⁸⁵.

Voltando, como forma de fecho, às perguntas esboçadas no primeiro parágrafo deste tópico, os “meios ilícitos” mencionados pela Carta Magna são aqueles que violem normas constitucionais e legais²⁸⁶, pois tutelam os bens mais relevantes da sociedade, não abrangendo, *em regra*, meros ilícitos civis ou administrativos, não fazendo necessário expor a diferença traçada doutrinariamente entre provas ilícitas e ilegítimas, até porque estas são apontadas como aquelas que violaram preceitos processuais, que, como é lição basilar, já são muito bem tratadas pelo princípio “pas de nullité sans grief” (só há nulidade se houver dano), não sendo aqui o ambiente ideal para ser tratado.

²⁸⁵ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit. p. 200.

²⁸⁶ ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTÔNIO SCARANCE *apud* SILVA, César Dario Mariano da. Op. cit. p. 11, assim se manifestam: “Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, CF) ou das comunicação (art. 5º, XII, CF); as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, CF), etc”.

CAPÍTULO 3

CONDIÇÕES À ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS, MODO DE AFERIÇÃO E AS CONSEQUÊNCIAS DA INADMISSIBILIDADE

Após vermos que o direito é eminentemente *subjetivo*, pois tem como base a linguagem; que apesar de ser flexível e maleável, há soluções que dotam de *operacionalidade* e *controle* o exercício e interpretação do Direito, de forma a *afastar* (ou ao menos *minorar*) as consequências maléficas do subjetivismo jurídico; que a própria ideia de *proporcionalidade* é ínsita ao Direito, não só aos princípios ou ao chamado “princípio da proporcionalidade” propagado pela doutrina majoritária, pois aplicável a todas as normas, *inclusive as regras*, conquanto em menor grau; e que a função das provas é a perquirição dos fatos ou da aceitabilidade das alegações formuladas pelas partes no processo judicial com o objetivo de *convencer* o magistrado, é preciso, agora, critérios *razoáveis* e *verificáveis* para analisar a atuação judicial, mormente quanto à admissão das provas ilícitas no processo civil.

3.1. – LIMITES À ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Os limites ou condições ora traçados devem ser observados, discutidos e ponderados no bojo do processo judicial, sem prejuízo da análise clássica dos subprincípios do “princípio da proporcionalidade”, quais sejam, a “adequação”, “necessidade” e a “proporcionalidade em sentido estrito”, e, é claro, da proibição de excesso e/ou da razoabilidade, para aqueles que defendem que a proporcionalidade não as inclui. *Ou seja: os parâmetros criados e pensados vieram pra somar, não para substituir as teorias e debates já existentes no tocante à*

proporcionalidade.

Ademais, chamamos a atenção que não se pretende aqui exaurir o tema e os limites possíveis de se criar, pois muitos outros, certamente, poderão ser pensados ou desdobrados, mas tão-somente vislumbramos as balizas que entendemos *fundamentais e imprescindíveis* a serem examinadas no caso concreto.

Por fim, como defendemos a ponderabilidade, a depender da hipótese aferida no mundo fático, inclusive de princípios e regras constitucionais, por consequência clara e óbvia não pretendemos que os limites *infra* sejam insuperáveis; pelo contrário, muitas das vezes indicamos, expressamente, hipóteses raras e contrárias ao que expusemos e que justificaria a admissão da prova obtida por meios ilícitos no processo. Ou seja: devem ser interpretadas *cum grano salis*. O intuito principal é e sempre foi, com esta monografia, o de *criar* pontos ou questões (*ônus argumentativos*) a serem discutidos na tramitação do feito como forma de fazer frente ao subjetivismo de alguns magistrados.

3.1.1. – LIMITE LÓGICO

Como primeiro ponto, verdadeiro divisor de águas, que merece guarida nessa exposição, escolhemos (pois não passa de uma escolha, como toda interpretação o é) o que denominamos de lógico: *a prova ilícita não poderá, em regra, ser utilizada por aquele que tem a incumbência de velar pela sua não-produção.*

Como assim? Ora, como o ordenamento jurídico se confunde com o próprio Estado²⁸⁷, não é lógico admitir que ele, que se materializa no direito legal e deve ser seu mais fiel defensor, possa utilizar-se de provas inadmissíveis segundo suas próprias normas.

Assim, mesmo naqueles casos que passem no “teste” das limitações aqui criadas,

²⁸⁷ Assim se expressa KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. 7. ed. rev. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 170: “O Estado é um ordenamento jurídico”.

ainda assim, se servir a interesses estritamente estatais, a prova ilícita não poderá ser utilizada no processo, a não ser que tenha sido produzida por particular, pois este tem o *dever* de não infringir a norma jurídica, mas não o de velar pelo seu cumprimento, sob pena de ser responsabilizado. Com outras palavras, poderíamos dizer que a *violação* (e sua *intensidade*) do Estado é *maior* do que a dos particulares, pois ele tem um *duplo dever* (não só não violar a ordem jurídica, como também protegê-la), isso sem se falar que é incabível que o Estado utilize meios espúrios para a obtenção de uma prova ilícita, vez que, utilizando-os, estariam se igualando aos delinquentes ou foras da lei que pretende combater²⁸⁸.

Sobre a “lógica” dessa lógica, lembremos o nascedouro de toda a teoria da proporcionalidade. A Suprema Corte estadunidense²⁸⁹, embora tenha se posicionado contrariamente às provas ilícitas (inspiração que serviu para outros países, inclusive ao Brasil), segundo EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, “aceita, sem maiores problemas, a prova obtida ilicitamente *por particulares*”, visto que “o fundamento é o mesmo que acabamos de expor: a norma da vedação da prova ilícita dirige-se ao Estado, produtor da prova, e não ao particular”²⁹⁰.

Essa posição corrobora-se, ainda, com o fato de que a questão da *admissibilidade* das provas ilícitas é por demais *complexa e problemática*, de forma que o estabelecimento de critérios objetivos, por meio da proporcionalidade, que pudesse ceder espaço à possibilidade

²⁸⁸ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 77.

²⁸⁹ Corroborando este estado de pensamento na Suprema Corte e entre os intérpretes estadunidenses, embora os questione, temos AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. ver. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 82, que vaticina que “o sistema americano em tema de exclusão probatória, voltado precipuamente ao processo penal e à autoridade pública, e que manifesta nas tendências de não afastar do processo as provas decorrentes de violações praticadas por particulares, e de não estender as regras de exclusão a outros campos do direito”.

²⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 324.

de utilização *pró* Estado é um *contrassenso*, pois *esta garantia fundamental dirige-se, sobretudo, contra os excessos* do Poder Público nas suas atividades em geral, além de que, como é óbvio, a *estipulação de termos restritos fatalmente estimularia a prática da ilegalidade por agentes públicos quando este sabe, previamente, da possibilidade de aproveitamento desta prova*²⁹¹. Seria a violação objetiva e inequívoca da assertiva constitucional, tornando-a letra morta.

Pela mesma razão aqui exposta (impossibilidade do Estado utilizar de provas ilícitas por ter um *duplo dever*), há que se mencionar, também, que, por isso, *as provas ilícitas, em regra, não poderão, também, ser produzidas sob a batuta jurisdicional*, porquanto se o Estado tem o dever de impedir a violação do ordenamento jurídico na sociedade em geral, por óbvio deve assegurar a integridade dentro de um processo dirigido por ele mesmo por meio de seus juízes, isso porque “se a lei não excluiu, da análise do Poder Judiciário, lesão ou possibilidade da ocorrência desta, como poderia o sistema legitimar lesão de direitos, nas externalizações processuais e emanações dos decisórios da Justiça?”²⁹².

Além disso, defendemos essa posição (de que somente particulares a podem produzir) porque, como diz RUDOLF VON IHERING: “Ninguém conhece melhor os seus interesses que si próprio, nem os defende tão ardentemente, e não há pessoa alguma que tudo sacrifique a uma demanda tão facilmente”²⁹³. O Estado-juiz, por maior que tenha convicção sobre determinado fato, jamais terá certeza sobre a possível violação de um direito, de forma que, atuando em determinados casos, a dúvida invencível poderá fazer com que ele, no afã de proteger bens jurídicos e posições supostamente amparadas no direito, viole direito de seus

²⁹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 321.

²⁹² CAMPOS, Amini Haddad. *O devido processo proporcional: o princípio da proporcionalidade constitucional na teoria processual: as concepções do direito brasileiro*. São Paulo: LEJUS, 2001.p. 139. Atente-se, porém, o leitor, que a mesma autora defende noutras passagens (citaremos mais abaixo) que o magistrado pode, *ex officio*, determinar a produção de provas ilícitas na condução do processo.

²⁹³ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2009. p. 46.

próprios concidadãos, além de que nenhum direito seu, diretamente, em regra, está sendo violado²⁹⁴. Ou seja, o particular possui interesse jurídico direto e conhece inegável e pessoalmente os fatos, podendo qualifica-los como “falsos” ou *possivelmente* “falsos”, como é o caso da boa-fé, ainda, de uma representante, como uma mãe, que quer a guarda do filho, a qual nota que seu rebento provavelmente está sendo maltratado pelo pai (que atualmente tem a guarda), o qual não dá nenhuma justificativa *plausível* para os ferimentos percebidos pela genitora.

Por fim, prevendo possíveis críticas a respeito deste limite, não há que se falar em violação da chamada eficácia horizontal dos direitos humanos, apontada por ANDRÉ RAMOS TAVARES e tantos outros, por meio da qual se prega o reconhecimento que os direitos humanos deve operar não só “verticalmente” numa relação liberdade-autoridade ou particular-Estado, mas também entre os particulares²⁹⁵, o que se refutará logo abaixo. Tecendo comentários, ainda, sobre esta posição, filiando-se nela, NELSON NERY JÚNIOR diz:

“Ao referir-se à restrição da atividade probatória do ‘poder público’, o autor parece adotar o entendimento do direito americano segundo o qual a prova obtida ilicitamente não deve ser admitida se produzida e pretendida pelo poder público, mas tolerada se efetivada por um particular. Essa opinião foi criticada por Vincenzo Vigoriti, que entende inutilizável a prova obtida ilicitamente quer pelo poder público quer pelo particular (Prove illecite e Costituzione...), no que é acompanhado por Alessandro Pace (Comentario dela Costituzione...)”²⁹⁶.

Entretanto, como pontua WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG *apud* ANDRÉ RAMOS TAVARES, o “efeito dos direitos fundamentais no âmbito privado é diverso e, sob

²⁹⁴ Por mais que haja interesses públicos secundários, quais sejam, aqueles relacionados às pessoas jurídicas de direito público interno, quem o representa ou “presenta”, como um Procurador do Estado ou Advogado da União, nunca sabe, definitivamente, com quem está com a razão, sem contar que não é o seu próprio interesse e/ou direito que está sendo violado, mas sim de um ente abstrato e intangível concretamente.

²⁹⁵ Cf. TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, Glauco Salomão (coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. 2. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008. p. 58.

²⁹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 200.

certo aspecto, menos enérgico do que aquele verificado nas relações com o Poder Público”²⁹⁷.

Outra crítica recorrente é que se estaria outorgando muitas garantias e direitos justamente àqueles que não respeitam as posições jurídicas alheias, não podendo o ordenamento jurídico proteger “bandidos”, como na anulação corriqueira e midiática de dezenas de interceptações telefônicas. Entretanto, esquecem-se os críticos, como nos lembra MANOEL DA COSTA ANDRADE *apud* LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, que tais *artifícios invasivos* “são, na verdade, portadores de uma danosidade social polimórfica e pluridimensional que, em geral, não é possível conter nos limites, em concreto e à partida, tidos como acertados”, de maneira que nos planos objetivo (dos bens jurídicos sacrificados) e subjetivo (do universo de pessoas atingidas), “as escutas telefônica [simples exemplo que vem a calhar, o que cabe, extensivamente, às demais provas ilícitas] acabam invariavelmente por desencadear uma mancha de danosidade social” que se *alastra* de forma *incontrolável* pelo *tecido social*²⁹⁸.

3.1.2. – LIMITE MATERIAL

Como segundo ponto, há de se atentar o intérprete (e, por consequência, o juiz) à finalidade da admissibilidade daquela prova ilícita, ou seja, a que bem jurídico ela (a prova ilícita) se destina a tutelar, desvendando sua natureza jurídica, sem se esquecer do que dispõe nossa Carta Magna.

Desse limite “material”, é possível bifurcá-lo em duas matizes, um de índole *positiva*, outro *negativa*.

Como limite *material-positivo* é necessário de que o *bem jurídico tutelado* (ou que se

²⁹⁷ TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, Glauco Salomão (coord.). Op. cit. p. 58.

²⁹⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p. 252.

busca tutelar) com a admissibilidade da prova ilícita seja de natureza *indisponível*, como questões que guardem relação com a guarda de filhos, filiação, paternidade, alimentos, casamento, poder familiar e os direitos da personalidade (isso, por óbvio, com atenção às matérias do Código Civil). Essa preocupação mostra-se legítima pois “um direito só é efetivamente público quando o Estado se preocupa com a sua defesa, pois ele interessa não apenas ao seu titular, mas a toda a sociedade”. Ou seja, se o particular tem absoluto controle no que tange à conveniência de acionar ou não a atividade jurisdicional, o interesse é eminentemente privado²⁹⁹. Por isso a natureza indisponível de determinados bens jurídicos deve ser levado em conta, por ser tão caro à sociedade, não podendo o particular simplesmente dispor deles (como de seu nome, sua filiação, seu filho, seu casamento etc.), tanto é que, na defesa deles, é admitida a intervenção, sem qualquer provocação, de órgão do Estado (Ministério Público) para ampará-lo (art. 127, *caput*, CRFB/1988).

Dessa forma, fixando a indisponibilidade do direito como limite à admissibilidade prova ilícita, creio estar preenchida a preocupação de doutrinadores, como RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA, quanto à necessidade de “motivo relevante” e “valor proeminente”³⁰⁰ do bem jurídico garantido para que seja possível a sua posterior valoração no processo, ou as situações “extremamente graves”³⁰¹ de LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, o qual sustenta ser aplicável a proporcionalidade para “legitimar o sacrifício da *privacy* em prol da defesa de bem jurídicos mais relevante, possibilitando-se, por exemplo, evitar cautelarmente a ocorrência de danos irreparáveis”. Em seguida, arremata: “Mas isto não implica em aceitar a interceptação telefônica autorizada pelo juiz para o

²⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 37.

³⁰⁰ Cf. MENDONÇA, Raquel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 69.

³⁰¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p. 193.

processo civil, de forma a tornar lícito e utilizável no processo o seu resultado”³⁰².

Porém, é preciso ter em mente que não basta que a matéria vertida seja indisponível e que este limite é superável, como todos os outros. Ilustrativamente, pense na seguinte hipótese: o que deve ser tido como mais valioso, apurar o crime de “Tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento” (art. 176, Código Penal) punível com, no máximo, detenção de 2 (dois) meses, que como todas infrações penais é indisponível (não pode, pois, o *Parquet* perdoá-lo ou desconsiderá-lo), ou amparar uma investigação ou a produção probatória numa ação civil de ressarcimento de danos ao erário em que se envolve o desvio de milhões, como desvios e propinas de programas governamentais por políticos³⁰³, ou simplesmente o caso do assalto ao Banco Central do Brasil em Fortaleza³⁰⁴, episódio no qual se surripiou dezenas de milhões de reais (imaginando que neste caso a pretensão punitiva estatal já estivesse prescrita)?

Nesse sentido é válida a observação de RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA, a qual diz que se deve questionar, “insistentemente, tal posicionamento, uma vez que a finalidade civil é tão relevante quanto a criminal, em determinados casos, causando, portanto, grande perplexidade na diferenciação de tratamento”³⁰⁵ se a baliza (disponível *versus* indisponível ou cível *versus* criminal) for entendida de forma intocável.

Ora, fechar as portas à apuração de determinados fatos só porque não se tipifica crime (ou este já tenha sua pretensão punitiva prescrita) pode configurar, de modo indireto, o

³⁰² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p. 193.

³⁰³ É o caso do atual deputado estadual mato-grossense José Geral Riva, o mais votado no último pleito, o qual responde a mais de 100 (cem) ações judiciais por possível desvio de recursos dos cofres da Assembleia Legislativa do Estado (AL-MT), cujo montante das ações, quando somados, alcança, em valores corrigidos, valor acima de R\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais). Para uma primeira leitura do caso, veja: <<http://www.paginadoenock.com.br/home/post/9403>>. Acesso em 06. Nov. 2011.

³⁰⁴ Sobre o assalto, veja: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Assalto_ao_Banco_Central_do_Brasil_em_Fortaleza>. Acesso em 04. Nov. 2011.

³⁰⁵ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Op. cit. p. 132.

expurgo do texto constitucional o acesso amplo e efetivo à Justiça e à ordem jurídica justa³⁰⁶.

Por outro lado, a concepção material como *negativa* se refere a não censurabilidade explícita pelo texto constitucional, como é o caso do inciso XII do art. 5º, o qual, de forma expressa, admite a *violação* do sigilo³⁰⁷ telefônico tão-somente para fins de investigação penal e instrução processual criminal. Defender uma proporcionalidade contra regra expressa e já ponderada pelo constituinte, por mais que se leve à justiça, não rende bons agouros para as próximas interpretações do Texto Magno, sendo, em nossa humilde opinião, deveras perigoso trilhar nessa senda.

3.1.3. – LIMITE CIRCUNSTANCIAL

Como o limite supra, é possível analisar a viabilidade de *circunstâncias* que circundam a prova ilícita de duas formas distintas: temporal e procedimentalmente.

Quanto ao aspecto circunstancial-*temporal*, podemos dizer que se mostra *justificável* ou *razoável* que alguém, após uma *injusta provocação*, *justa causa* ou um *justo motivo*, vendo seu direito ser preterido em detrimento de outrem, mostre-se *inconformado* com a situação indigitada e, *tendo a certeza que o direito lhe confere uma situação jurídica melhor*, faça uso de meios escusos ou mesmo proibidos com o fim de fazer provas para serem utilizadas em juízo. Essa inconformidade, como já visto e como se verá nos outros limites aqui traçados, possui limites, sem se esquecer, também, que não pode o cidadão se abster de tudo o que é vedado por lei, sem maiores fundamentação, como se estivéssemos na era do positivismo, até

³⁰⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p. 193.

³⁰⁷ Para melhores e rápidas reflexões acerca do sigilo no Brasil conforme as balizas constitucionais e legais, desde o profissional, da fonte, bancário, fiscal, de correspondências, de Justiça, e dos dados das ligações telefônicas (ou sigilo telefônico), consulte: SILVA, César Dario Mariano da. Op. cit. p. 55-72; e AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p. 278-289.

porque, como propala RUDOLF VON IHERING, “resistir à injustiça é um *dever* do indivíduo para consigo mesmo, porque é um preceito da existência moral; é um *dever* para com a *sociedade*, porque essa resistência não pode ser coroada com o triunfo, senão quando for geral”, sendo que “aquele que for atacado em seu direito deve resistir; é um dever para consigo mesmo”; “a defesa do direito é um ato da conservação pessoal e, por conseguinte, um dever daquele que foi lesado para consigo mesmo”³⁰⁸.

Salienta-se, por oportuno, que este *limite* pode ser aplicado, também, aos casos em que a parte quer provar algum fato obstativo ou mesmo alguma exceção, como a de incompetência, quando o juiz suspeito, *status* esse já conhecido pela parte que produz a prova, não se declara suspeito, quando deveria, ou mesmo nega tal vínculo.

É como se fosse, portanto, a aplicação do “estado de necessidade” ou da “legítima defesa”, como aponta RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA, de molde que se excluiu a ilicitude da prova ou, ao menos, faz com que sejam admitidas no processo, ou como diz LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, com fundamento em TROCKER: “seria configurável uma espécie de ‘estado de necessidade processual’, o qual poderia legitimar a atenuação do direito da personalidade da outra parte”³⁰⁹.

Com outras palavras, é reprovável aquele que, antes mesmo de qualquer *justa causa* ou *injunta provocação* viva tolhendo ou violando direito alheio, sem qualquer motivação idônea para tanto, apenas como medida de cautela e precaução para demandas futuras, pois, do contrário, aceitando a prova ilícita deste tipo de pessoa (que, temporalmente, antes de qualquer violação ou perspectiva de violação de direito já ataca os direitos alheios como forma de precaução) faria com que, verdadeiramente, se proliferasse o desrespeito às garantias legais e constitucionais dos cidadãos. Como exemplo, citemos a sociedade

³⁰⁸ IHERING, Rudolf Von. Op. cit. p. 39, 41 e 75.

³⁰⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p. 77.

empresária (ou seus diretores) que, a título de se precaver contra o vazamento de segredos industriais e/ou concorrência desleal, “grampeie” ou monitore todas as linhas ou os *e-mails* de seus funcionários, mesmo que sejam de propriedade da empresa e para uso exclusivo em serviço (“funcionais”). Sem qualquer apontamento de que houve vazamento ou concorrência desleal, ou de que haja ameaça de que haja violação de seu direito, não se mostra *razoável* a violação da intimidade de seus colaboradores, ainda mais se se der em detrimento de todos.

Situação diversa, embora o momento temporal acima fixado reste minorado (o de que o meio “ilícito” ou invasivo seja levado a cabo após a *ameaça* ou *lesão* de direito próprio) é o caso de uma câmera de segurança que filma abusos sexuais de um pai contra um filho, por exemplo. O elemento essencial não está nos sujeitos (pai e filho) ou na conduta (abusos sexuais), mas sim no fato de que aquela câmera instalada não tinha esse intuito de fazer prova sobre aquele caso (até porque não se suspeitava desses abusos; se suspeitasse, estaria presente causa que se autorize o meio invasivo, pois haveria indícios da *ameaça* ou *violação* dos direitos do menor), mas sim o de prezar pela segurança daquele estabelecimento, como são os circuitos de vigilância de *shopping centers*, por exemplo.

Dessa forma, esse limite circunstancial-*temporal* esboça a “boa-fé do agente captor da prova” (que será novamente relacionado no limite “subjetivo da moralidade e/ou da boa-fé” *infra*) defendida por RAQUEL PINHEIRO DE ANDRADE, quando o agente somente age após ter indícios suficientes de que seu direito foi violado, está prestes a ser ou há ameaça nesse sentido³¹⁰.

Por fim, em relação ao fator tempo, é possível imaginar, ainda, os problemas que a morosidade do Poder Judiciário podem acarretar ao regular exercício e defesa dos direitos de forma que, vislumbrando a ineficácia de sua defesa por a prova se esvaír com o tempo, o agente interessado a produz, mesmo ilicitamente, antes que tenha perecido. Isso é aplicável ou

³¹⁰ Cf. MENDONÇA, Raquel Pinheiro de Andrade. Op. cit. p. 69.

ponderável, entretantes, quando inclusive a *tutela cautelar* (preparatória ou não) se mostrar também *totalmente ineficaz*, e não quanto ao rito *ordinário*.

Por fim, o limite circunstancial-*procedimental* se refere a própria credibilidade da prova ilícita obtida, o meio como foi obtida, pois, como nos lembra AMINI HADDAD CAMPOS, “a eventual aceitação da prova dependerá, evidentemente, da sua confiabilidade. Assim, provas obtidas mediante tortura ou utilização de drogas devem ser rejeitadas uma vez que inidôneas quanto ao resultado”³¹¹. De nada adianta o fato de a prova não ter sido produzida sob a batuta estatal, em relação a direitos indisponíveis, sem ferir qualquer disposição expressa da Constituição, após lesão ou ameaça de lesão a direito próprio, se o possível lesado se utilizar de meios que tornem duvidosa a vontade exposta pela outra pessoa (que, mais ou menos tempo, poderá tornar-se a parte *ex adversa* em Juízo).

Noutras palavras, num sentido mais civilista: deve ser indubitável que não haja qualquer vício de consentimento daquele contra quem se produziu a prova, sob pena de serem rejeitadas por serem *inidôneas quanto ao seu resultado*, tendo que ser averiguado não só nos casos de tortura ou emprego de drogas, mas também em simples induzimento³¹² com *perguntas capciosas* ou *direcionadas* a pessoas que não possuam o necessário *discernimento e capacidade mental*, como no caso de um pai que, objetivando obter a guarda da filha que se encontra com sua ex-esposa, grava conversas telefônicas com a infante induzindo-a a dizer que prefere ficar com ele ou, mesmo, que a genitora a maltrata.

De uma forma diferente: embora os mesmos exemplos apresentados pareçam repetitivos, nesta monografia, assim o são porque são os mais visados e que melhor podem ser

³¹¹ CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 174.

³¹² Também se preocupa com a indução que uma parte pode exercer sobre a outra AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p. 296, que assim se expressa: “a prova pode ser induzida, pois aquele que conduz a conversa ou a gravação tem a possibilidade de obter a resposta desejada, até por meio astucioso ou ardiloso, por uma indução previamente estudada e formulada”.

utilizados como argumentos retóricos, mas que com certeza não são os únicos. Entre muitos outros, temos a utilização de hipnose, soro da verdade, narcoanálise, detector de mentira, utilização de coação física ou psicológica, não informação de seu direito de permanecer calado e de não produzir prova contra si, utilização de interrogatórios prolongados e repetitivos, jejum demorado, falta de sono, luz cegante, choques elétricos, palmatórias, pau de arara, surras etc., ainda mais no Brasil, que, devido à precariedade dos instrumentos investigativos policiais (o que dizer, então, na área civil?), busca-se, a todo custo, a obtenção de uma confissão para se encerrar e ter o caso como solucionado pelo aparato jurisdicional³¹³, razão pela qual ainda impera o seu apelido de “a rainha das provas” ou *probatio probatissima*. Toda e qualquer hipótese ou conduta que culmine em ferir a voluntariedade da confissão macula o resultado pelo meio de prova obtido.

3.1.4. – LIMITE DA INDISPENSABILIDADE

A indispensabilidade é um limite tão explícito e óbvio que talvez não fosse nem mesmo preciso elenca-lo como limite, mas assim o fazemos para que seja possível delinear, no máximo possível, os condicionamentos e questionamentos que se deve ter em mente quando da análise da admissibilidade ou não das provas ilícitas no processo, mormente para que, por meio da motivação constitucionalmente exigida (art. 93, IX, CRFB/1988), meio de *controle* dos atos judiciais, criando ônus argumentativos para a atividade judicante, sejam preenchidos e analisados todos os principais pontos quanto às provas ilícitas.

A indispensabilidade pode ser analisada sob 2 (dois) espectros: a um, pela necessidade da parte de se valer daquela “modalidade” de prova, por inexistência de outras; e a dois, quando no momento da produção da prova existisse outros meios de produção da prova, mas

³¹³ Passim SILVA, César Dario Mariano da. Op. cit. p. 75-77.

que, pelo grande decurso de tempo, o preterimento da prova ilícita fosse impossível de ser convalidada, por ser “irrepetível” e por não mais existir meios aptos a provar aqueles fatos.

Assim, como prova indispensável refere-se, numa análise mais ampla, em conjunto com os outros limites aqui postos e propostos, não somente à produção (como é o presente limite), mas também como indispensável à existência de uma decisão justa, em hipóteses *excepcionais*, sob pena do magistrado, ao recusá-la, calar a própria justiça, indo contra ao próprio senso *comunitário* do que é Direito, além de mitigar, concretamente, ao nada, a ampla defesa também protegida constitucionalmente, em detrimento do único meio de prova encontrado pelo detentor do direito violado.

É mais ou menos o que RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA defende como critério da “unicidade da prova” e “modo de obtenção necessário”³¹⁴, similar ao critério adotado por FERNANDA LETÍCIA SOARES PINHEIRO que admite a prova ilícita em hipóteses específicas, como “quando esta for única, não havendo outro meio de prova lícito para se provar um fato que venha a proteger um bem jurídico que justifique a violação do sigilo das conversas telefônicas; aplica-se, assim o princípio da proporcionalidade”³¹⁵.

Tem-se, ainda, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA *apud* CÉSAR DARIO MARIANO SILVA, que apoia a admissibilidade se não dispuser a parte de outro meio de prova, “sem possibilidade de outra, sobre fato que, pela natureza, não enseja, normalmente, outro meio (v.g., corrupção, adultério, chantagem, sempre realizados com recato e sigilo, com a preocupação de ocultar o mais possível)”³¹⁶, e NÍVIA APARECIDA DE SOUZA AZENHA, apoiando-se em ÉRICO R. BERGMANN, a qual diz ser favorável “desde que seja a única forma possível e razoável de proteger outros valores fundamentais mais urgentes, segundo a

³¹⁴ Cf. MENDONÇA, Raquel Pinheiro de Andrade. Op. cit. p. 69.

³¹⁵ PINHEIRO, Fernanda Leticia Soares. *Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 183.

³¹⁶ SILVA, César Dario Mariano da. Op. cit. p. 81.

avaliação dos julgadores”³¹⁷. LUIZ FUX, por sua vez, afirma que a vedação “tem sido mitigada pelo critério do *bilanciamento degli interessi*, termo utilizado no Direito italiano, quando o elemento de convicção assim obtido é o único existente” ou quando “a forma de obtenção também se revela como única maneira de se colher o que é imprescindível ao esclarecimento dos fatos”³¹⁸.

Embora essa assertiva sirva para todos os limites aqui esboçados, ressalta-se, neste ponto, que não basta que a prova seja indispensável, se não superar os demais limites e as demais condições fáticas aconselharem a admissibilidade da prova ilícita. Dessa forma, posicionamo-nos contrariamente ao que dispõe AMINI HADDAD CAMPOS quando fala que o julgador poderá determinar (mesmo que excepcionalmente) a produção da prova ilicitamente (ponto este já abordado no limite lógico, o qual, aliás, é fundamentado com outro excerto do escólio desta autora que melhor traduz o que deve ser aceito da função jurisdicional do magistrado) quando esta lhe parecer “absolutamente imprescindível”³¹⁹. A indispensabilidade não basta por si só.

Quanto às provas ilícitas “irrepetíveis”, tem-se a hipótese da gravação de uma conversa entre aquele que teve seu direito violado e aquele que o violou, diálogo este que não teve qualquer testemunha presente e que o “violado” já esteja morto. Como forma de melhor visualizarmos a ocasião, pense numa conversa entre irmãos, Fulano e Beltrano. Nesta conversa, Beltrano diz inúmeros impropérios acerca de seu genitor, Cicrano, maldizendo-o, atentando contra sua honra e daquela que era sua companheira, ao passo que Fulano, que tem 2 (dois) filhos, apenas a grava. Meses depois, Fulano, muito ligado com seu genitor, em uma viagem qualquer, sofre um acidente, vindo ambos a óbito, conjuntamente com a companheira do genitor. Dessa forma, se não for promovida a ação de indignidade contra Beltrano, que

³¹⁷ AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. Op. cit. p. 135.

³¹⁸ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p. 580.

³¹⁹ Cf. CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 176.

incidiu na causa de exclusão da sucessão do art. 1.814, II, do Código Civil, irá se aproveitar do *quantum* deixado pelo *de cujus*, por direito próprio, enquanto que os filhos de Fulano (neto de Cicrano) deixarão de herdar essa parte que Beltrano adquirirá se não for admitida a ação de indignidade com base naquela prova (gravação telefônica não autorizada). Como forma mais explícita, no mesmo exemplo, poderia se pensar em interceptação telefônica (modalidade nitidamente mais invasiva) na qual, com base em indícios nesse sentido, se descobrisse que o mandante do assassinato de Cicrano fosse Beltrano, enquadrando no inciso I do mesmo artigo do *códex* civilista.

3.1.5. – LIMITE DA UTILIDADE

Por mais que se preencham os requisitos acima, a prova ilícita não deve ser admitida no processo quando militar em favor da direção por ela apontada a existência de presunção legal, seja relativa, seja absoluta (principalmente neste caso), houver material probatório robusto no sentido da prova ilícita ou quando for grande a probabilidade de o magistrado inverter o ônus da prova (ou já tiver, inclusive, deferido esta diligência) a favor de quem produziu a prova ilícita.

Ora, não se mostra sensato que permaneçam nos autos modalidade de prova considerada ilícita pelo ordenamento jurídico, vedada constitucionalmente, por mais que a favor dela estejam os critérios de equidade ou justiça, quando, pelo conjunto probatório existente nos autos, não for preciso utilizá-la, ou quando não é necessário que seja produzida pela parte interessada, por a incumbência de produzi-la ser da parte contrária, ou quando decerto essa inversão será determinada pelo juiz, como é o caso da admissibilidade expressa contida no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), em seu art. 7º, VIII, que estabelece como requisitos a *verossimilhança* da alegação e a *hipossuficiência* do consumidor,

segundo as regras ordinárias de experiência.

Por outro lado, ainda sobre a utilidade inofensiva que a prova deve ter, dispensa-se ainda aquelas provas que não tenham qualquer ligação com os fatos vertidos (*impertinentes*) ou que pretendam fazer prova de fato cientificamente *impossível* de ter ocorrido, coligida aos autos apenas para causar *tumulto e demora processual*, como também aquelas que tenham contato ou vínculo muito distante com o objeto principal do litígio (*indícios fráquíssimos*), até porque “*de minimis non curat praetor*” (o pretor não se ocupa de questões insignificantes). De forma ilustrativa, poderíamos dizer que, a fim de se provar maus-tratos do filho pela mãe, o pai se esforce, com invasão de domicílio de sua ex-esposa para provar que ela possui, em sua casa, objetos aptos a causar os ferimentos, sendo que tais utensílios são comuns a qualquer residência, como facas, réguas, cintos e outros objetos pontiagudos, por exemplo.

Dessa forma, a utilidade, neste contexto, também tem a ver com a *própria relevância da prova ilícita para o deslinde da causa*: mesmo que seja um indício do que se alega, sendo irrelevante para o julgamento, há de ser rejeitada a prova.

3.1.6. – LIMITE SUBJETIVO DA MORALIDADE E/OU DA BOA-FÉ

Outro limite a ser observado é o da moralidade, pois não se pode desprezar a íntima relação entre ela e o Direito bem como o próprio texto normativo do Código de Processo Civil, o qual, em seu art. 332, dispõe que somente são admissíveis como meio de prova aqueles previstos legalmente ou moralmente legítimos, “ainda que não especificados neste Código”.

O que é a moralidade, sua diferença para a ética, sua delimitação, alcance e aplicação na seara jurídica são pontos que poderiam ser abordados, mas que, neste trabalho monográfico, não o faremos, pela *complexidade e amplitude* do tema, carregando grande

carga de subjetivismo, espécie de limite *aberto* ou *abertíssimo* a interpretações. Apesar disso, sendo encontrada essa condição por meio de um *consenso* da *comunidade ou sociedade dos intérpretes*, deverão ser rechaçadas as provas, ilícitas ou ilegítimas, que contra a moral atentem, visto que, como dizia PIERO CALAMANDREI, “os artigos dos códigos não são cômodos pára-ventos fabricados para esconder sujeiras”³²⁰.

“De há muito”, como diz AMINI HADDAD CAMPOS neste ponto, “o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltando a pacificar com justiça”³²¹, impressão essa em igual sentido da exposição de motivos do atual Código de Processo Civil, da lavra do então Ministro da Justiça ALFREDO BUZAID, o qual, no item 17, dentro do tópico “III – Das Inovações”, anuncia:

“Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes sirvam-se dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artificios fraudulentos, porque tal comportamento não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça. Tendo em conta estas razões ético-jurídicas, definiu o projeto como dever das partes: a) expor os fatos em juízo conforme a verdade; b) proceder com lealdade e boa-fé; c) não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; d) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito (art. 17). E, em seguida, dispôs que “responde por perdas e danos todo aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente” (art. 19). No art. 20, prescreveu: “Reputar-se-á litigante de má-fé aquele que: a) deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer; b) alterar intencionalmente a verdade dos fatos; c) omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa; d) usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal; e) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; f) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; g) provocar incidentes manifestamente infundados”.³²²

Porém, não chegamos nem perto de ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA apud LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVIOLIO, que defende que não é possível falar em proporcionalidade ou ponderação “para eventual admissão do meio de prova moralmente

³²⁰ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 148.

³²¹ CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 160.

³²² Disponível em: <<http://www.ombadvocacia.com.br/acervo/CODIGOS/CODIGOPROCESSOCIVIL.PDF>>. Acesso em. 06. Nov. 2011.

ilegítimo, pois sua inadmissibilidade é absoluta”³²³, ou mesmo de LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, que caminha no mesmo sentido com a justificativa de que “por sua natureza extrínseca ao direito, não está apta a competir com qualquer valor jurídico, e assim deve ser banida do processo, com seu desentranhamento”³²⁴.

Noutra senda, podemos elastecer esse limite da moralidade com o objetivo de que a *moralidade* não esteja tão-somente restrita ao conceito de *meio de prova*, mas também à própria *conduta* de quem produziu a prova ilícita.

É inegável, neste critério, que seria reprovável o agente público que, sem se identificar como tal, obtém confissão de algum investigado. Ora, teria este confessado se soubesse que estava perante uma autoridade pública e se tivesse cientificado de seu direito de ficar calado e de que não precisa produzir prova contra si? De maneira geral, parece-nos que não.

E como observar a moralidade ou boa-fé daquele litigante que produziu a prova ilícita? Se é certo que é difícil conseguir captar meios de provas de suas condutas extraprocessuais, por outro lado, no bojo da atividade “judicante”, várias são as atitudes que devem ser observadas pelo magistrado para se admitir, ou não, as provas produzidas por meios ilegais, como a *lealdade processual* daquela parte, a qual pode ser verificada se cumpriu o “dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (art. 339, CPC) contando *fielmente os fatos em juízo, mesmo que não tenha provas suficientes*, desde que pleiteando a iniciativa (poder) probatória do magistrado como forma de lhe suprir falta. Não pode, jamais, alguém, por ausência de provas, inventar uma estória com o fim único de alcançar o que lhe seria de direito, mas por meios ou procedimentos ilícitos ou irregulares; caso surjam provas que ampare o seu direito, mas em sentido diverso do que vaticinou em juízo, não deve ser acolhido aquele meio de prova.

³²³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p. 299.

³²⁴ Ibidem, p. 299.

Além disso, tendo descrito a situação real dos fatos e pedido a tutela jurisdicional, inclusive com o já mencionado poder probatório do juiz, e este tendo recusado prestá-la (e, é claro, tendo ele exercido todas as vias recursais possíveis), torna-se admissível, em certos casos a serem ponderados, a produção de prova ilícita quando já há processo judicial tramitando acerca daqueles fatos, visto que devidamente justificada.

Por fim, pensamos ainda na moralidade daquele que, embora não empregue qualquer meio escuso ou aprioristicamente indevida ou imoral, *obtem meio de prova vedado legalmente*. Exemplificativamente: sabendo que está com razão e que alguém sabe da realidade dos fatos (que o é favorável), sendo que esse alguém não pode depor em juízo, como padres ou médicos, *v. g.*, que conhecem dos fatos “a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo” (art. 347, II, CPC), capta o interessado outro meio de prova, como um filme ou obtém uma declaração do próprio punho, para apresentá-la em juízo.

Seria válida essa conduta? A princípio, ficamos com MOACYR AMARAL SANTOS apud ARTUR OSCAR DE OLIVEIRA DEDA, para o qual “o dever de não revelar o segredo se justifica como princípio de ordem pública, tendo em vista o interesse da sociedade, qual o da necessidade de os indivíduos depositarem confiança nos que os aconselham, os guiam, os servem em dados setores da vida social”³²⁵. Entrementes, em situações ainda mais excepcionais, este limite, como os demais, pode e deve ser flexibilizado, desde que a *fundamentação seja exaustiva e controlável*.

3.1.7. – LIMITE DA PREJUDICIALIDADE

Por fim, assim como o limite da moralidade inibe que provas que atentem contra os interesses e valores do corpo social, é preciso que a *moralidade esteja na própria conduta*

³²⁵ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. Op. cit. p. 82.

daquele que será beneficiado com a prova ilícita.

Em complemento ao limite circunstancial, pelo qual se valida provas ilícitas justamente por terem sido produzidas por aquele que teve seu direito violado, é preciso ter em mente que, muitas vezes, a produtor da prova tida como ilícita não tem qualquer interesse direto naquela demanda, tendo produzido a prova de forma não dirigida ou, mesmo, involuntária.

Neste caso, seria justo que aquele que se beneficiaria daquela prova tida por ilícita, não tendo concorrido para ilicitude, seja prejudicado ou desprestigiado em nome da segurança jurídica do violador de seu direito? Na análise da admissibilidade da prova, dessa forma, o juiz deve analisar, ainda, as seguintes perguntas: Quem produziu a prova ilícita? A quem beneficia ou quem será prejudicado com o seu de desentranhamento? Este concorreu para a ilicitude daquela prova?

Dependendo da resposta que se dê a estas questões, o resultado (admissibilidade ou não) deve ser em determinado sentido ou noutro.

Para que permaneça nos autos e continue beneficiando uma das partes, não basta que tenha sido produzida a prova ilícita por um terceiro, precisando, além disso, aferir qual o nível de interesse (não só jurídico) deste terceiro em beneficiar a parte a favor de quem foi produzida a prova (o que poderia contaminar a prova) como também o interesse em desfavor a favor de quem a prova serviria.

Numa hipótese até mesmo mirabolante, mas possível, com o objetivo de “queimar” um meio de prova a favor de seu adversário ou inimigo pessoal, poderia um terceiro produzir a prova ilícita a favor de seu desafeto unicamente para que seja anulada e o prejudicar. Este é o caso do “investigador desleal” descrito por LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, hipótese esta que deve ser atentamente observada, pois, do contrário, em relação à seara criminal, poderia incentivar o investigador inimigo do investigado a, propositalmente, viciar a

prova favorável à defesa³²⁶.

Sobre este limite, atenta-se JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, que diz:

“E, com a rejeição de uma prova obtida irregularmente, poderá o julgador ficar sem elementos suficientes para proferir uma decisão justa. Tal decisão injusta, além de negar o fim da atividade jurisdicional, certamente produzirá seus efeitos sobre a esfera jurídica de pessoas que nada tiveram com a ilicitude cometida quando da obtenção da prova.”³²⁷

No idêntico caminho, AMINI HADDAD CAMPOS afirma que “Tal decisão injusta, além de negar o fim da atividade jurisdicional, certamente produzirá seus efeitos sobre a esfera jurídica de pessoas que nada tiveram com a ilicitude cometida”³²⁸.

3.2. – MODO E OPORTUNIDADE DE AFERIÇÃO DOS LIMITES À ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E A PRECLUSÃO

A princípio, antes de analisar o modo e a oportunidade de aferição dos limites à admissibilidade das provas ilícitas, há que se responder as seguintes perguntas: se o momento e/ou a forma para a análise de viabilidade das provas ilícitas no processo não forem seguidas, acarretar-se-á a preclusão da questão ou mesmo a nulidade daquela prova?

A bem da verdade, a resposta não se direciona em nenhum desses dois sentido (preclusão ou nulidade da prova), isso porque a preclusão tem vários escopos, como aponta LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, dentre os quais está a função *impulsionadora* de não retornar a fases e atos já praticados³²⁹ e a função de *impedir a*

³²⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p. 82.

³²⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit. p. 151.

³²⁸ CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 175.

³²⁹ É interesse discorrer sobre o “processo”, pois, como adverte BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. *Direito probatório, preclusão & efetividade processual*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 21: “É da origem etimológica do termo processo (pro + cedo = proceder) ser este um rito voltado para frente, daí porque a relevância do instituto da preclusão processual enquanto mecanismo de ordenação processual destinado a impedir a eternização do processo provocada pelo retorno a momentos ou fases que no rito procedimental já tenham sido superados.”

má-fé processual, fazendo com que as partes não surpreendam uma às outras justapondo argumentos, fatos e pedidos anteriormente não formulados³³⁰.

Dessa forma, se aquela prova ilícita não foi obtida com boa-fé, não se adequando aos limites à admissibilidade acima apontados, que demonstram, dentre outras coisas, relevância e necessidade de se utilizar aquelas provas como medida de justiça, é impossível a preclusão daquele ponto, não podendo condutas e provas ilegais, ou mesmo inconstitucionais, serem convalidadas com simples decurso do tempo, pelo instituto da preclusão³³¹, isso porque “O ponto chave está em que essas provas estão contaminadas pelo vício da inconstitucionalidade”³³², como aponta RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA.

No mesmo caminho, assim como não podem ser convalidadas, o *status* de inadmissíveis ou admissíveis não se altera durante o processo, de modo que é irrelevante se perquirir se a prova é *inválida, ineficaz, inexistente, “não-prova”* ou sobre a *nulidade* ou *anulabilidade* delas. Aliás, como defende LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, pela confusão existente entre os termos, a solução talvez esteja com FRANCESCO CARNELUTTI, o qual as compreende como expressões sinônimas³³³.

Assim sendo, mesmo sendo as provas ilícitas colhidas e anexadas junto à petição inicial e não tendo o requerido, devidamente citado, apresentado resposta (ou seja: revel), nem por isso haverá convalidação daquele meio de prova vedado, pois os *efeitos da revelia não alcança a própria legalidade do meio de prova*. Porém, sendo disponível o interesse aventado em juízo em não existindo qualquer prova que possa diluir o convencimento do magistrado a

³³⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 6. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 2. p. 627.

³³¹ No mesmo sentido, SILVA, César Dario Mariano da. Op. cit. p. 15, afirma que “É pacífico que a violação de qualquer norma constitucional leva à nulidade absoluta do ato. Sendo a prova nula, não poderá produzir nenhum efeito, podendo, inclusive, em determinados casos, nos quais a nulidade é gritante, ser o ato considerado inexistente pelo fato de sequer serem considerados atos processuais”.

³³² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Op. cit. p. 64.

³³³ Cf. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p. 106.

favor da presunção relativa advinda da revelia, deve, sim, o juízo decidir a favor do peticionante, mesmo que após excluir a prova ilicitamente obtida, pois o que se reputa, com a revelia, *é a veracidade dos fatos, e não a licitude das provas constantes nos autos*. Se assim é, qualquer dúvida não pode existir quando essa prova for juntada após a inicial e a contestação.

Se por um lado é certo que as provas ilícitas não são, em regra, convalidáveis pelo decurso de tempo, por outro também é correto que o magistrado deve dirigir o processo de forma mais racional e célere possível.

Nesse diapasão, em nome da máxima efetividade possível do aparato jurisdicional, acreditamos que a melhor saída a se seguir é o magistrado instrutor ou presidente do processo (o relator, se ocorrer no tribunal), tomando contato com a prova *possivelmente* ilícita, ao invés de simplesmente recepciona-la ou, então, admiti-la, deve, *ex officio*, utilizando da interpretação teleológica e analógica do Código de Processo Civil, instaurar incidente em autos apartados, como se fosse uma arguição de falsidade documental, disciplinada nos artigos 390 a 395 do CPC, *mutatis mutandis*.

Assim, deve ser intimada, primeiramente, a parte contra quem aquele documento foi produzido para que, em 10 (dez) dias, aduza o que entender de direito. Em seguida, independentemente de a parte contra a qual foi produzida a prova ter ou não permanecido inerte, intima-se a parte favorecida com aquela prova para simplesmente retirá-la do processo, se a parte contrária (contra a qual foi produzida a prova) não se opuser ao desentranhamento³³⁴, ou para defender a licitude daquele meio de prova, ocasião esta que ensejará a prolação de decisão interlocutória sobre a constitucionalidade e legalidade ou não daquele documento.

³³⁴ Isso, é claro, se houver dúvida ou mesmo grande possibilidade de ser lícita a prova questionada. Se o magistrado entender, de antemão, que é ilícita ou provavelmente ilícita, não deve admitir o simples desentranhamento da prova, mas sim as atitudes mais abaixo (tópico “4.3. – Consequências da inadmissibilidade das provas ilícitas”) expostas.

Frise-se, mais uma vez, que o magistrado pode, sim, mandar desentranhar aquelas provas dos autos mesmo que a parte que seria prejudicada com aquela prova nada aduza ou mesmo questione sobre ela.

Ressalta-se que este incidente de “ilegalidade” ou “inconstitucionalidade” probatória não deve ter o condão de suspender a instrução processual e os seus demais atos, a não ser o ato jurisdicional por excelência, qual seja, a sentença. Tem-se, assim, a chamada suspensão “imprópria”.

Além de conferir maior *racionalidade e eficiência* na condução e na análise da prova questionada, três outros motivos militam a favor dessa solução: **1)** como se vê na literatura especializada, no mais das vezes as provas ilícitas são aquelas decorrentes da violação da intimidade ou vida privada de outras pessoas, quebrando-se segredos até mesmo de pessoas não envolvidas naquela demanda, de forma que, processando-se em apartado, é possível conferir sigilo a tais informações “ilícitas”, quando for o caso; **2)** o contraditório cinge-se, naquela ocasião, a um só ponto, proporcionando um melhor debate sobre a licitude daquelas provas; **3)** e, por fim, há maior economicidade, inclusive, em relação ao trabalho dos serventuários da justiça, pois, do contrário, caso não sejam admitidas aqueles meios de prova no processo, seria necessário não só extraí-los, como também proceder a nova numeração das páginas e, até mesmo, nova autuação.

3.3. – CONSEQUÊNCIAS DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Se o processo incidente se finalizar com decisão do magistrado no sentido de que as provas coligidas aos autos são inadmissíveis, várias são as consequências deste ato, desde que transite em julgado.

Em primeiro lugar, ao julgar ilícita a prova, o juízo cível deve *remetê-la a algum juízo criminal* para as providências que entender de direito. Não podemos esquecer, entretanto, que, por mais que já tenha sido considerada “ilícita”, o juízo criminal poderá entender de modo diverso, até porque, como reza o art. 92 do CPP, apenas decisões sobre o *estado civil de pessoas* decididas no juízo cível passam em julgado no criminal. *A contrario sensu*, qualquer outra alegação poderá ser feita e provada no debate de questões penais, inclusive julgando-se contrariamente ao que já foi julgado na seara civil. Sobre este ponto e controvérsia que dedicamos o tópico 3.4. *infra*.

Além disso, a depender da participação do advogado do demandante na produção da prova “ilícita”, ou mesmo a mera instigação ou induzimento a sua produção, deve o magistrado *remeter à seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) uma cópia dos autos, para que esta apure a responsabilidade do advogado*, de forma administrativa, visto que as instâncias, no Brasil, são independentes.

Outro ponto interessante é a questão do procedimento de inutilização da prova ilícita instituído no Código de Processo Penal com a reforma operada pela Lei nº 11.690/2008, a qual alterou os artigos 155 e seguintes deste *códex*, prevendo no art. 157, §3º, que “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”, disposição esta que, a nosso visto, não se aplica no caso aqui estudado, pois a competência de dizer que a prova “X” ou “Y” é ilícita é do juízo criminal que, como já dito, não se vincula ao cível.

Do contrário, surgiriam situações possivelmente esdrúxulas, como: **1)** extinta ou inutilizada a prova ilícita em momento inoportuno, não mais poderia ser remetida ao juízo criminal, terminando por excluir a materialidade de possível crime ainda não punido; **2)** mesmo que tenha sido remetida cópia ao juízo criminal, complicaria a aferição e análise sobre a legalidade daquela prova no juízo criminal, atrapalhando o contraditório que ainda irá se

desenrolar, prejudicando a pretensão daquele que a produziu; **3)** se declarada a legalidade daquela prova, prejudicaria aquele que a produziu no intuito de utilizá-la, posteriormente, no juízo cível, assunto que será tratado no tópico seguinte (3.4.), como já dito. Assim, não é útil tampouco conveniente inutilizar a prova excluída (inadmitida) por ilicitude no processo civil, pois, mesmo no criminal, “somente poderá ser destruída após a elaboração do laudo pericial e quando não mais interessar ao processo que apura o crime decorrente de sua obtenção”³³⁵.

Atitude seguinte do magistrado deve ser o *desentranhamento* daquela prova (se assim não o fez nos procedimentos acima, os quais podem ter sido levados a cabo por meio de cópia *integral e autenticada* daquela prova ilícita, por exemplo), pois a permanência daquelas provas nos autos contamina o convencimento de todo aquele que até mesmo simplesmente despachou nele, por motivo de segurança e para que reste intacta a norma constitucional de vedação de provas ilícitas. Ou seja: desentranham-se as provas tidas por ilícitas para remetê-las ao juízo penal ou para inutiliza-las (se foi remetida cópia íntegra e autêntica ao juízo criminal), mas jamais “entregando-as a quem as produziu”³³⁶, como sugeriu, a nosso viso erroneamente, NELSON NERY JÚNIOR.

Para NÍVIA APARECIDA DE SOUZA AZENHA, a partir da admissão, produção e valoração daquela prova, inclusive “sendo objeto de fundamentação da sentença, em grau de recurso, o Tribunal deverá desconsiderá-la, determinando o seu desentranhamento, e julgando a causa como se ela não existisse”³³⁷, enquanto que, neste ponto, RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA aduz que “o juiz não deverá nem tomar conhecimento da existência destas provas para evitar influência no julgamento final”³³⁸, devendo, por isso, serem desentranhadas dos autos, pois não podem influir sequer no critério subjetivo do órgão

³³⁵ SILVA, César Dario Mariano da. Op. cit. p. 16.

³³⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 203.

³³⁷ AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. Op. cit. p. 175.

³³⁸ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Op. cit. p. 44.

jugador. Ao que nos parece, estas posições são *impossíveis* ou *ilógicas*, afinal, quem, se não o próprio juiz da causa ou a câmara ou turma respectiva, irá analisar a admissibilidade daquela prova ou não (portanto, ter tomado contato com a prova antes que tenha sido desentranhada)?

Por último, resta-se, ainda, uma última diligência por parte do magistrado que tomou contato e julgou inadmissível a prova produzida por uma das partes, qual seja, repassar o processo ao seu substituto legal.

Atente-se, aqui, que o §4º do art. 157 do Código de Processo Penal tinha a redação, no projeto da mencionada Lei nº 11.690/2008, de que “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”, a qual recebeu veto presidencial pelas seguintes razões:

“O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.”³³⁹

Em que pesem os motivos louváveis levantados a favor do veto, quais sejam, a celeridade e simplicidade processual, acreditamos não subsistir razão à posição adotada, senão em partes. Parcialmente assiste razão porque não é crível nem justificável que, em nosso sistema no qual vige o princípio da “imediatez” do magistrado com a produção das provas, o juiz seja afastado quando se juntar aos autos, mesmo que não seja de má-fé, provas ilícitas quando sejam a favor de presunções legais, existam fatos elementos probatórios no mesmo sentido, ocorra a inversão do ônus da prova, impertinentes ou irrelevantes ao desiderato processual, visto ser despicienda o primor técnico em favor da imparcialidade do

³³⁹ Mensagem nº 350, de 9 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm>. Acesso em 30. out. 2011.

juízo.

Já no caso de violação de direitos do julgador (como a parte que intercepta gravações telefônicas do magistrado de sua causa com o fim de demonstrar sua suspeição), pois, neste caso, diferentemente das outras hipóteses, possivelmente agirá em detrimento da parte que a produziu.

Nesse contexto, quando for “diagnosticada” e comprovada a má-fé da parte que a juntou, sendo o intuito único o de *obstruir o andamento processual* ou *afastar o juiz que o presidente*, de maneira *chicaneira*, deve-se não somente afastar as provas ilícitas propostas e não admissíveis, como também não deve se declarar suspeito para julgar a causa, mas sim, numa interpretação analógica do art. 129 do CPC, obstar o fim proibido objetivado pela parte, aplicando-lhe, inclusive, multa por litigância de má-fé (art. 16 *et seq.*, CPC).

Assim, o veto ao impedimento, que seria criado pela Lei nº 11.690/2008, do juiz que conhecesse do conteúdo da prova declarada inadmissível de julgar a causa deve ser aplaudido, pois da vedação legal adviria situações injustas e albergaria atos de chicana processual, mas pelos motivos expendidos na razão do veto o mesmo não se aplica em relação à suspeição, numa interpretação aberta (pois não ligada às partes, como prediz o art. 135 do CPC), porquanto não é razoável garantir constitucionalmente a inadmissibilidade das provas ilícitas e, ao mesmo tempo, permitir que o magistrado que teve contato com tais meios de prova possa decidir a causa, pois, evitando tautologias, por ser o direito e sua interpretação maleáveis, poderiam os juízes guiar-se somente pelo senso de justiça com o objetivo de privilegiar a verdade, mesmo que em detrimento das demais circunstâncias e normas procedimentais fixadas em lei.

Esta diligência é imprescindível³⁴⁰, de forma que, se levada a cabo, cairá por terra questionamentos válidos, como o de AMINI HADDAD CAMPOS, no sentido de que, se as provas ilícitas já se encontrarem nos autos, “deverá [o magistrado] ignorá-las e decidir de forma diametralmente oposta àquela decorrente de sua convicção, ou daquele conteúdo probatório?”³⁴¹. Isso tudo, é claro, porque as provas ilícitas (como as interceptações telefônicas) “inevitavelmente deixam resíduo na convicção do julgador”, “ainda que eventualmente desentranhadas dos autos”³⁴², conforme ensina YUSSEF SAID CAHALI *apud* CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA.

3.4. – A ADMISSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA PROVA ILÍCITA – A AÇÃO RESCISÓRIA PRÓ PROVA “ILÍCITA” LÍCITA

Como já antevisto no tópico acima, após o juízo cível entender “ilícitas” as provas coligidas no processo e de remetê-las ao juízo criminal, este pode muito bem considerar lícitas e admissíveis tais provas, não constituindo qualquer óbice de sua utilização em juízo, por não ter sequer se consumado qualquer delito.

Nesse caso, tendo sido “expurgada” a ilicitude da prova declarada no juízo cível, entendemos como plenamente utilizável, pela parte que pretendia fazer uso delas, a prova

³⁴⁰ Por isso repelimos o posicionamento de MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Op. cit. p. 55-56, a qual simplesmente assevera que as provas ilícitas “deverão ser desentranhadas dos autos e consideradas como inexistentes, impedindo com isto que o órgão julgador as leve em consideração no exercício do seu livre convencimento, se aplicado na íntegra o dispositivo constitucional”. Assumir esta posição é assumir uma *ingenuidade* com relação àquele que já formou seu convencimento; querer que o juiz julgue contra seu próprio convencimento; ou negar a própria sistemática e teoria geral da prova, no sentido de que a prova não se destina apenas para justificar a decisão/sentença, mas também (e principalmente) para *convencer* o magistrado, o que, por ser subjetivo, não é recuperado com simples desentranhamento das provas que o julgador já tomou contato e já formou sua opinião a respeito.

³⁴¹ CAMPOS, Amini Haddad. Op. cit. p. 173.

³⁴² SILVA, César Dario Mariano da. Op. cit. p. 83.

“ilícita” lícita, se foi vencido na demanda inicial, pleiteando, via ação rescisória (art. 485 *et seq.*, CPC), a revisão do julgado.

Das hipóteses legais, a sentença de mérito em processo em que excluiu prova que posteriormente veio a ser entendida como lícita pode ser rescindida quando ficar provado que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz ou nos demais casos, desde que, por si só, lhe assegure pronunciamento favorável. Ou seja: se múltiplos forem os fundamentos adotados pelo magistrado, ou quando tenha sido somente um, mas não tenha a prova lícita erroneamente rejeitada o condão de alterar sensivelmente a situação probatória processual, a ação rescisória deve ser rejeitada ou, então, ser julgada improcedente.

Sublinha-se, entretanto, que por mais que se enquadre numa das hipóteses ensejadoras da ação rescisória, esta somente poderá ser manejada dentro do prazo decadencial previsto no art. 495 do CPC, qual seja, 02 (dois) anos, a contar do trânsito em julgado da sentença.

3.5. – AÇÃO RESCISÓRIA DA SENTENÇA FUNDADA EM PROVA ILÍCITA

Em complemento do que já foi dito acima sobre a possibilidade de rescindir sentença de processo no qual o magistrado determinou a exclusão da prova que, no juízo criminal, foi considerada lícita, é possível vislumbrar, também, a rescisória quando o juízo entendê-la admissível e julgar a lide com base nela.

Sendo o argumento principal ou o único para a sustentabilidade da decisão (sentença ou acórdão) fundar-se em prova “lícita” ilícita, deve ser aceita a sua rescisão, com base na violação de literal disposição legal ou constitucional; sendo apenas ponto secundário ou um dentre inúmeros outros fundamentos, deve ser mantida a decisão jurisdicional anterior, atentando-se, sempre, em qualquer hipótese, para o prazo decadencial já referido para o

manejo da ação rescisória.

Não chegamos, portanto, ao ponto de afirmar, como fez CÉSAR DARIO MARIANO DA SILVA, que defende que “se foi prolatada uma sentença que se utilizou de prova inadmissível em sua motivação, essa sentença seria nula”³⁴³, não necessitando sequer de ação rescisória nem se sujeitar ao prazo decadencial, pois a prova ilícita sequer seria prova, mas sim uma “não prova”. De tal sorte, a sentença não seria nula, mas inexistente”. Apesar de até mesmo ser defensável juridicamente a tese, a aplicação prática seria desastrosa à segurança jurídica³⁴⁴, valor este consagrado pelo constituinte mais de uma vez, inclusive ao consagrar a coisa julgada como direito fundamental³⁴⁵.

3.5. – ASSUNTOS CORRELATOS: TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA E AS PROVAS EMPRESTADAS

Além do tema sobre a admissibilidade das provas ilícitas no processo civil, vários outros o circundam e o envolvem, de tal maneira que não é possível deixar de citá-los e indicar a existência deles.

Apesar disso, não teceremos maiores comentários acerca da chamada teoria dos frutos da árvore envenenada e sobre as provas emprestadas, pois estes temas, assim como a admissibilidade das provas ilícitas aqui tratadas, merecem estudos aprofundados e individualizados, não sendo aqui abordados porque, do contrário, estariam por demais superficiais.

Entretanto, o raciocínio aqui construído (da necessidade de criar limites que devem ser

³⁴³ SILVA, César Dario Mariano Da. Op. cit. p. 15.

³⁴⁴ Faz-se exceção, é claro, para casos incontestáveis e inequívocos, pois, nestes casos, não há o potencial de ferir a segurança jurídica, porquanto não é facilmente repetível tal ocasião.

³⁴⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que dispõe em seu 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

analisados e debatidos sobre cada grande questão) pode e deve ser utilizado, como o faz, aliás, NÍVIA APARECIDA DE SOUZA AZENHA³⁴⁶, estabelecendo, às “provas ilícitas por derivação” condicionamentos, como “temporal” (não abarcam as provas anteriores a produção da prova ilícita), “fonte independente” (a prova ilícita foi irrelevante para o descobrimento da outra); “descoberta inevitável” (ainda que não fosse produzida a prova ilícita, certamente a prova posterior seria captada e produzida), “descontaminação” (contra quem se produziu a prova ilícita corrobora, posteriormente, seu teor) e “boa-fé” (ocasiões em que agentes públicos, por exemplo, acreditavam piamente que o procedimento observava as disposições legais).

Sobre a ilicitude por derivação e a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), desenvolvida e consagrada na Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, em poucas palavras, são as provas regularmente obtidas, mas derivadas (somente foi obtida por meio de informação captada por outro meio de prova) de uma prova que se obteve por meio ilícito.

Por sua vez, em relação às provas emprestadas, de forma mais atenta que à admissão das provas ilícitas (que, em geral, pregam a aplicação pura e simples do “princípio da proporcionalidade”, sem maiores critérios objetivos), criaram-se também alguns parâmetros a serem seguidos, como que a prova a ser emprestada tenha sido debatida (contraditório realizado) no processo de origem; verse sobre fato comum às causas, além de controvertido e pertinente a ambos; ausência de possibilidade de ser repetida ou ausência de impugnação e requerimento de similar prova em juízo pela parte “prejudicada” pela prova empresada; feita no juiz natural criminal; etc.

É o suficiente que temos a falar sobre estes pontos sem nos aprofundarmos e entrarmos em tema ao qual não nos propomos a debater.

³⁴⁶ AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. Op. cit. p. 151-153.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, esperamos que fique a lição de que, embora o Direito seja inerentemente *subjetivo*, esse não é o seu mal, mas sim uma característica que lhe é intrínseca e que pode ser minorada com base na imposição, dentre outros meios, de *ônus argumentativo* aos seus intérpretes.

De nada adianta, a não ser uma imagem pejorativa do que seja mesmo o Direito, fincar-se em posições com base nos argumentos de autoridade – seja doutrinária, seja jurisprudencial – ou de temporalidade (ou seja: “sempre foi assim”). Chegou a vez da *autoridade do argumento* (e, por isso, o art. 93, IX, CRFB/1988 é imprescindível para essa posição) *se sobrepor aos argumentos de diversas espécies*.

Nesse sentido, esboçamos pontos que entendemos ser *essenciais* tanto aos magistrados, no momento de decidir, quanto às partes, no momento de postular, para se analisar a viabilidade ou não da *admissibilidade* das provas *possivelmente* ilícitas, mormente no processo civil, prestigiando não só a *equidade* e/ou o senso de *justiça*, mas também a *racionalidade* das decisões judiciais e do sistema normativo, dando-lhe a *previsibilidade* necessária às relações jurídicas.

Assim sendo, aguardamos que esta monografia, que ótimos frutos e aprendizado nos rendeu, tenha alguma utilidade para a área de pesquisa desta Faculdade, mesmo que não advenha diretamente dela, pois, como inteligentemente expõe ARISTÓTELES, “em certas ocasiões é mais nobre sermos a causa da ação de um amigo do que agirmos nós mesmos”,³⁴⁷ ou, como disse LUIZ VERGILIO DALLA-ROSA, “a simplicidade ou grandiosidade do acerto de uma pesquisa está mais no que ela não consegue dizer, mas sim antever, do que nos

³⁴⁷ ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. 5. ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 205.

resultados imediatamente acessíveis e verificáveis”, estando sua imponência “justamente naquilo que ele não disse nem pensou, mas que somente poderá ser pensado em decorrência do seu pensamento”³⁴⁸.

Por causa desse labor centrado, inicialmente, sobre a hermenêutica e, a partir dela, na fixação de *limites intersubjetivos* ou mais *objetivos* (mas nunca deixando de ser subjetivos, porquanto a própria escolha deles é um ato *pessoal*) à apreciação da admissibilidade ou não das provas ilícitas, desejamos que, daqui em diante, possam surgir *estímulos* para que mergulhem, ainda mais, no tema, até porque, como ressalta DESCARTES, “começando os últimos onde os precedentes haviam terminado, e juntando assim as vidas e os trabalhos de muitos”, somos capazes de chegarmos “bem mais longe do que cada um em particular poderia ir”³⁴⁹.

Assim, aspiramos que, a partir de então, continuem desenvolvendo o tema a partir do que expusemos, acrescentando novas leituras, de molde que, de alguma forma, possamos participar do aprimoramento de nossa ciência jurídica de maneira *honest*a e *despretensiosa*.

³⁴⁸ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *O direito como garantia: pressupostos de uma teoria constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. 153.

³⁴⁹ DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 103.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. 5. ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição á aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. ver. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. **Prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/aosmoccos.htm>>. Acesso em: 15 out. 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 10 out. 2011.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 out. 2011.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 out. 2011.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm >>. Acesso em: 10 out. 2011.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 out. 2011.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 out. 2011.

BÜTTENBENDER, Carlos Francisco. **Direito probatório, preclusão & efetividade processual.** Curitiba: Juruá, 2008.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1.

CAMPOS, Amini Haddad. **O devido processo proporcional: o princípio da proporcionalidade constitucional na teoria processual: as concepções do direito brasileiro.** São Paulo: LEJUS, 2001.

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania.** Cuiabá: EdUFMT, 2002.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos do direito processual civil.** Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia: pressupostos de uma teoria constitucional.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **A prova no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2006.

DESCARTES, René. **Discurso do método.** Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.); e MAZZEI, Rodrigo (coord.). **Reflexos do novo código civil no direito processual.** 2. ed. rev. ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FUX, Luiz. **Nós, os juízes**. Folha de São Paulo, São Paulo, 03 mar. 2011. Disponível em: <<http://paginadoenock.com.br/home/post/8223>>. Acesso em: 14 out. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini ; GOMES FILHO, Antônio Magalhães ; FERNANDES, Antônio Scarance . **Recursos no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 18. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.

HASNAS, John. **O mito do império da lei**. Disponível em: <<http://www.libertyzine.com/2007/05/o-mito-do-imprio-da-lei-john-hasnas.html>>. Acesso em: 2. nov. 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução de Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. 7. ed. rev. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. 2. ed. Tradução de Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2005.

LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. 2. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

MACHADO, Angela Cristina Cangiano; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER,

Paulo Henrique Aranda. **Processo penal**. 9. ed. ver. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça**: um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas**: limites à licitude probatória. 2. ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. 2. ed. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PINHEIRO, Fernanda Leticia Soares. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2009.

SABBI, Alcides Pedro. **In justiça**. São Paulo: Ícone Editora, 1987.

SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil**. 3. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão

parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direito fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THEODORO, Marcelo Antônio. **A constituição como um sistema de princípios e regras**.

Net, Cuiabá, dez. 2008. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/59077963/A-CONSTITUICAO-COMO-UM-SISTEMA-DE-PRINCIPIOS-E-REGRAS>>. Acesso em. 2. nov. 2011.

VIDIGAL, Erick José Travassos. **Protagonismo político dos juízes**: risco ou oportunidade?

Prefácio à magistratura da pós modernidade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.