



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



RONNIE FRANK TORRES STONE

PROVA ILÍCITA: FLEXIBILIZAÇÃO DE SUA INADMISSIBILIDADE

Recife

2006

RONNIE FRANK TORRES STONE

PROVA ILÍCITA: FLEXIBILIZAÇÃO DE SUA INADMISSIBILIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Direito Público. Linha de Pesquisa: Neoconstitucionalismo: Direitos Fundamentais. Justiça e Processos Constitucionais.

Orientador: Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato.

Recife

2006

Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

S877p Stone, Ronnie Frank Torres.
Prova ilícita: flexibilização de sua inadmissibilidade / Ronnie Frank
Torres Stone. – Recife, 2006.
156 f.: il.

Orientador: Prof. Dr. João Mauricio Leitão Adeodato.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco.
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito,
2006.

Inclui referências.

1. Direito Constitucional - Brasil. 2. Direito Processual Penal. 3.
Prova Ilícita. 4. Proporcionalidade. 5. Verdade. I. Adeodato, João
Maurício Leitão (Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2021-22)

RONNIE FRANK TORRES STONE

PROVA ILÍCITA: FLEXIBILIZAÇÃO DE SUA INADMISSIBILIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do grau de Mestre. Área de concentração: Direito Público Linha de Pesquisa: Neoconstitucionalismo: Direitos Fundamentais. Justiça e Processos Constitucionais.

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. George Browne Rêgo (Presidente/UFPE)

Julgamento _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira (1º Examinador / UFAM).

Julgamento _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva (2º Examinador/UFPE)

Julgamento _____ Assinatura: _____

MENÇÃO GERAL: Aprovado em 31/05/2006

Coordenador do Curso: Prof. Dr. Artur Stamford da Silva.

Aos meus avós Celestino e Alice pelas boas lembranças de minha infância;

Aos meus pais Alberto e Eunice, responsáveis pela formação de meu caráter;

A Lilian, minha eterna namorada, a quem devo a conclusão desta dissertação.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Raymundo Juliano Rego Feitosa que, ao acreditar na democratização do conhecimento, lutou pela realização deste Curso de Mestrado.

Ao Professor João Maurício Adeodato pela paciência e dedicação dispensadas como orientador desta dissertação.

A Nicinha Serique que nunca me permitiu esquecer dos prazos para entrega dos trabalhos.

Agradeço aos meus professores e colegas por me ajudarem a desenvolver este trabalho.

A Arte, enquanto Direito, serve para organizar o mundo. O Direito, enquanto Arte, estende uma ponte desde o passado até o futuro. O pintor, ao escrutar o rosto da minha mãe para pintar o retrato que, mais do que outra obra qualquer, mostrou-me o segredo da Arte, não fazia mais do que adivinhar. E o juiz, ao escrutar no rosto do acusado a verdade de sua vida para saber o que a sociedade deve fazer dele, também não faz mais do que adivinhar. A dificuldade e a nobreza, o tormento e o consolo do Direito, como os da Arte, não podem se representar melhor do que essa palavra. Adivinhar indica a necessidade e a impossibilidade do homem de ver aquilo que somente Deus vê.

(CARNELUTTI, 2001. p. 12-13).

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo questionar a vedação constitucional à admissibilidade da prova ilícita no âmbito processual. E para isso, discorre-se sobre as principais correntes filosóficas que abordam a verdade, demonstrando que apesar da indefinição conceitual, a verdade se mostra imprescindível para a justeza das decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário. Adentra-se no intrincado campo da prova judicial e sua relação com a verdade e a justiça, pesquisando o conteúdo das decisões judiciais, onde esses conceitos são manipulados, refutando-se a tradicional distinção entre verdade formal e verdade real, no âmbito processual. As técnicas de interpretação do texto constitucional também são examinadas, uma vez que a vedação à utilização processual da prova ilícita está prevista de forma expressa na Constituição da República Federativa, o que nos obriga a uma leitura interpretativa que harmonize os valores em conflito. Nesse sentido, conclui-se que o princípio da proporcionalidade, desenvolvido na Alemanha, possa vir a desempenhar o papel orientador na resolução de lides que dependam de avaliação axiológica visando a admissão ou não da prova ilícita no processo. A prova ilícita é tratada no plano doutrinário e jurisprudencial. Debruça-se sobre o tratamento dado pelas doutrinas alemãs e norte-americanas à prova coletada ilicitamente. Demonstra-se que a rejeição naqueles países está fundada em razões substancialmente diferentes, abrindo-se, de qualquer forma, hipóteses para a admissão da prova dita ilícita. A doutrina nacional majoritária posiciona-se firmemente pela negação à utilização da prova coletada ilicitamente, ficando evidenciado a incoerência daqueles que, integrantes dessa corrente, admitem a sua utilização em favor de acusado em processo criminal. Afirmar ser inútil e vazia qualquer discussão sobre a terminologia dada à prova ilicitamente coletada, se prova ilícita, prova ilegal ou prova proibida etc., porque a nível de fundamentação das decisões judiciais somente se pode falar em prova se houver a possibilidade de ser aferida judicialmente. A negação absoluta da prova, ainda que coletada ilicitamente, dependendo dos valores em litígio pode resultar em violência estatal legitimada pela presunção superada de existência de norma de conteúdo absoluto diante dos princípios por nós cultivados. A monografia finaliza com a análise da prova ilícita e a possibilidade de sua admissão em situações excepcionais aferidas com o manejo do critério da proporcionalidade. A verdade é reafirmada como um valor necessário para se assegurar a justiça. Assim, embora o processo não deva ser visto como instrumento de busca da verdade, deverá o juiz, dentro das possibilidades, persegui-la para que com base nela possa deslindar os conflitos onde o consenso entre as partes não foi possível. Sem a presença verdade, a justiça será sempre um ponto de interrogação. Por fim, propõe hipóteses de exceção à norma constitucional que veda a utilização da prova coletada ilicitamente, bem como sugere os procedimentos aplicáveis, seja no caso de admissão, seja no caso de rejeição à prova.

Palavras-chave: Prova ilícita. Proporcionalidade. Verdade.

RIASSUNTO

La presente dissertazione ha l'obiettivo di mettere in questione il vietamento costituzionale riguardo all'utilizzazione della prova illecita in ambito processuale. Discorre sulle principali correnti filosofiche che trattano della verità dimostrando che nonostante l'indefinitezza concettuale, la verità si fa imprescindibile per la giustezza delle decisioni proferite nell'ambito del Potere Giudiziario. Addentra il campo della prova giudiziale e il suo rapporto con la verità e la giustizia, ricercando il contenuto delle decisioni giudiziali, ove tali concetti sono manipolati. Rifiuta la tradizionale distinzione tra verità formale e verità reale, in ambito processuale. L'interpretazione della costituzione è oggetto di studio, una volta che il vietamento all'utilizzazione processuale della prova illecita si trova, nel caso del Brasile, prevista di forma espressa nella Costituzione Federale. Per questo motivo ci si ha il bisogno di avere strumenti di interpretazione capaci di manipolare valori conflittuali senza che il risultato interpretativo implichi in violazione costituzionale. In questo senso, si conclude che il principio della proporzionalità, sviluppatosi in Germania, possa venire a rappresentare il ruolo orientatore nella risoluzione di contese che dipendono dalla valutazione assiologica avendo come scopo l'ammissione della prova illecita nel processo, oppure no. La prova illecita è trattata sul piano dottrinario e giurisprudenziale. Discorre ancora sul trattamento dato dalle dottrine tedesche e statunitensi per la prova ottenuta. Si dimostra che la respinta nei suddetti paesi è fondata su ragioni sostanzialmente diverse, in ogni caso, lasciando spazi ad ipotesi per l'ammissione della prova detta illecita. La dottrina nazionale maggiormente sistemata si è firmemente dalla negazione all'utilizzazione della prova ottenuta illecitamente, rimane evidenziata dall'incoerenza da coloro che integrano questa corrente e che ammettono la sua utilizzazione in favore dell'imputato in processo criminale. Affermasi essere inutile e vuota qualsiasi discussione sulla terminologia data alla prova illecitamente ottenuta, se prova illecita, prova illegale o prova proibita, ecc, perché a livello di fondamentazione delle decisioni giudiziali si può parlare soltanto di prova se ci si ha la possibilità di essere asferrita giudizialmente. La negazione assoluta della prova, anche se ottenuta illecitamente, dipendendo dei valori in lite, può risultare in violenza statale legittimata dalla presunzione superata dall'esistenza di norma di contenuto assoluto innanzi ai principi da noi coltivati. Questo studio si conclude con l'analisi della prova illecita e la possibilità dell'ammissione in situazioni eccezionali asferrite con la manipolazione del criterio della proporzionalità. La verità è riaffermata come un valore necessario garantire la giustizia. In questo modo, ancorché il processo non debba essere visto come strumento di ricerca della verità, il giudice dovrà, d'accordo con le possibilità, inseguirle perché, basandosi in questa, possa svelare i conflitti ove il consenso tra le parti non sia stato possibile. Senza la presenza della verità, la giustizia sarà sempre messa in questionamento. Infine, si propone delle ipotesi di eccezione alla norma costituzionale che vieta l'utilizzazione della prova ottenuta illecitamente, benché suggerisce procedimenti applicabili, sia nel caso dell'ammissione, che nel caso di respinta alla prova.

Parole chiave: Prova illecita. Proporzionalità. Verità.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1	22
Quadro 2	38

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	A VERDADE	19
2.1	AS MÚLTIPLAS CONCEPÇÕES SOBRE VERDADE.....	19
2.2	VERDADE. VALOR ATEMPORAL OU CONVENIÊNCIA HUMANA?	23
2.3	TEORIAS SOBRE A VERDADE: DA ONTOLOGIA PARA A SEMÂNTICA... ..	26
2.3.1	Teoria da Correspondência: verdade como adequação do intelecto à realidade.....	27
2.3.2	Teoria da Coerência: a harmonia dos sistemas ou das crenças como elemento identificador da verdade.	30
2.3.3	Teoria Pragmática: a utilidade como elemento identificador da verdade.	32
2.3.4	Teorias deflacionárias: a semântica se apropriando da verdade.	34
2.4	A LÓGICA: A VERDADE DEPENDENTE DA JUSTIFICAÇÃO.....	36
2.5	A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE PERELMAN: O AUDITÓRIO UNIVERSAL COMO CRITÉRIO.....	38
2.6	A BUSCA DA VERDADE: O FILÓSOFO, O RELIGIOSO E O AMANTE.....	40
2.7	A VERDADE ONTOLOGICAMENTE POSSÍVEL E NECESSÁRIA EM PROL DA JUSTIÇA.....	42
3	A PROVA JUDICIAL.....	49
3.1	SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROVA JUDICIAL.....	49
3.2	DEFINIÇÃO DE PROVA JUDICIAL.....	52
3.3	NATUREZA DAS NORMAS SOBRE A PROVA JUDICIAL.....	55
3.4	OBJETO DA PROVA JUDICIAL.....	57
3.4.1	Provam-se fatos ou alegações?	57
3.4.2	Prova-se o direito?	59
3.5	FONTES E MEIOS DE PROVA.....	60
3.6	A NECESSIDADE DA PROVA JUDICIAL.	61
3.7	O DIREITO À PROVA JUDICIAL E A JUSTIÇA PROCESSUAL.	63
4	A PROVA E A VERDADE.....	67
4.1	A PRODUÇÃO PROBATÓRIA: O CAMINHAR DA IRRACIONALIDADE PARA RACIONALIDADE	67
4.2	A VERDADE NO PROCESSO COMO FATOR DE LEGITIMIDADE E CREDIBILIDADE DAS DECISÕES.	70
4.2.1	A verdade no processo penal como garantia de segurança contra o Estado.....	71
4.2.2	As mudanças no tratamento da verdade no processo civil: a natureza pública da relação jurídica processual.	73

4.3	VERDADE REAL (MATERIAL/SUBSTANCIAL) E FORMAL. IMPROPRIEDADE NO USO DAS EX-PRESSÕES.	75
4.4	A RELATIVIZAÇÃO DE DOGMAS: UMA NOVA CONCEPÇÃO DO DIREITO.....	79
4.4.1	Decisões criminais e verdade no Superior Tribunal de Justiça.	81
4.4.2	Decisões de natureza não-criminais e a verdade no Superior Tribunal de Justiça.....	84
4.4.3	Dogmas sucumbindo diante da verdade.	87
5	A PLURALIDADE ABRINDO CAMINHO PARA A PONDERAÇÃO DE VALORES NO TEXTO CONSTITUCIONAL.....	92
5.1	A NECESSIDADE DE UM NOVO MODELO DE INTERPRETAÇÃO: UMA EXIGÊNCIA DO PLURALISMO SOCIAL.	92
5.2	A DIFÍCIL EMANCIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: UMA HISTÓRICA SUBMISSÃO AO PODER EXECUTIVO.....	94
5.3	A INSUFICIÊNCIA DO MODELO CLÁSSICO DE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL.	97
5.4	NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: AS CARACTERÍSTICAS APONTADAS PELA DOUTRINA. TRATAMENTO DADO AOS CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.....	99
5.5	AS INOVAÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS NO PROCESSO INTERPRETATIVO DA CONSTITUIÇÃO.	103
5.6	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.	108
5.6.1	Definição e fundamentação.....	108
5.6.2	Deficiência qualitativa, subjetividade e tirania do Judiciário. Críticas ao princípio da proporcionalidade.	110
5.6.3	Caráter formal ou material do princípio da proporcionalidade.	112
5.6.4	Subprincípios do princípio da proporcionalidade.....	114
5.7	A PRODUÇÃO DA NORMA PELO JUIZ. LIBERDADES E LIMITAÇÕES.....	115
6	A PROVA OBTIDA ILICITAMENTE E A INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO AB-SOLUTO A IMPEDIR A SUA RELATIVIZAÇÃO	120
6.1	PROVA ILICITAMENTE OBTIDA. TERMINOLOGIA. CONCEITO.....	120
6.2	A CLASSIFICAÇÃO DOMINANTE NA DOUTRINA QUANTO ÀS PROVAS VEDADAS NO PROCESSO.....	123
6.3	A DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRAS NO TRATAMENTO DA PROVA ILÍCITA	124
6.3.1	A prova ilicitamente coletada no direito norte-americano. As regras de exclusão da prova concebidas para coibir o excesso do Poder Público.	125
6.3.1.1	Provas Ilícitas por derivação (<i>fruits of the poisonous tree doctrine</i>) Aplicabilidade e exceções	127
6.3.1.2	Exceções às regras de exclusão da prova ilicitamente coletada.....	130

6.3.2	A prova ilicitamente obtida no direito alemão: a ponderação de direitos como referência.....	132
6.4	A PROVA OBTIDA ILICITAMENTE NO BRASIL: AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDEN-CIAIS EXISTENTES. AS PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS EXISTENTES VISANDO A SUA REGULAMENTAÇÃO.	134
6.5	A PROIBIÇÃO DA ADMISSIBILIDADE PROCESSUAL À PROVA COLETADA ILICITAMENTE DE-CORRE DIRETAMENTE DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.	136
6.6	INEXISTEM FUNDAMENTOS ABSOLUTOS. A PONDERAÇÃO DE VALORES PODE ABRIR EXCEÇÕES PARA A ADMISSIBILIDADE DA PROVA PRODUZIDA ILICITAMENTE.....	139
7	CONCLUSÃO.	143
7.1	A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À PROVA ILICITAMENTE OBTIDA: UMA REGRA CONSTITUCIONAL INÚTIL.....	143
7.2	A INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS ABSOLUTOS OBRIGA A RELATIVIZAÇÃO DA REGRA QUE VEDA A ADMISSIBILIDADE DE PROVA ILICITAMENTE PRODUZIDA.....	144
7.3	A VERDADE COMO REFERÊNCIA ESSENCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DA JUSTIÇA E INTERESSE DO ESTADO E DAS PARTES NO PROCESSO	145
7.4	O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO FILTRANTE PARA O INGRESSO DA PROVA JUDICIAL PRODUZIDA ILICITAMENTE.....	146
7.5	PROCEDIMENTOS E CRITÉRIOS DE OBSERVAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA A ADMISSIBILIDADE DA PROVA OBTIDA ILICITAMENTE. PROPOSIÇÕES.....	147
	REFERÊNCIAS	149

1 INTRODUÇÃO

É possível uma norma de conteúdo absoluto? A verdade é simples expressão sem qualquer significado ou se constitui em um valor que se manifesta dentro da sociedade? É possível ao Estado negar de forma absoluta a inclusão de determinada prova no processo, sob a alegação de violação de norma fundamental ou simples ilegalidade?

Como se pode extrair do tema desta dissertação, pretende-se questionar a concepção de que a Constituição Federal - Art. 5.º (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; - afasta, de forma absoluta, o uso da prova ilícita na resolução das lides judiciais (BRASIL, 1988).

O tratamento dado à prova, obtida ilicitamente, não têm merecido a devida atenção da doutrina brasileira. Ainda assim, é possível encontrar linha doutrinária que sustenta a possibilidade de sua utilização para, por exemplo, garantir a defesa de acusado em processo criminal, sob o argumento de que a ilicitude estaria afastada por causas legais – a exemplo, a legítima defesa, como excludente de antijuricidade (Grinover; Fernandes; Gomes Filho, 1997, p. 135). Contudo, essa mesma corrente de doutrinadores não admite, por força da vedação constitucional, a prova ilícita em favor da acusação em processo criminal. Nos processos nos quais se debatem questões de natureza não-criminal, raras são as abordagens sobre possíveis exceções para a admissibilidade da prova ilícita.

A leitura do texto dado pelo legislador constituinte ao inciso LVI, do art. 5º da CF leva à compreensão de que a vedação ali estabelecida não comporta qualquer exceção, ainda que em aparente conflito com outras normas constitucionais, especialmente com o próprio caput do art. 5.º, da CF, que declarou a inviolabilidade de vários direitos, dentre eles, a liberdade.¹

Além das questões de ordem constitucional, a produção probatória e a prevalência da verdade nos pronunciamentos judiciais se evidenciam nos tribunais pátrios, cada vez mais empenhados para que suas decisões guardem maior

¹“CF. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de out. de 1988)

proximidade possível com a realidade sensível. O direito, como sabemos, é reflexo cultural e, por isso, está permeado de injunções da natureza humana, sendo uma delas a aversão à mentira. Daí porque, há uma preocupação evidente em se trazer para o processo civil a *verdade real* que, até os dias atuais, é considerada como essencial nos processos criminais.² Vê-se, portanto, na jurisprudência mais recente, que cada vez mais se relativiza, no processo civil, a verdade dita ficta, para que o magistrado, antes do acolhimento do pedido, coteje as provas existentes, mesmo que configurada a revelia da parte requerida e o direito em questão seja disponível. Tudo isso com o objetivo de garantir a harmonia do pronunciamento judicial com o contexto probatório. Afinal decisões que contradizem os fatos que tangenciam o litígio costuma comprometer a legitimidade e autoridade da decisão judicial. Essa inclinação jurisprudencial se reflete, por óbvio, no campo da admissibilidade da prova obtida de forma ilícita, caso ela tenha o potencial de definir o resultado da demanda.

O tema guarda importância porque decisões firmadas no processo — instrumento de distribuição da prestação jurisdicional — costumam repercutir sobre a liberdade, patrimônio, questões de estado etc. Não é preciso grande esforço para se imaginar a perplexidade do cidadão que tem sua pretensão rejeitada pelo Estado-Juiz em decorrência de irregularidade na coleta da prova processual. Critica-se o Poder Judiciário quando o acusado de crime de elevado potencial ofensivo sai impune em virtude de algum vício formal na produção da prova judiciária. Há, dessa forma, inevitável repercussão do tema no cotidiano e na prática forense, de modo que a acolhida ou não de determinada tese, linha doutrinária ou jurisprudencial, no que diz respeito ao tema, poderá ser fundamental na definição de uma lide.

Objetiva-se, neste trabalho, demonstrar que o sistema normativo brasileiro, em que pese a disposição do inciso LVI, do art. 5º, da CF, admite a relativização da vedação à prova ilícita, mediante a aplicação do critério ou princípio da proporcionalidade como instrumento capaz de identificar as situações em que essa relativização é possível. Que outras garantias constitucionais, tais como a liberdade, podem se sobrepor à vedação constitucional à admissibilidade da prova ilicitamente

²Embora a doutrina questione a concepção de verdade real, veremos ao longo desse trabalho que essa expressão costuma ser amplamente utilizada nos tribunais para justificar excepcionalidades de ordem processual, tais como a reabertura, de ofício, da instrução processual.

obtida. E, ainda, que demonstrar que a ideia de verdade está arraigada no senso comum como condição necessária para a realização da justiça. Nesse desiderato, a obra foi distribuída em seis capítulos.

O capítulo primeiro trata da verdade, as múltiplas concepções que lhes são atribuídas e as principais teorias e correntes filosóficas sobre a verdade, especificamente a teoria da correspondência, coerência, pragmática e deflacionária. Da exposição das linhas filosóficas pode-se inferir que a verdade é, em um momento, vista como uma realidade manifesta; e, noutro, como algo abstrato, puro pensamento, pura linguagem. A lógica e a teoria da argumentação de Perelman também são submetidas a um breve cotejo com a verdade. Por fim, abre-se discussão para a verdade sob o plano axiológico da justiça, afirmando estreita relação entre essas concepções.

O capítulo segundo trata da prova, com uma breve exposição histórica, identificando-se as injunções de ordem religiosas, culturais e políticas incidentes no âmbito da produção probatória. Na sequência, traz-se à baila algumas divergências doutrinárias, tais como o objetivo na produção da prova; se a prova diz respeito a um fato ou a um direito; se a prova é destinada ao juiz ou às partes. Colocada na condição de elemento essencial no processo, firma-se o entendimento de que a presença da prova se faz indispensável para legitimar e justificar a tomada de decisões judiciais. A interação do direito à prova com a justiça é submetida, ao final, a exame sob um viés constitucional.

A relação existente entre a prova e a verdade, dentro do sistema processual, é estudada no terceiro capítulo. Verdade material, verdade ficta, verdade real, verdade substancial etc., são expressões sobre as quais se debruça, criticando-se o impreciso uso das locuções na linguagem jurídica. Prossegue-se demonstrando sensíveis mudanças jurisprudenciais no trato da verdade no campo processual civil. A necessidade da busca da verdade e suas concepções processuais passam por uma discussão com base em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, onde fica claro o uso da verdade para a flexibilização de dogmas, como por exemplo, a coisa julgada.

O capítulo quarto concentra-se no estudo da interpretação constitucional, especialmente sobre os princípios atualmente consagrados pela doutrina e pela jurisprudência, utilizados no processo interpretativo do texto constitucional, entre

eles o princípio da concordância prática, da unidade constitucional, da exatidão funcional, da interpretação conforme a constituição etc. Ressalta a necessidade de uma nova disciplina interpretativa, rejeitando a utilização de procedimentos clássicos para interpretação de normas constitucionais. Em uma linha mais moderna, apoia-se na doutrina que sustenta a incompletude da norma (constitucional ou não) que somente ganha efetivo conteúdo ao final do processo interpretativo. Destaca o princípio da proporcionalidade como instrumento que permite ao intérprete manusear aspectos axiológicos quando do exercício interpretativo das normas constitucionais. Por fim, abre-se um destaque para a relação entre a verdade e a interpretação.

O capítulo quinto desenvolve-se sobre o tema da prova ilícita. Conceitos, aspectos terminológicos e classificatórios, como de praxe, são abordados. Prossegue analisando a prova ilícita no âmbito processual, seu tratamento dentro da legislação e, ainda, o tema sob a ótica da doutrina e jurisprudência estrangeiras, especialmente alemãs e norte-americanas. Aborda-se, também, a visão da doutrina e da jurisprudência pátria, ficando claro a existência de uma apatia ou desinteresse no questionamento da norma constitucional que impõe absoluta vedação à prova ilícita. Em algumas linhas discorre sobre projeto de lei, ainda em tramitação no Congresso Nacional, onde a prova ilicitamente obtida recebe disciplina específica no sistema processual penal, destacando-se a proposição de absorção da teoria do fruto das árvores envenenadas no sistema processual penal. Finaliza tentando demonstrar a possibilidade do uso do princípio da proporcionalidade como instrumento de interpretação constitucional capaz de estabelecer critérios de análise que asseguram razoável objetividade na decisão que envolve conflitos principiológicos, especialmente no trato da admissibilidade da prova ilícita no processo judicial.

Em conclusão, embora seja um conceito capaz de gerar infundáveis debates, especialmente no âmbito do direito e da filosofia, não se pode negar que a verdade é uma ideia culturalmente arraigada e que, por isso, não pode ser negada como possível, no âmbito dos pronunciamentos judiciais. A percepção humana de verdade está diretamente vinculada à ideia de justiça, o que leva, em situações específicas, admitir-se que provas, embora produzidas ilicitamente, possam ser processualmente consideradas para garantir a proteção de outros bens e valores alçados como

relevantes pelo constituinte, especialmente a liberdade. Refuta-se, pois, a concepção de que a norma constitucional, que veda a admissibilidade da prova obtida ilicitamente, não esteja aberta a exceções. Proposições são elaboradas, ao final, oferecendo numa sistematização de hipóteses de exceção à vedação constitucional à prova ilicitamente coletada, dispondo sobre os procedimentos a serem observados, seja no caso de sua admissão, seja no caso de sua rejeição.

2 A VERDADE

A verdade é um espelho que caiu das mãos de Deus e se quebrou. Cada um recolhe o pedaço e diz que toda a verdade está naquele caco. (Provérbio...)

2.1 AS MÚLTIPLAS CONCEPÇÕES SOBRE VERDADE

Como falar sobre a verdade? Enganamo-nos ao atribuir-lhe uma definição? Como atribuir uma definição à verdade que possa satisfazer à condição de verdadeira? É a verdade uma determinação, um atributo, uma qualidade das palavras (verdade lógica) ou das coisas (verdade ontológica), ou mesmo uma relação entre elas (verdade semântica), ou ainda de nosso comportamento (verdade ética)? Está ela relacionada com os nossos pensamentos ou com o mundo, a realidade? (Sonderregger, 2004, p. 47) Basta um breve cotejo sobre a verdade e as teorias que sobre ela tratam para percebermos que o desígnio de a negar é tão antigo quanto a vontade de afirmá-la.

A pretensão humana na resolução de questões tão controversas, acompanhada do fracasso da filosofia no enfrentamento desse tema, certamente levou Nietzsche a ressaltar a insignificância do intelecto humano diante da natureza:

“Num ponto qualquer afastado do universo que se expande no brilho de inumeráveis sistemas solares, houve uma vez uma estrela na qual animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais arrogante e mais enganoso da <história universal>: mas foi apenas um minuto. Depois de alguns suspiros da natureza, a estrela congelou e os animais inteligentes

morreram (...). Pois não há para este intelecto uma missão mais vasta que exceda a vida humana. É apenas humano e só tem o seu possuidor e produtor para o tomar tão pateticamente como se os eixos do mundo se movessem à sua volta.” (Nietzsche, 1975)

É possível que a arrogância humana, apontada por Nietzsche, nos tenha levado ao incansável debate para saber se a verdade (conhecimento) decorre de uma relação do homem com o meio ambiente; ou, ainda, da passagem da ‘atividade cerebral’ (ideia) para a ‘articulação’ (discurso). A investigação sobre esse processo de exteriorização pode ser delineada, grosso modo, pela presença de duas linhas conceituais: uma ontológica e outra retórica. Na primeira corrente, a verdade é tida como um meio de contato com uma realidade objetiva; na segunda, a linguagem afasta-se da realidade e, em um procedimento introspectivo, passa a buscar fundamento em si mesma, resultando no que se denomina de princípio da autonomia do discurso (Adeodato, 2002, p. 215).

O dilema do conhecimento está marcado por essa dicotomia que parece ser inerente à natureza humana. O tema verdade/mentira, verdadeiro/falso, atravessa os séculos experimentando as inúmeras roupagens que cada momento histórico lhe confere. Ramos filosóficos realistas e antirrealistas debatem questões sobre as quais propõem conclusões diversas, nenhuma, entretanto, suficientemente convincente.

O debate realismo/antirrealismo³ é um debate sobre como descrever a relação entre a teoria do significado (semântica), a teoria do conhecimento (epistemologia), e a teoria da verdade (metafísica). Desse debate surgem as seguintes questões: Toda verdade pode chegar à nossa consciência? A linguagem pode refletir o mundo? É possível ter conhecimento que não seja por intermédio de nossos sentidos? Qual é o fundamento do conhecimento? Qual a natureza da ‘verdade’, da ‘linguagem’ e “do mundo”?⁴ (Patterson, 1996, p. 4) (tradução livre)

³Realismo. (...) Concepção filosófica segundo a qual existe uma realidade exterior, determinada autônoma, independente do conhecimento que se pode ter sobre ela. O conhecimento verdadeiro, na perspectiva realista, seria então a coincidência ou correspondência entre nossos juízos e essa realidade. As principais dificuldades relacionadas ao realismo dizem respeito precisamente à possibilidade de acesso à realidade autônoma e predeterminada e à justificação dessa correspondência entre mente e real. (JAPIASSÚ, 1996, p. 231)

⁴The realism/anti-realism debate is over how best to characterize the relationship between the theory of meaning (semantics), the theory of knowledge (epistemology), and the theory of truth (metaphysics). The debate looks at questions like following: Can there be truths of which we are unaware? Does the language reflect the world? Do we have knowledge beyond our senses? What is the ground of knowledge? What is the nature of “truth”, “language”, “the world”?

As múltiplas concepções sobre a verdade são frutos do intenso debate da teoria do conhecimento no campo filosófico, bem como sua inegável importância nas diversas áreas da ciência. Multiplicidade que, inegavelmente, é alimentada pelos influxos socioculturais, cuja dinâmica deixa ainda mais complexa a tarefa de quem busca compreendê-la. Essa visão poliédrica sobre a verdade pode ser constatada nas acepções que lhes são atribuídas pela língua grega (*alétheia*), latina (*veritas*) e hebraica (*emunah*).

Na antiga Grécia, as palavras não valiam apenas pelo seu sentido manifesto, mas também como signos a serem decifrados. Assim, quando proferida a palavra *alétheia*, referia-se ao não-oculto ou ao que não está dissimulado. Em sentido oposto, pseudos, que é justamente o escondido, o que está dissimulado. A verdade está nas coisas. Dizer a verdade é proclamar a verdade do que está na realidade manifestada, e não na realidade que não se manifesta, oculta, a que engana. (Ghiraldelli Jr., 2001) É também possível conceber-se *alétheia* como não-escondido, não-dissimulado, não-esquecido. Neste caso, a verdade equivale à contemplação, ou seja, àquilo que nos é apresentado aos olhos do corpo e do espírito. (Chauí, 2003, p. 95) *Veritas* significa exatidão de um relato, ou o grau de exatidão de um relato. Não se trata da verdade como uma qualidade das coisas, mas do quanto uma narrativa é acurada, exata, pormenorizada. Esta concepção nos leva para o campo exclusivo da linguagem, de forma que um relato é verdadeiro se ele enuncia pormenorizadamente o ocorrido (Ghiraldelli Jr., 2001). Diferente do que ocorre na *alétheia*, aqui a verdade não se refere às coisas e nem aos próprios fatos, mas ao relato, daí porque a verdade em *veritas* depende da memória e da acuidade mental. O seu oposto não é a aparência, e sim a mentira ou falsificação (Chauí, 2003, p. 96).

Emunah é a palavra hebraica para a verdade. Diz respeito a um pacto, presente ou futuro. Transmite a ideia de esperança e confiança, a certeza de que o combinado ou o esperado vá mesmo acontecer. Verdade, então, relaciona-se ao pacto histórico e/ou político. Para os gregos a verdade se oculta na realidade, necessitando ser descoberta: algo para ser descoberto, algo que é antes de ter sido (de sua essência). A verdade grega é marcada pela imutabilidade. Essa característica não ocorre na concepção hebraica para qual a verdade é fidelidade

em confronto com a infidelidade, é a confiança de que a promessa será cumprida, daí porque Deus é o único verdadeiro. Pode-se, portanto, afirmar que a verdade não é algo pronto e acabado, mas que a todo instante se realiza ou que virá a se realizar, neste caso uma profecia. (Leite dos Santos, 1995, p. 30) A identidade da expressão *emunah* com a religião fica mais evidente quando se constata que tem a mesma origem da palavra ‘amém’, que, por sua vez, significa: ‘assim seja’. A revelação divina é a sua forma mais elevada, e a profecia a sua expressão mais perfeita. (Chauí, 2003, p. 96)

Nas concepções sobre a verdade advindas das palavras *alétheia*, *emunah* e *veritas*, percebe-se que em cada uma delas prevalece um aspecto temporal peculiar, o que está muito bem enfatizado na seguinte explanação:

Santo Agostinho no livro “Confissões” explicava que nossa interioridade é o resultante das relações entre as coisas ocorridas no passado (memória-Veritas), a previsibilidade providente, precaução das expectativas por coisas a acontecer no provável futuro (*desiderium-Emunah*) e a atualidade aqui-agora das coisas presentes (cognitio-Aleteia). Assim entre um passado-que-não-existe-mais (memória-Veritas) e um talvez-futuro-que-ainda-não-veio (expectativa-*desiderium-Emunah*), duas proposições negativas: passado que não existe mais e futuro que ainda não veio, entre ambas reside aquele-que-é (não será, não foi, é –um presente permanente, gerúndio em ato, ação), o presente atual, conhecido-percebido e testemunhado como evidência aqui-agora no *continuum* cognitivo (visão-*cognitio-Aleteia*) (Calazans).

As acepções atribuídas à verdade pelas palavras *veritas*, *alétheia* e *emunah*, nos fornecem o seguinte quadro:

Quadro 1

Origem	Palavra	Significado	Características	Tempo
Latim	<i>Veritas</i>	Exatidão, fidelidade, depoimento verbal sobre algo que aconteceu.	Relação da linguagem com a realidade.	Passado
Grego	<i>Alétheia</i>	Descoberta, tornar claro as coisas pesquisadas (episteme-ciência).	Vínculo entre a realidade e o espírito.	Presente
Hebraico	<i>Emunah</i>	Confiança, promessa, palavra, comportamento.	O consenso dentro do grupo, da comunidade.	Futuro

Fonte: O autor (2021)

Examinando o quadro acima, é possível estabelecer-se relação entre as concepções sobre a verdade e a produção de provas judiciais – assunto que será tratado no capítulo 2, desta dissertação.

A produção de provas testemunhais, por exemplo, exige, para que se possa alcançar a verdade, precisão e fidelidade dos relatos. A verdade, neste caso, confunde-se com a concepção latina da palavra *veritas*.

As provas documentais e periciais (DNA, exames grafotécnicos etc.), a saber, trazem para dentro do processo a verdade sob a precisão científica, afastando a falibilidade inerente aos depoimentos testemunhais. Teremos, então, verdade probatória aproximando-se da concepção grega da palavra *alétheia*.

Os procedimentos probatórios também guardam vínculo com a concepção hebraica de verdade. É o que se vê nos depoimentos tomados mediante juramento: “*Juro dizer a verdade, nada mais que a verdade*”. As palavras proferidas por testemunhas em tribunais, em uma espécie de ritual, antes de seus depoimentos, permitem-nos identificar a influência no procedimento da percepção hebraica da verdade. A crença na força do juramento proferido antes do depoimento transmite confiança e a certeza de que o depoente está comprometido com a verdade, sujeitando-o a consequências severas, caso o compromisso não seja honrado.

Mais adiante, veremos que é possível relacionar as principais teorias sobre a verdade com as concepções dadas as expressões *alétheia*, *veritas* e *emunah*.

2.2 VERDADE. VALOR ATEMPORAL OU CONVENIÊNCIA HUMANA?

As indagações sobre a verdade/mentira ou o verdadeiro/falso não se restringem ao campo puramente filosófico, descerrando novos debates para outras áreas do conhecimento: ciências naturais (matemática, física etc.) e sociais (direito, economia etc.). Em cada uma dessas áreas do conhecimento, abordagens peculiares sobre a verdade são realizadas, o que termina por ampliar ainda mais a complexidade do tema. A exemplo, temos as análises de Emile Durkheim sobre o pragmatismo e a verdade que terminam por conferir à verdade as seguintes características:

“1. uma obrigação moral. A verdade não pode ser separada de uma certa característica moral. A humanidade sempre sentiu que estava obrigada a procurar a verdade. Nela existe algo que impõe respeito, e uma força moral para a qual a mente sente-se corretamente destinada a consentir; 2. uma necessidade de fato. Há quase que uma impossibilidade física em não admitir a verdade. Quando nossa mente percebe a presença da verdade, sentimos que não podemos negá-la. A ideia de verdade se impõe sobre nós. Esta é a característica expressa pela teoria clássica da natureza da verdade; emana da verdade uma irresistível luz.”⁵ (Tradução livre) (MARXISTS INTERNET ARCHIVE, 1914)

Emile Durkheim vê na essência da verdade um vínculo estreito com a moral; uma necessidade humana irresistível, de natureza não só psíquica, mas, também, quase biológica.

Nietzsche, assim não entende. Analisando seu pensamento, vê-se que rejeita o conhecimento como parte integrante da natureza humana, portanto, diverso dos instintos. Na concepção de Nietzsche, o conhecimento é resultado da necessidade humana, do conflito de seus próprios instintos. Assim, vê verdade como um juízo de valor sujeito a mutações de acordo com as circunstâncias da vida. Verdade é uma convenção que se impõe com o fim de tornar possível a vida social. Uma ficção nascida da necessidade do homem em suas relações com outros homens:

“(...) mas como o homem, por tédio e necessidade simultaneamente, quer existir socialmente e gregariamente, tem necessidade de concluir a paz, e procura de acordo com isto, que pelo menos desapareça do seu mundo o mais grosseiro *bellum omnium contra omnes*. Esta conclusão da paz traz com ela qualquer coisa que se assemelha ao primeiro passo para a obtenção deste enigmático instinto da verdade” (Nietzsche, 1975, p. 91)

Convencionados os padrões de validade e obrigatoriedade para as coisas, e fixadas regras de linguagem, surgem então as primeiras leis da verdade e, por consequência, o contraste entre a verdade e a mentira. O mentiroso se utiliza de designações válidas, as palavras, fazendo com que o irreal apareça como real: afirma, por exemplo, ser <rico>, quando pelo seu estado, <pobre> seria a

⁵1. a moral obligation. Truth cannot be separated from a certain moral character. In every age, men have felt that they were obliged to seek truth. In truth, there is something which commands respect, and a moral power to which the mind feels properly bound to assent; 2. a de facto necessitating power. There is a more or less physical impossibility of not admitting the truth. When our mind perceives a true representation, we feel that we cannot not accept it as true. The true idea imposes itself on us. It is this character that is expressed in the old theory of the evident nature of truth; there emanates from truth an irresistible light.”

designação correta. O aborrecimento dos homens com a mentira não está necessariamente no logro, mas nos danos que dele podem advir:

“Não é tanto o facto de serem enganados que aborrecem mais os homens, mas o facto de sofrerem os danos em virtude dos mesmos logros: no fundo, a este nível, eles não odeiam portanto a ilusão, mas as consequências desagradáveis e hostis de certas espécies de ilusão. É apenas num sentido tão restrito como este que o homem que a verdade: ele ambiciona as consequências agradáveis da verdade, as que conservam a vida; é indiferente ao conhecimento puro e sem consequências e manifesta uma atitude hostil em relação às verdades prejudiciais e destrutivas.” (Nietzsche, 1975, p. 91-92).

Como se vê, para Nietzsche não existe no homem um amor pela verdade, apenas deseja suas consequências favoráveis. Da mesma forma, o homem não odeia a mentira, mas apenas não suporta os prejuízos que ela possa vir a causar. O que não se aceita e não se deseja de fato é aquilo que é considerado nocivo, e neste caso essas consequências nocivas podem ser decorrentes tanto da verdade quanto da mentira. Ao se obrigar ou impor o dever de dizer a verdade, o homem pretende apenas se antecipar às consequências nefastas da mentira, pois quando ela tem valor agradável é muito bem permitida. (Machado, 1999, p. 38)

Necessidade humana irresistível? Imperativo social para tornar possível a convivência social? Arbítrio da mente no manejo da linguagem? Diferente de outros temas, não se consegue identificar uma referência comum, um aspecto que se faça presente entre as mais corriqueiras concepções sobre a verdade. Divergências sobre a compreensão sobre a verdade e até mesmo questionamentos sobre a possibilidade de alcançá-la, refletem diretamente no âmbito do Direito, especialmente no campo probatório, levando-nos a instigantes indagações:

- é possível obter a verdade dentro dos autos do processo?
- a verdade é essencial para a solução de litígios?
- deve a verdade ser perseguida a qualquer custo no âmbito processual?

Quando tratarmos das provas no processo, examinaremos se as perguntas acima podem ser respondidas e, em caso positivo, quais seriam essas possíveis respostas.

2.3 TEORIAS SOBRE A VERDADE: DA ONTOLOGIA PARA A SEMÂNTICA.

As teorias sobre a verdade são essencialmente explicações sobre a sua própria natureza, bem como sobre as leis às quais a verdade está submetida. Deve-se afastar, portanto, a ideia de que as indagações sobre a verdade tenham por objetivo averiguar a existência de “algo”, de “alguma qualidade real” ou “alguma propriedade”. Teorias sobre a verdade visam estabelecer quais são as condições em que determinada proposição é verdadeira ou falsa. A verdade ou a falsidade de uma proposição não é sua qualidade ou propriedade, mas sim sua relação com determinadas condições, ou seja, os modos ou circunstâncias em que a proposição pode ser validada. (Alves, 2003, p. 326)

Quando da análise das principais linhas teóricas sobre a verdade, percebe-se sem muito esforço as relações que guardam com as concepções atribuídas à verdade pelas palavras de origem grega, latina e hebraica.

Alathéia, vincula-se às teorias que destacam a evidência, a correspondência entre coisa e intelecto. Ressalta a razão como forma de assegurar a apreensão da adequação entre a ideia e a coisa. *Veritas*, associa-se às teorias que ressaltam a precisão e o rigorismo no uso adequado da linguagem. Verdade passa a ser demonstração lógica dos argumentos, coerência. Aqui, a predominância é a validade lógica dos argumentos. Não se diz que algo é verdadeiro porque corresponde à realidade externa. O raciocínio é inverso, de forma que o argumento, a ideia corresponde à realidade externa porque é verdadeiro. *Emunnah*, enseja teorias baseadas nos pactos, nas convenções, no consenso. Esse consenso é aquele obtido entre membros de uma determinada comunidade científica. Consenso esse obtido por meio da racionalidade do pensamento; da lógica e a precisão da linguagem; e da possibilidade de que a comunidade possa debater e avaliar determinados resultados, atribuindo-lhes ou não o valor de verdade. (Chauí, 2003, p. 97)

As teorias existentes sobre a verdade podem ser divididas em dois grupos:

- teorias substantivas (tradicionais);
- teorias deflacionárias

Por sua vez, as teorias substantivas ou tradicionais da verdade são basicamente três:

- a teoria da correspondência;
- a teoria da coerência; e
- a teoria pragmática.

2.3.1 Teoria da Correspondência: verdade como adequação do intelecto à realidade.

A teoria da correspondência é, provavelmente, a teoria mais intuitiva dentre as existentes, pois fixa uma relação direta entre verdade e realidade. Uma proposição (S) é verdadeira se, e somente se (sse), a realidade a descreve como real. A verdade corresponde aos fatos: S é verdadeiro sse S corresponde a um fato. Por exemplo: a afirmação de que Chicago é uma grande cidade norte-americana é verdade, ao que parece, porque corresponde ao fato de que Chicago é uma grande cidade norte-americana. (Moser; Mulder; Trout, 2004, p. 73)

A correspondência solveu seus fundamentos na concepção aristotélica de falso e verdadeiro, especificamente na obra denominada *Metafísica*, Aristóteles apresenta sua compreensão sobre o verdadeiro e o falso: “*Falso é dizer que o que é, não é, ou que o que não é, é; verdadeiro é dizer que o que é, é, e o que não é, não é.*” (Aristóteles, 1969, p. 107)

Há quem sustente que Aristóteles em nenhum momento definiu ou quis definir a verdade na forma elaborada pelos correspondentistas. Isto porque, Aristóteles não teria introduzido em sua fórmula entidades como fatos ou estados de coisas para as sentenças corresponderem. (Davidson, 2005, p. 25) E de certa forma parece haver algum sentido nessa afirmação, pois antes da expressão tão difundida sobre o que é falso e o que é verdadeiro, Aristóteles diz o seguinte:

“Ora, como é impossível que asserções contraditórias sejam ao mesmo tempo verdadeiras da mesma coisa, é evidente que os contrários não podem coexistir no mesmo sujeito. Efetivamente, de dois contrários um é privação não menos que contrário – privação da natureza essencial; e privação é a negação de um predicado a um gênero determinado. Se, pois,

é impossível que sejam verdadeiras a um tempo a afirmação e a negação, impossível também é a coexistência de contrários no mesmo sujeito, a menos que ambos lhe pertençam sob aspectos particulares, ou um sob aspecto particular e o outro, absolutamente.” (Aristóteles, 1969, p. 106)

De qualquer forma, os correspondentistas teriam se inspirado na ontologia grega para estruturar uma concepção sobre a verdade que se funda, basicamente, numa relação de conformidade entre o que o entendimento pensa e o que é, como correspondência entre uma proposição e uma situação extralinguística a que ela faz referência. Da definição de verdade na teoria da correspondência é possível extrair-se a presença de três elementos:

“[1] um objeto, que se refere a uma inteligência; [2] uma inteligência que pensa [o objeto]; [3] uma relação de conformidade entre o pensamento e o objeto – ou entre o sentido, expresso em um enunciado, e a realidade extralinguística a que se refere.” (Alves, 2003, p. 327).

A verdade como adequação do intelecto com a realidade foi objeto análise por Tomás de Aquino na conhecida expressão latina *veritas est adaequatio rei et intellectus*:

“Então é isso que a verdade acrescenta ao ser: a conformidade ou adequação da coisa e o intelecto. Como foi dito, o conhecimento disso é seguido por essa conformidade; assim, a entidade da coisa precede a razão da verdade, enquanto o conhecimento é um certo efeito da verdade. A verdade ou o verdadeiro, portanto, são definidos de três modos. Primeiro, conforme o que precede a razão da verdade e em que a verdade é fundada. Agostinho define assim no livro dos Sililoques: "o verdadeiro é o que é", Avicenna em sua *Métaphysique*: "a verdade de cada coisa é a propriedade do seu ser, que é estável para ele" e outros autores: "o verdadeiro é a não divisão do ser e do que é". Em segundo lugar, são definidos de acordo como a razão da verdade é formalmente implementada. Isaac (Israel) diz assim, "a verdade é a adequação da coisa e do intelecto", Anselme (de Canterbury) no livro *De la vérité*: "a verdade é a correção perceptível pelo mero pensamento" - essa retidão é dita de acordo com uma certa adequação - e O Filósofo (Aristóteles) no Livro IV da *Metafísica* diz que, após a vinda, digamos o verdadeiro "quando dizemos ser o que é ou não o que não é o que não é o que não é o que não é o que não é. Em terceiro lugar, o verdadeiro é definido pelo efeito consequente. Hilaire (de Poitiers) diz assim: "a verdade é o que declara e manifesta o ser", Agostinho no livro *De la vraie religion*: "a verdade é o que é mostrado" e no mesmo livro: "A

verdade é o que julgamos (coisas) inferiores».”⁶ (tradução livre) (Aquin, 2002, p. 55-57)

Na antiga filosofia predomina o ontológico, o pensamento gira em torno do objeto. Daí porque na correspondência parte-se do mundo, da realidade, para o pensamento e não deste para aquele. O mundo exterior não é posto em dúvida. É a realidade do mundo que determina ou conforma o pensamento (Alves, 2003, p. 327).

A obviedade da teoria é o seu ponto mais positivo, contudo uma análise mais detida aponta algumas dificuldades. É preciso especificar em que consiste exatamente a relação de correspondência entre a afirmação e o mundo. Se a correspondência for uma espécie de retrato do mundo, então a verdade retrataria um estado de coisas. Afirmações descrevendo diretamente um estado de coisas, como por exemplo a localização de um objeto, podem ser plausivelmente interpretadas. “‘A escrivaninha está junto à janela’ parece retratar, através do uso de nomes e de relações gramaticais, a situação física de uma escrivaninha situada espacialmente próxima à janela.” (Moser; Mulder; Trout, 2004, p. 74) Entretanto, a amplitude da teoria conduz a falhas, por exemplo, no campo da moral, pois não existem fatos morais. A teoria da correspondência esbarra em dificuldades, ainda, quando se vê diante da necessidade de justificar um fato negativo. Aí, a própria definição do fato emerge como um outro obstáculo a ser solvido pela teoria. Além disso, há uma compreensão inofensiva de correspondência, pois não é meramente a ideia de que ‘verdade’ signifique ‘corresponde aos fatos’. Para que seja aceita do ponto de vista filosófico é preciso muito mais. A teoria para ser aceita exige um comportamento transcendental. Isso porque é “necessário que ‘corresponda’ tenha

⁶“Voilà donc ce que le vrai ajoute à l'étant : la conformité ou adéquation de la chose et de l'intellect. Comme on l'a dit, la connaissance de la chose suit de cette conformité ; ainsi l'entité de la chose précède la raison de vérité, tandis que la connaissance est un certain effet de la vérité. La vérité ou le vrai se définissent dès lors de trois façons. Premièrement, selon ce qui précède la raison de vérité et en quoi le vrai est fondé. Augustin définit ainsi dans le livre des Soliloques: «le vrai est ce qui est», Avicenne dans sa Métaphysique: «la vérité de chaque chose est la propriété de son être, lequel lui est stable» et d'autres auteurs: «le vrai est la non-division de l'être et de ce qui est». Deuxièmement, on les définit selon ce en quoi la raison de vrai s'accomplit formellement. Isaac dit ainsi : «la vérité est l'adéquation de la chose et de l'intellect», Anselme dans le livre De la vérité : «la vérité est la rectitude perceptible par la seule pensée» - cette rectitude se dit selon une certaine adéquation – et le Philosophe au livre IV de la Métaphysique dit que, en le définissant, nous disons le vrai «lorsqu'on dit être ce qui est ou ne pas être ce qui n'est pas». Troisièmement, on définit le vrai selon l'effet consécutif. Hilaire dit ainsi : «le vrai est ce qui déclare et manifeste l'être», Augustin dans le livre De la vraie religion : «la vérité est ce par quoi est montré ce qui est» et dans le même livre : «la vérité est ce selon quoi nous jugeons des (choses) inférieures».”

um significado intrínseco e que os ‘fatos’ sejam identificáveis de algum modo especial, para que então possamos reuni-los e ver a correspondência dos fatos como um tipo especial de sucesso”. E para tanto, argumenta-se, que isso somente seria possível se pudéssemos “sair da própria pele – por um lado fazendo um juízo e por outro obtendo uma visão ‘oblíqua’ ou do olho de Deus de ambos, o juízo e os fatos, e medindo o quanto eles combinam” (Blackburn, 2005, p. 102).

De certa forma, a objeção feita à teoria se aplica aos procedimentos judiciários. Se um evento, um homicídio, por exemplo, fosse testemunhado por um juiz, não poderia esse mesmo juiz presidir a ação penal ou conduzir qualquer outra medida judicial referente àquele fato, pois não estaria distante o suficiente do evento para analisar e julgar o fato e o juízo correspondente.

Apesar das restrições teóricas, percebe-se que a teoria da correspondência guarda muita proximidade com a questão probatória. A prova judicial, como veremos nos capítulos seguintes, é elemento extraído da realidade perceptível aos nossos sentidos. No dia a dia dos trabalhos forenses, a credibilidade da justiça está relacionada à percepção da realidade. Sustentar que não é possível estabelecer a verdade sobre um fato porque a própria realidade seria inacessível à consciência humana, importaria descrédito de toda a estrutura de provas judiciais.

Kant, em sua obra *A crítica da razão pura*, não nega a obviedade da correspondência entre o intelecto humano e os objetos sensíveis, reconhecendo a força da ontologia clássica que admitia a possibilidade de se reconhecer adequação ou inadequação entre a linguagem e a realidade sensível, distanciando-se, nesse ponto, dos neokantianos que viam os objetos como resultado exclusivo do pensamento. Em sua obra mais famosa, Kant impõe-se, assim, a tarefa de estabelecer a ponte entre esses dois mundos e com isso uma ciência que pudesse fundamentar todas as ciências, sejam elas empíricas ou não. (Adeodato, 2002, p. 27)

2.3.2 Teoria da Coerência: a harmonia dos sistemas ou das crenças como elemento identificador da verdade.

As várias versões existentes da teoria da coerência estão associadas com o idealismo. Idealistas abraçam a teoria da coerência em virtude de suas posições

metafísicas. Defensores da teoria sustentam que acreditar é (pelo menos na maior parte do tempo) ontologicamente distinto das condições objetivas que tornam a crença verdadeira. Diante da perspectiva idealista, realidade se resume a uma coleção de crenças. A verdade de uma proposição consiste apenas na sua coerência com outra proposição e não com um fato. Sustentam os defensores desta teoria que o problema existente na correspondência está na tentativa de comparar coisas heterogêneas, ou seja, elementos linguísticos (S – afirmação) como elementos não-linguísticos (fato). Na teoria da coerência a entidade não linguística é afastada, por ser considerada complicadora na definição da verdade.

Inicialmente concebida para aplicação sobre frases ou crenças isoladas, a teoria evoluiu para uma aplicação sobre conjuntos de frases ou crenças. Em sua versão mais moderna, a teoria da coerência, portanto, está na harmonia de sistemas de crenças ou enunciados - teorias científicas, narrativas etc. Se o sistema guarda coerência interna, harmonia, serão verdadeiros, por consequência lógica, todos que o integram: a verdade é a propriedade de se pertencer a um sistema de crenças e/ou enunciados harmoniosos, em uma palavra – coerente. (Ghiraldelli Jr.; Bendassolli, 2002, p. 13)

Essa teoria sustenta que o conhecimento não pode ser adquirido isoladamente, mas apenas dentro do sistema. Seria algo equivalente a ter em mãos uma peça de um carro desmontado. Se o sujeito nunca viu um carro não será possível conhecer a peça que tem em mãos. Mas é no exemplo dado que é possível encontrar as falhas da teoria. Se a ideia de carro é pré-existente, cabendo-me apenas juntar ou montar as peças disponíveis, conclui-se que a teoria não define a verdade, mas apenas nos assegura identificá-la. A coerência, dessa forma, guarda relevância sim, no contexto das teorias sobre a justificação. Daí porque é preciso tomar cuidado para “não confundir a coerência como definição da verdade com a coerência como diretriz para o discernimento ou identificação da verdade”. (Moser; Mulder; Trout, 2004, p. 80) Some-se a isso, a sua fragilidade ao sustentar que somente um conjunto consistente de crenças poderia conter todas as crenças verdadeiras. Ora, essa assertiva não afasta a suposição que esse conjunto de crenças contenha apenas crenças verdadeiras (Davidson, 2005, p. 8).

Outra crítica incidente sobre essa teoria é que ela conduz a verdade a um inevitável relativismo. Se a verdade se encontra dentro de um sistema de crenças de

um indivíduo ou grupo de indivíduos, é possível afirmar que a verdade é relativa ao indivíduo ou grupo de indivíduos:

“Pessoas diferentes, dotadas de diferentes sistemas de crenças básicas, só poderão aceitar afirmações que tenham coerência com seus sistemas pessoais (...) Com efeito, a relativização da verdade aos indivíduos pode ser tomada como uma *reductio ad absurdum* dessa corrente do pensamento coerentista” (Moser; Mulder; Trout, 2004, p. 28).

Daí se afirmar que a teoria coerentista abre, inevitavelmente, o caminho para o ceticismo.

A concepção coerentista pode ser relacionada ao campo probatório judicial apenas no que diz respeito à justificação da decisão. A verdade judicial, especialmente quando a prova vem limitada pela própria lei (provas legais) é justificada pelo próprio sistema probatório, legitimando a decisão.

2.3.3 Teoria Pragmática: a utilidade como elemento identificador da verdade.

Se é possível falar em uma teoria pragmática, então devemos entendê-la como resultante da contribuição de três pensadores: Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey.

A teoria contém elementos de correspondência e coerência e relaciona-se com a ideia de ação, de eficácia. A verdade não é uma relação de concordância com a realidade, mas consenso (Chauí, 2003, p. 97) obtido mediante procedimento científico de investigação. Ao final do procedimento decide-se em consenso sobre qual é a verdade. É essa necessidade de comprovação que de certa forma aproxima o pragmatismo da teoria da coerência. A prova determina a verdade, se a prova não é possível, não há como conceber a verdade:

“A essência do pragmatismo é comumente marcada pela oposição à absoluta separação do pensamento da ação, ciência pura da aplicada; intuição ou revelação da experiência ou verificação experimental, interesses privados de públicos (...)”⁷. (tradução livre) (Wiener, 1974)

⁷ Common to this substantial core of pragmatism is an opposition to the absolute separation of thought from action, of pure from applied science, of intuition or revelation from experience or experimental verification, of private interests from public concern (...) (WIENER, Philip P. The Dictionary of the History of Ideas: studies of selected pivotal ideas.

As principais linhas da teoria pragmática têm influenciado em muitas áreas, especialmente no campo da metodologia e na valoração de decisões judiciais. Posicionou-se contra o naturalismo extremado, o autoritarismo e a eternização de normas e credos. Estabelecendo um método mais dinâmico de valores empíricos naturais, transitoriedade de conceitos e pluralismo individual. Características essas que podem ser encontradas nas diversas variações existentes da teoria pragmática.

O pragmatismo não é necessariamente uma teoria, mas a elaboração de regras de conduta para estabelecer a verdade. Sem se dirigir a uma teoria específica, o pragmatismo se preocupou basicamente em sustentar que qualquer teoria sobre a verdade deve levar em conta a noção de experiência. A experiência a que se refere o pragmatismo é a mais ampla possível. Vai muito além para significar experiência de vida, experiência psíquica, experiência de um povo ou de um tempo, e também experiência científica, de laboratório.

Em síntese, no pragmatismo, a verdade é estabelecida com base no consenso. Afinal é mais útil crer em um enunciado sobre o qual temos consenso do que sobre um enunciado que não possui defensores, que está longe do consenso daqueles que julgamos razoáveis. A verdade deixa de ser tratada como uma convicção subjetiva para se tornar um instrumento objetivo na promoção do bem social, útil à comunidade. Não há qualquer preocupação em buscá-la de forma incessante, mas apenas em justificá-la o suficiente para se estabelecer a convicção:

“Diante do fato de que não somos capazes de afirmar com certeza qual de nossas convicções são verdadeiras, pragmatistas concluem que o melhor a fazer é identificar nossas melhores e bem sucedidas pesquisas, nossas convicções como verdades únicas, e abandonar a ideia de objetividade. (Verdade é objetiva desde que a verdade de uma convicção ou sentença não necessite ser justificada por todas nossas evidências; quando acreditada por toda a comunidade que nos cerca ou quando ela é suficiente para nos fazer seguir em frente)⁸ (tradução livre) (Davidson, 2005, p. 7).

A verdade está mais próxima quando as experiências conduzem a um maior consenso. Uma frase que está mais próxima do consenso nos leva a colocar as

⁸From the fact that we will never be able to tell for certain which of our beliefs are true, pragmatists conclude that we may as well identify our best researched, most successful, beliefs with the true ones, and give up the idea of objectivity. (Truth is objective if the truth of a belief or sentence is independent of whether it is justified by all our evidence, believed by our neighbors, or is good to steer by)

fichas nela; mas uma frase que está mais distante do consenso nos faz, de modo a seguir o que é mais útil, a nos afastar dela. É nesse sentido específico que a verdade é o útil.

O problema dessa linha teórica é, também, a amplitude dos critérios formulados exatamente para estabelecer a verdade. A fixação de condições tão amplas leva, em última análise, à inexistência de critérios perfeitamente definidos. Os pragmatistas não foram capazes, por exemplo, de determinar com precisão a natureza da utilidade que, para eles, define a verdade. A concepção pragmática da verdade parece ser apenas uma noção de garantia epistêmica ou justificação. A consequência da imprecisão quanto à natureza da utilidade conduz a teoria à relativização da verdade, pois o tipo de utilidade que pode definir a verdade pode variar de pessoa para pessoa, de cultura para cultura. (Moser; Mulder; Trout, 2004, p. 81)

2.3.4 Teorias deflacionárias: a semântica se apropriando da verdade.

É necessário ressaltar, inicialmente, que não existe um consenso terminológico para a denominação das teorias deflacionárias. Apenas para exemplificar a diversidade terminológica, à teoria deflacionária propriamente dita são atribuídos diferentes nomes, entre os quais: teoria da redundância, teoria do desaparecimento, teoria da não-verdade e teoria da descitação. As denominações são usadas, por vezes, de forma indistinta; ou com objetivo de destacar distinções entre as diferentes versões da concepção geral. Por isso, neste trabalho, faremos uso da expressão “teoria deflacionária” para designar as linhas comuns entre as diversas variações existentes.

Inicialmente, deve-se destacar que as teorias deflacionárias guardam proximidade com outras teorias rotuladas de minimalismo ou quietismo. O minimalismo ou quietismo defende a ideia de que a questão da verdade deveria ser colocada de lado, evitando-se discussões metateóricas ou reflexões filosóficas que para adquirir a concepção da verdade tentam dizer algo mais do que se encontra na própria questão.

“O quietismo (...) simplesmente pega o minimalismo sobre a verdade e o generaliza ao minimalismo sobre quaisquer outros termos que podemos usar para conduzir as guerras da verdade: representação, fato, objetividade, autoridade.” (Blackburn, 2005, p. 198).

Afasta-se, assim, a possibilidade de comprometimentos na área de discurso serem capazes de verdade “estrita” e “literal”. Por exemplo, se for dito que o preço do gás está subindo e alguém responder “é verdade” ou “está certo”, haverá aí simplesmente concordância. Do contrário, se houver negativa àquela afirmação pode-se simplesmente averiguar se o preço do gás está subindo e o resultado poderá ser outro. A questão, aqui, é uma só questão e não duas, ou seja, a alta dos preços do gás. Se se buscar nessa afirmação aspectos metafísicos ou tomada de posição em favor de Platão contra Protágoras, ter-se-á então uma questão secundária ou adicional. É a questão que está em questão. (Blackburn, 2005, p. 104-105) Em síntese, o quietismo pretende eliminar reflexões que possam levar ao verdadeiro relativismo⁹ ou às visões construtivistas¹⁰ que oferecem alternativas a isso. Rejeita a reflexão, prefere o silêncio.

A crítica a este posicionamento estaria no fato de que para se ignorar por completo alguns problemas que causam intranquilidade seria necessário que se adotasse o comportamento de alguém com paralisia cerebral generalizada. (Blackburn, 2005, p. 198-199) Além disso, essa corrente de pensamento parece ignorar que a linguagem não se resume a uma atividade meramente descritiva, não podendo se aceitar a posição firmada pelos quietistas de que não há nada a dizer sobre a relação da linguagem com o mundo (Blackburn, 2005, p. 205).

De qualquer forma, concepções dessa natureza deram origem a outras teorias, especialmente no campo semântico, onde se passa a questionar a indiferença ou trivialidade de se adicionar às sentenças o predicado “verdade”. Assim, no mundo da semântica encontraremos todas as variações da teoria

⁹Relativismo. Doutrina que considera todo conhecimento relativo como dependente de fatores contextuais, e que varia de acordo com as circunstâncias, sendo impossível estabelecer-se um conhecimento absoluto e uma certeza definitiva (JAPIUASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de Filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 233-234)

¹⁰Construtivismo. Genericamente, trata-se de uma teoria do conhecimento que se baseia numa concepção essencialmente dialética das relações entre o sujeito cognoscente e o objeto conhecido (mundo exterior), a Razão sendo ao mesmo tempo estruturante do real e estruturada por ele (JAPIUASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de Filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 53).

deflacionária, cujas diferenças costumam ser sutis e, por isso, só perceptíveis para aqueles que têm formação específica no campo filosófico (lógica, semântica etc.). Sustenta-se constituir em redundância quando se afirma que algo é verdadeiro. Dizer que “*é verdade que a neve é branca*” não é mais do que dizer “*a neve é branca*”. Se afirmo que “*é falso que a neve é vermelha*”, não estaria dizendo nada mais além do que “*a neve não é vermelha*”. Isto demonstra que as palavras “*verdade*” e “*mentira*”, ou “*verdadeiro*” e “*falso*” são inúteis, exercendo mera função semântica de afirmação ou negação. Daí, concluem que verdade ou falsidade não são genuinamente conceitos e, por consequência, a natureza da verdade não pode ser um problema lógico. O problema é que nem todas as expressões podem ser deflacionadas em casos como “*Tudo que ele diz é verdade*”. Nesta hipótese a referência verdade não é tão facilmente eliminada, exigindo-se, para tanto, soluções mais complexas. (Davidson, 2005, p. 51)

Muitas são as implicações desta teoria para o debate filosófico sobre a natureza da verdade. Frequentemente escutamos os filósofos sugerirem que a verdade consiste na correspondência com os fatos; que a verdade se resume na coerência entre crenças ou proposições; ou que é resultado de uma lógica racional. Para os deflacionistas, contudo, todas essas teorias estão incorretas, e, mais que isso, todas compartilham do mesmo equívoco, ou seja, todas afirmam que a verdade possui uma natureza específica. Daí, as teorias são desenvolvidas com o objetivo único de demonstrar ou confirmar a natureza atribuída à verdade.

Para os deflacionistas, a proposição de que a “neve é branca” é verdadeira somente se a neve for branca, nada diz sobre a natureza da verdade além do que podemos encontrar na própria afirmação. Filósofos que buscam a natureza da verdade nessas proposições estão destinados à frustração, afirmam os deflacionistas, pois eles estão procurando por algo que não se encontra lá.

2.4 A LÓGICA: A VERDADE DEPENDENTE DA JUSTIFICAÇÃO

A relação entre a verdade e a lógica deve ser vista sob as observações destacadas por Alaôr Caffé Alves, (Alves, 2003, p. 90) que ressaltam não ser a verdade objeto de estudo da lógica. Esta se ocupa apenas das proposições ou estruturas proposicionais e de suas relações formais, sendo-lhe indiferente se são

verdadeiras ou falsas, pois, se assim o fizesse, estaria entrando no campo da realidade. A lógica afasta de suas proposições qualquer conteúdo de natureza empírica, objetivando excluir de suas análises as ambiguidades, razão pela qual purifica suas estruturas utilizando-se de elementos simbólicos. Para a lógica o importante é assegurar a coerência interna do discurso de forma a habilitar a justificação da verdade. (Alves, 2003, p. 90-105) Não se pretende afirmar com isso, evidentemente, que se ignorará por completo o conteúdo material dos argumentos, uma vez que tanto na ciência quanto no saber ordinário não se pode usar formas vazias para a comunicação intersubjetiva. Vejamos o seguinte argumento: “todo marsupial é mamífero; a baleia é um marsupial; logo a baleia é um mamífero”. Embora falsa uma das premissas foi possível chegar a uma conclusão verdadeira. Há, neste caso, um comprometimento para se demonstrar a conclusão, mas não há prejuízo para o argumento porque formalmente correto. Há uma estruturação na ordem, uma vez que estão sendo observadas as leis da Lógica. É possível afirmar, no campo da Lógica, que se as premissas forem verdadeiras e o argumento for correto, será impossível ter-se uma conclusão falsa (Alves, 2003, p. 106).

Tem-se admitido, contudo, a existência de uma lógica que foge da estrutura meramente formal, incorporando valores axiológicos de forma a penetrar no domínio da realidade. Dentro dessa ótica teremos o que se costuma denominar de lógica do razoável, lógica da contingência ou lógica da argumentação. (Alves, 2003, p. 397) Nessa concepção axiológica, a lógica se desvia do seu formalismo, portanto, dos conceitos de verdadeiro ou falso para, ampliando o seu campo, admitir conceitos relacionados com a probabilidade, verossimilhança,¹¹ conveniência ou vantagens. É claro que isso não levará a lógica a trilhar o campo da irracionalidade ou da obscuridade. Essa lógica prática e argumentativa trabalhará com algum grau de

¹¹Verossimilhança, termo introduzido por Karl Popper em 1960 para explicar a ideia de que uma teoria pode ter melhor correspondência com a realidade, ou estar mais próxima da verdade, ou ter mais possibilidade do que outra teoria. Por combinar verdade com conteúdo de informação, a verossimilhança deve ser distinguida da probabilidade, que aumenta com a falta de conteúdo. (...) Desde meados dos anos 1970, nova abordagem da verossimilhança tem sido baseada no conceito de similaridade: o grau de verossimilhança de uma afirmação A depende das distâncias das circunstâncias permitidas por A ao estado verdadeiro. (...) O conceito de verossimilitude usa-se também no sentido epistêmico para expressar uma avaliação racional de quão perto da verdade uma teoria parece estar, conforme a evidência disponível. (AUDI, Robert. Dicionário de Filosofia. Trad. João Paixão Netto, Edwino Aloysius Royer et al. Título original: The Cambridge Dictionary of Philosophy. São Paulo : Paulus, 2006)

certeza e com aspectos relacionados à valoração probatória, assegurando liberdade decisória na sua avaliação.

A possibilidade de uma lógica voltada para questões práticas, descortinou a admissibilidade da existência de uma lógica jurídica, baseada em técnicas argumentativas. Entretanto, ressalta Alaôr Caffé Alves, (Alves, 2003, p. 399) que a ideia de uma lógica jurídica levaria, obrigatoriamente, a se concluir pela existência de uma razão jurídica fundada na razoabilidade, na prudência (*fronesis*), e não na verdade.

2.5 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE PERELMAN: O AUDITÓRIO UNIVERSAL COMO CRITÉRIO.

Chaim Perelman desenvolveu sua teoria da argumentação propondo sua aplicação como critério de racionalização do discurso jurídico. Recorreu, para isso, aos ensinamentos clássicos de Aristóteles que dividia a retórica em três gêneros: judiciário, deliberativo e demonstrativo ou epidíctico. Aristóteles concebeu esses três gêneros da retórica argumentando que no discurso podiam ser identificados três elementos essenciais: a pessoa que fala, a pessoa a que se fala e o assunto de que se fala. Detendo-se sobre esses elementos concluiu existiam também três tipos de ouvintes. Para cada tipo de ouvinte Aristóteles sugeriu um gênero de discurso que, por sua vez, possuía uma finalidade essencial e um tempo específico (passado, presente ou futuro) para lidar com os fatos. (Aristóteles, 2005, p. 39) A retórica aristotélica pode ser sintetizada da seguinte forma:

Quadro 2

Gênero do discurso	Tipo de ouvinte	Finalidade	Tempo
Judiciário	Juiz (propriamente dito)	Acusação e Defesa	Passado
Demonstrativo (epidíctico)	Espectador	Elogio ou Censura	Presente
Deliberativo	Juiz (membro da assembleia)	Aconselhar ou Desaconselhar	Futuro

Fonte: O autor (2021)

Cada gênero seria usado conforme o auditório a que se dirigia. Sendo o auditório um tribunal, o gênero usado seria o judiciário; se a assembleia, o gênero usado seria o deliberativo. Em se tratando de auditório constituído apenas por espectadores que aguardam o discurso caracterizado por um elogio ou censura, deve-se recorrer ao estilo demonstrativo (*epedíctico*).

Perelman, ao desenvolver sua teoria, constatou a existência de afinidades entre a antiga retórica aristotélica e a argumentação. Sua concepção da nova retórica levou-o à tentativa de resgate do sentido da palavra técnica a ser vista como qualidade racional e criadora de um discurso que não se pretendia literário. (Sudatti, 2003, p. 65-71) Dentre os gêneros da retórica, Perelman considerou mais importante o *epedíctico* porque assegura o bom desempenho nos demais estilos. Nessa modalidade o orador é visto como o porta-voz dos valores da comunidade. Obriga-se o orador à sustentação de premissas de natureza valorativas (juízos de valor) que fortalecerão, certamente, os argumentos dos demais discursos (judiciário/deliberativo).

Assim, propôs o uso da argumentação, mediante instrumentos racionais da nova retórica por ele concebida, na qual os valores passam a ter peso decisivo na fundamentação da decisão. Afirmando que o processo decisório, dentro da lógica jurídica, só se justificará se seus argumentos forem capazes de persuadir o auditório ao qual se dirige. Sustenta, ainda, que as decisões estão marcadas por uma espécie de continuidade (precedentes jurisprudenciais) e que somente sofrem mudanças quando novos valores já se encontram incorporados na comunidade, autorizando aí o rompimento de paradigmas. A retórica, portanto, se preocuparia mais com a adesão do que com a verdade. O objetivo daquele que a exerce é obter o assentimento do auditório à tese que apresenta. A verdade ou falsidade da mesma é uma questão secundária.

O que se pode observar, nessa concepção, é que a verdade declarada pela decisão não será necessariamente a única a ser admitida, mas sim uma dentre as opções razoáveis adotadas pelo julgador. Apesar da consistência probatória existente nos autos, haverá sempre um espaço no qual o juiz poderá se mover com maior liberdade. Isto, contudo, não significa a possibilidade de se justificar o arbítrio puro e simples.

Obviamente que a teoria da argumentação de Chaim Perelman não pode ser tida como perfeita ou isenta de ambiguidades. Os pontos frágeis da teoria, apontados pela crítica, estariam na classificação dos argumentos, na ideia de auditório universal (ideal), e na falta de precisão quando fala em “*força dos argumentos*”. (Atienza, 2000, p. 110) Além disso, a filosofia pluralística defendida sob a ótica de retórica argumentativa de Perelman, sucumbiria ao enfrentar um auditório dividido pelo equilíbrio de opiniões contrapostas. Nessa hipótese, o critério da razoabilidade perde sentido, porque não pode ser mensurado (Atienza, 2000, p. 117).

2.6 A BUSCA DA VERDADE: O FILÓSOFO, O RELIGIOSO E O AMANTE.

Pontes de Miranda, em obra dedicada ao enfrentamento do problema do conhecimento, sustenta que na filosofia do período pré-científico seria possível identificar em três classes distintas de filósofos:

“O primeiro filósofo: - Esse é o mundo que vemos, mas há outro por trás dele (o imutável abstrato, Parmênides, Platão), ou para cima (supra-real velado dos místicos), ou por baixo (subsensível). O segundo filósofo: - Esse é todo o mundo, só esse podemos admitir, porque depende de nós. O terceiro filósofo: O mundo é criação nossa, sobre cuja consistência não podemos ter certeza.” (Miranda, 1999, p. 49).

A esses filósofos, anteriores ao período da filosofia denominada científica, Pontes de Miranda dirige crítica no sentido de que viviam mais do que conheciam, ou seja, teriam vivido do pensamento “em vez de extraírem das coisas aquilo com que se enche o pensamento” (Miranda, 1999, p. 49).

É de se ressaltar que na classificação proposta por Pontes de Miranda nota-se que nem todas as correntes filosóficas buscam a verdade. Algumas, pelo contrário, negam a sua existência ou, ainda que exista, negam a possibilidade de conhecê-la. Destacam-se aí os céticos, cuja origem se atribui a Pirro de Elida,¹² e a

¹²Filósofo grego (c.365-275 a.C.) fundador do ceticismo propriamente dito. Seu pensamento radical propõe a suspensão (epoché) da crença em algo, por ser impossível a certeza, mas também a suspensão do próprio juízo, já que tudo o que pode ser afirmado pode ser negado com igual razão. Só assim seria possível atingir-se a paz de espírito (ataraxia), ou impertubabilidade. (JA-PIUASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de Filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 212.

Sexto Empírico¹³ o grande responsável pela sistematização de variantes dessa corrente filosófica.

Garcia-Roza, por sua vez, aponta para a existência de três tipos de “*buscadores da verdade*”. (García-Roza, 2001, p. 16-18) O primeiro é o filósofo que inicia sua procura por força de seu espírito inquieto diante da realidade sensível. Do filósofo platônico ao hegeliano, surgem discursos pretensiosos na busca da verdade, legitimados em si mesmos pela sua integridade interna ou ausência de contradição. Embora a eliminação do erro ou do equívoco na formulação do discurso vise alcançar a verdade, esse proceder somente nos levará a verdades parciais, quando o objetivo é a verdade plena.

O segundo tipo é o religioso que, assim como o filósofo, prega a existência de uma verdade absoluta que o orienta e o atrai, ainda que jamais venha a ser alcançada. Muitas das concepções religiosas absolutistas foram buscar sistematização no pensamento grego, moldando-o em benefício próprio. A influência grega é reconhecida por Santo Agostinho que é, por certo, um dos mais expressivos doutrinadores do cristianismo. Aquele homem santo reconheceu a “*qualidade*” do pensamento grego ao admitir o compartilhar de alguns “*fragmentos*” da verdade filosófica:

“Tu me proporcionaste, através de um homem inflado de orgulho imenso, alguns livros dos platônicos traduzidos do grego para o latim (...) nesses livros eu lia também que a glória do Deus incorruptível fora transformado em ídolos (...) Instigado por esses escritos a retornar a mim mesmo, entrei no íntimo do meu coração sob tua guia, e o consegui, porque tu te fizeste meu auxílio. Compreendi então (...) e disse: ‘Porventura deixará de existir a verdade, por não ser uma realidade difusa pelos espaços finitos e infinitos?’ E tu me gritaste de longe: ‘Na verdade, eu sou aquele que sou’. E ouvi como se ouve no coração, e já não tive motivo para duvidar. Mais facilmente duvidaria de estar vivo do que da existência da verdade, a qual se apreende através das coisas criadas” (Agostinho, 2002, p. 186-188-190-191).

Assim, em Santo Agostinho a verdade absoluta se faz presente, mas ela não será alcançada senão em nosso íntimo. “A palavra, por si só, não é portadora de

¹³Filósofo grego (séc. II-III) representante do ceticismo antigo, opositor dos aristotélicos, epicuristas e estóicos (tidos como dogmáticos). O ceticismo de Sexto Empírico diferencia daquele de-fendido por Pirro, pois embora reconheça ser impossível a verdade, defende a sua contínua investigação. (JAPIUASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de Filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, pp. 246-247)

verdade, ‘com as palavras não aprendemos senão palavras’, elas servem para incitar-nos na busca da verdade, mas esta só será atingida por uma iluminação interior” (García-Roza, 2001, p. 17).

O terceiro tipo de buscador da verdade é o amante. Citando Deleuze, Garcia-Roza descreve o verdadeiro amante como um ciumento, decifrador dos signos da amada, capaz de perceber as dissimulações nos gestos, nas palavras ou no seu silêncio (García-Roza, 2001, p. 18). Aqui a verdade não é uma construção da lógica ou uma obra da inteligência, mas um resultado de encontros, do acaso. Nenhum complexo tratado científico é mais rico em signos do que a mulher amada. Se se imagina que aqui tratamos de signos mundanos e não científicos, saiba-se que para Proust isso é indiferente, pois são esses signos que nos atropelam e nos levam a pensar. Diferente da verdade científica, fundada na lógica e, portanto, alcançada de forma arbitrária, Proust concebe uma verdade que nasce da interpretação e do encontro involuntário. A não-contradição deixa de ser essencial para decorrer “da decifração de signos mundanos que se impõem a nós, tal como ‘um raio oblíquo do poente sugere-me instantaneamente uma época esquecida de minha primeira infância’. E na aventura do involuntário, Proust acredita que a verdade se denunciará, provocando o pensamento” (García-Roza, 2001, p. 19). Daí surge o caminho da psicanálise freudiana na busca de verdade, afirmando que enquanto a inteligência científica percorre esse caminho com fundamento na não-contradição, o inconsciente não observa o mesmo princípio.

2.7 A VERDADE ONTOLOGICAMENTE POSSÍVEL E NECESSÁRIA EM PROL DA JUSTIÇA.

Depois da leitura das proposições teóricas sobre a verdade, colocadas nesta monografia, é possível que encontremos em uma delas uma identidade com a nossa própria percepção sobre a verdade; ou, talvez não. É possível que não vejamos em qualquer delas a compreensão trazida em nosso íntimo.

Em relação à verdade, parece-nos que o grande desafio da filosofia está exatamente em tentar defini-la. Nos diálogos socráticos e platônicos - onde se imprime o modelo da definição intentada, do contraexemplo, definição corrigida, de

outro contraexemplo e assim por diante - temas como a beleza, coragem, virtude, amizade, amor, coragem etc., não são alcançados por qualquer definição convincente. Isto porque esses temas estão entre os mais básicos e fundamentais que possuímos. E sem eles não seríamos capazes de ter absolutamente quaisquer outros conceitos. Como poderíamos, então, pretender reduzi-los a algo mais fundamental do que eles realmente são? (Davidson, 2005, p. 19-20) A ânsia, a necessidade, até mesmo um desespero por definições é um vício a ser reparado:

“Ainda estamos sob o feitiço da ideia socrática de que devemos continuar buscando a essência de uma ideia, uma análise significativa, em outros termos, uma resposta à questão sobre o que torna isto um ato de piedade, o que torna isto, ou qualquer enunciado, sentença, crença ou proposição, verdadeiro. Ainda caímos na falácia do novato que exige que definamos nossos termos como prelúdio para dizer qualquer coisa mais com, ou sobre, eles.” (Ghiraldelli Jr.; Bendassolli, 2002, p. 124)

Acreditar que a busca do conceito de verdade levará à descoberta de verdades gerais sobre a justiça ou fundamentos da física constitui um erro. Um equívoco que penetra de forma sub-reptícia por entre as teorias da verdade conduzindo-nos à convicção de que elas devem nos dizer, em geral, o que é verdadeiro, ou pelo menos nos mostrar como descobrir verdades. E nesse sentido, a Filosofia estava prometendo mais do que qualquer outra disciplina poderia oferecer (Davidson, 2005, p. 4).

Da arrogância humana, mencionada por Nietzsche, devemos nos afastar e reconhecer que não devemos pretender definir a verdade, mas apenas compreendê-la, e para tanto buscá-la nas atitudes humanas, pois são esses atos que terminam por fim dando à verdade o seu conteúdo:

“A metodologia pode ser vista negativamente pelo fato de não oferecer um conceito de verdade, nem qualquer oração quase-definicional, esquema axiomático, ou outro breve substituto para uma definição. O aspecto positivo é a tentativa de estabelecer conexões entre o conceito de verdade e atitudes e atos humanos que lhe dão conteúdo.”¹⁴ (tradução livre) (Davidson, 2005, p. 35).

¹⁴“The methodology can be characterized on the negative side by saying it offers no definition of the conception of truth, nor any quasi-definition clause, axiom schema, or other brief substitute for a definition. The positive is to attempt to trace the connections between the conception of truth and the human attitudes and acts that give it body.”

A verdade, então, não pode ser conceituada, mas pode ser compreendida. Sua presença não pode ser visualizada, mas pode ser percebida quando relacionamos esses conceitos tidos como básicos, entre eles justiça, verdade, amor, beleza, coragem etc. Somente nas conexões que fazemos entre as nossas crenças será possível a compreensão desses valores:

“Há uma lição a ser aprendida desses familiares, embora singulares, deslocamentos no foco de perplexidade filosófica. A lição, tirada do meu íntimo, é a seguinte: embora débil ou deficiente nossas tentativas de relacionar os vários conceitos básicos uns com os outros, estas tentativas dão-se melhor e nos ensinam muito mais do que nossos esforços em estabelecer corretas e reveladores definições sobre conceitos básicos em conceitos ainda mais claros e fundamentais.”¹⁵ (tradução livre) (Davidson, 2005, p. 20).

São as relações estabelecidas que asseguram o conhecimento, afastando uma concepção substancialista. As relações são indispensáveis para a nossa compreensão, sem elas o conhecimento não seria possível, os conceitos não existiriam. Ignorá-las nos impediria de captar ou aprender o significado de verdade:

“Só a preocupação materialista, ou em geral, substancialista, exclui de antemão, a realidade das relações. No mundo, apenas é a energia, a matéria, a substância, o termo. Ora, a maioria – e imensa maioria - dos fatos, do que atinge os nossos sentidos e do que a inteligência aponta como existente, depende das relações. A simples distância evita a relação entre dois corpos. (...) Nada, ou quase nada saberíamos do mundo se o nosso conhecimento fosse um conhecimento só de termos. Também o é, e em proporção considerável, de relações, tidas em seu papel de relações ou como termos, elas mesmas, de outras relações. A própria consciência, o conhecimento mesmo, é o resultado de uma relação. Nem sabemos como se haveria de conceber o mundo tal como a velha Lógica pretendeu – um mundo só de substantivos e de adjetivos. (Miranda, 1999, p. 160)

Ao se afirmar a verdade como indefinível não se pretende sustentar que nada de revelador possa ser dito sobre ela. Certamente que sim, mas ao fazê-lo

¹⁵There is a lesson to be learned from these familiar, though odd, shifts in the focus of philosophical puzzlement. The lesson I take to heart is this: however feeble or faulty our attempts to relate these various basic concepts to each other, these attempts fare better, and teach us more, than our efforts to produce correct and revealing definitions of basic concepts in terms of clearer or even more fundamental concepts.”

obrigatoriamente relacionamos a verdade com outros conceitos que nos são igualmente básicos. Não significa, também, seja ela puro arbítrio, porque existem parâmetros que estabelecem limites para a sua compreensão ou apreensão. Isto porque, a verdade é por nós descrita através da linguagem que nos permite a comunicação. Nesse processo identificamos três elementos: o falante, o intérprete e o mundo. O aprendizado da linguagem nos leva, de forma natural, a determinar o conteúdo proposicional de nossas sentenças de observação pelo que é comum e saliente ao falante e ao intérprete. E isto é fundamental para a visão do papel da verdade, na medida em que a relação entre o pensamento e o significado é estabelecido por um nível básico partilhado pelo falante e pelo intérprete. E o que eles partilham é uma imagem em grande parte correta de um mundo comum. Esta triangulação entre falante, intérprete e o mundo determina os conteúdos do pensamento e da fala. Daí porque não há espaço para um conceito de verdade relativizado (Ghiraldelli Jr.; Bendassolli, 2002, p. 107).

Essa concepção davidsoniana assemelha-se, de certa forma, à posição defendida por João Maurício Adeodato ao afirmar como correta a postura retórica que aponta a intermediação da linguagem na relação entre o homem e o meio ambiente. E ainda que a própria intermediação entre seres vivos e o mundo é intermediada, independentemente da língua e do fato de estarem ou não biologicamente vinculados a um ambiente determinado. Isto significa dizer que o processo comunicativo também sofre as restrições do aparato sensitivo disponível a todo ente vivo. Este aparato impõe, evidentemente, um “*corte*” no mundo, estabelecendo uma percepção (visual, auditiva, olfativa etc.) diferenciada entre os seres vivos. Mas isto não nos permite concluir que em um contexto qualquer palavra possa ser utilizada e nem que o conhecimento seja inteiramente relativo. (Adeodato, 2002, p. 228)

Ao se debruçar sobre a ontologia de Nicolai Hartman, Adeodato conclui pela necessidade de ampliarmos o entendimento sobre ela. A compreensão da ontologia como uma espécie de objetologia, ou seja, como simples descrição estática de objetos, seria resultante de um erro conceitual sobre o significado de palavra objeto. Após uma análise etimológica da palavra, propõe uma nova compreensão sobre a ontologia, libertando-a do restrito campo do ser para inseri-la na concepção de relações e estados não-definitivos. A inevitabilidade da ontologia se faz presente até

nas frases que as negam: “A *ontologia não é possível, trata-se apenas de um pre-conceito ingênuo do aparato cognitivo do homem*”; “*Nunca se pode dizer com segurança alguma coisa sobre alguma coisa*”. Essas orações que negam a ontologia são também ontológicas, pois assertivas que descrevem algo que é são assertivas ontológicas. (Adeodato, 2002, p. 229) Mas para chegar a tais conclusões, partiu de uma concepção ontológica plural, onde os valores passam a integrar uma das regiões do ser. E, por consequência, assim como o dualismo ontológico (subjetivismo/objetivismo), o pluralismo abre a possibilidade para se detectar um mundo especificamente humano, afastando, por um lado, o determinismo¹⁶ e, por outro, um subjetivismo arbitrário (Adeodato, 2002, p. 136-137; 230-231).

Essa ampla concepção ontológica, permite-nos alcançar uma ontologia jurídica onde é possível encontrar um conteúdo axiológico do direito, não na dimensão descritiva da ontologia, mas em sua dimensão construtiva (prescritiva). O direito aqui é visto como realidade *in fieri*,¹⁷ sofrendo a influência de posições apriorísticas e ideológicas, daí porque seu conteúdo é estabelecido pelo homem.

Sendo a ontologia jurídica possível ou melhor imprescindível, abre-se, então, o caminho para uma axiologia do direito onde os valores não são concebidos como com entidades ideais e nem como prévia e hierarquicamente dispostos. Razão pela qual não é possível atribuir a eles identidades de ‘certo’ ou ‘errado’. Por outro lado, não é possível também negar que são objetivos quando inseridos dentro de seu contexto significativo.

O Poder Judiciário, como se sabe, é provocado, diariamente, para examinar e se pronunciar sobre litígios de toda natureza. E para a resolução desses conflitos faz-se uso de procedimento cuja legitimidade se dá não só pela observância das regras e princípios processuais, mas sobretudo pelo compromisso com a realização de justiça que, necessariamente, está vinculada à presença da verdade como elemento estruturante do conteúdo decisório. Advirta-se, contudo, que a verdade embora deve ser considerada elemento importante na construção da decisão, não

¹⁶Doutrina filosófica que implica a negação do livre-arbítrio e segundo a qual tudo, no universo, inclusive a vontade humana, está submetido à necessidade. (...) o princípio do determinismo universal é aquele segundo o qual todos os fenômenos naturais estão ligados uns aos outros por relações invariáveis ou leis. (JAPIUASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de Filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 68)

¹⁷In fieri. Prestes a nascer. Em formação (Direito, in fieri). Possibilidade. Expectativa de direito. Jus in fieri: Direito a se construir a se formar. (BACHINSKI, Carlos. Latim: Língua e direitos vivos. Curitiba: Juruá, 2003, p. 424)

deve ser vista como imprescindível no sentido que não se pretende impor a sua busca de forma exaustiva e desmesurada e desmedida. De qualquer forma, negar a possibilidade de verdade no processo é negar o próprio processo, de modo que afirmações sobre a impossibilidade da verdade no processo devem ser recebidas com cautela:

“Também no que tange aos fatos não existe, no direito, o verdadeiro. Inútil buscarmos a verdade dos fatos, porque os fatos que importarão na e para a construção da norma são aqueles recebidos/percebidos pelo intérprete – eles, como são percebidos pelo intérprete, é que informarão/conformarão a produção/criação da norma. (Grau, 2005, p. 33)

A colocação feita por Eros Roberto Grau tem o seu devido valor, mas deve ser olhada com reservas. É evidente que os fatos não podem ser levados para os autos, pois os fatos pertencem ao passado, passado que não mais existe devido ao contínuo fluxo do tempo, restando apenas a memória (Agostinho, 2002, p. 349). A verdade, neste caso, fluirá através dos relatos, da linguagem que, por sua vez, está vinculada ao contexto, ao meio ambiente.

B. esfaqueou C., trinta e duas vezes. O crime fora motivado por ciúmes e presenciado por testemunhas, chamadas a prestarem depoimentos. É claro que não será possível trazer para os autos a própria realidade, porque não pode ser completamente apreendida. É muito provável as testemunhas não relatem precisamente que C. fora esfaqueado trinta e duas vezes, nem quais os pontos exatos do corpo da vítima atingidos pelos golpes, e nem qual dos golpes teria sido fatal, se o primeiro ou o trigésimo segundo! Não, isso provavelmente não ocorreria. Dada a nossa tendência à generalizações e às limitações de nosso aparato sensitivo, a única coisa que as testemunhas relatariam com certa segurança seria que B. esfaqueou C. O preciso número de golpes, as partes do corpo da vítima que teriam sido atingidas etc., são informações levantadas, de regra, por técnicos ou pessoas habilitadas para essa finalidade.

Na hipótese, há um dado inegável, irrefutável: B. esfaqueou C. Tem-se aqui a descrição de um fato ocorrido que altera em definitivo a realidade e, por isso, estabelecerá limites ao que pode ser relatado, razão pela qual não poderiam as testemunhas declararem que C. esfaqueou B.; afinal é o corpo de C. que se

encontra no necrotério. Realidade e linguagem interagem e nossos sentidos participam desse processo. Não há, aqui, lugar para o arbítrio. Uma objetividade se impõe e a verdade se faz percebida. Sem ela a justa solução para o litígio não ocorrerá. Verdade e justiça se entrelaçam.

Assim, ainda que em um dado momento histórico ocorra algum distanciamento conceitual entre a verdade vista pelas teorias filosóficas e a verdade intuída pelo senso comum, em ambas estarão sempre presentes duas características apontadas por Marilena Chauí: fragilidade e poder (Chauí, 2003, p. 102-103). A verdade é frágil e poderosa, ao mesmo tempo. A fragilidade decorre do fato de que ela está sujeita à destruição pelos poderes instituídos. A sua força, o seu poder está no fato de que o verdadeiro é uma exigência da própria razão da existência humana.

Por esse motivo, a questão enfrentada pela admissibilidade ou não da prova produzida ilicitamente ganha relevância. A verdade como elemento integrante do conceito de justiça leva-nos a indagar se a vedação constitucional à admissibilidade da prova ilícita pode obrigar que nos curvemos diante de uma decisão completamente dissociada da verdade e, por isso mesmo, injusta.

3 A PROVA JUDICIAL

(...) o direito não busca o conhecimento, como o faz a ciência, mas sim o reconhecimento e a credibilidade.” (Adeodato, 2002, p. 224).

3.1 SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROVA JUDICIAL

Michel Foucault relata o que teria sido a forma mais antiga de se pôr fim a um litígio: a disputa regulamentada. Descreve um episódio citado por Homero, no qual dois guerreiros pretendiam saber quem estava certo ou errado; quem estava com o direito, quem havia lesado o direito do outro. A solução viria mediante uma disputa regulamentada com o lançamento do seguinte desafio: *És capaz de jurar perante os deuses que não praticaste o ato do qual te acuso?*¹⁸(tradução livre). Em um procedimento como esse não há juiz, sentença, verdade, inquérito nem testemunhas para saber quem disse a verdade. O encargo de decidir, não quem está com a verdade, mas quem está com a razão, é confiado à luta, ao desafio, ao risco que cada um vai correr. (Foucault, 2001, p. 1438)

Litígios sempre existiram e, por óbvio, ainda fazem parte de nosso cotidiano, não havendo registro de uma sociedade na qual não se façam presentes. Litígios decorrem da própria coexistência humana e a sua inevitabilidade somada ao impulso irresistível de viver em sociedade, levou o homem a conceber instrumentos para solucionar divergências tão logo se apresentassem. O restabelecimento da normalidade, de modo a assegurar a integridade do grupo social, sempre esteve

¹⁸“Es-tu capable de jurer devant les dieux que tu n’as pas fait ce dont je t’accuse?” (FOUCAULT, Michel. Dits et écrits I, 1954-1975. France: Quarto Gallimard, 2001, p. 1438).

entre os objetivos primordiais de qualquer comunidade que pretendesse se manter instável.

Durante o curso da história ocidental, é possível constatar as mudanças pelas quais passaram os “sistemas” de solução de conflitos. E a prova, como elemento integrante desses sistemas, atravessou o tempo acompanhando a dinâmica social. Nesse caminhar da humanidade, é possível constatar que em determinadas épocas prevaleceram provas caracterizadas por peculiaridades que as identificavam como pertencentes a um determinado sistema, levando a doutrina a propor a seguinte classificação:

- o sistema das provas irracionais, no qual o juiz pergunta a um ser sobrenatural que diga quem tem razão;
- o sistema legal de prova, no qual a lei (o costume, ou mesmo a doutrina) precisa qual é o valor probatório de cada prova, sendo o juiz obrigado a resolver o conflito tendo apenas em conta aquilo que está provado de acordo com a lei;
- o sistema da prova livre, no qual o juiz aprecia livremente, em consciência, os elementos de prova perante si;

Evidente que a classificação acima é meramente didática, pois não são estanques os mencionados sistemas de provas. No sistema das provas irracionais não encontraremos, a rigor, um juiz na atual concepção. Esse “juiz” limitava-se à escolha da prova ordálica e a testemunhar sua realização para proclamar a decisão divina. Entre as provas ordálicas que mais resistiram ao tempo, encontraremos o juramento purgatório no qual o acusado ou réu prestava juramento para se desculpar ou provar sua inocência. A recusa em prestar o juramento importava confissão de culpabilidade. Por este juramento, esconjurava contra si mesmo sanções graves para o caso das afirmações não serem verídicas; era uma espécie de automaldição, punindo Deus aquele que tivesse prestado falso juramento. O juramento purgatório desapareceu em matéria de crime; mas permaneceu em matéria cível sob o nome de juramento litisdecisório (Gilissen, 1995, p. 716). O duelo ou combate judiciário, no entanto, tornou-se a mais usada e apreciada das

ordálias, passando a ser indispensável na solução de quase todos os litígios (Santos, 1952, p. 35).

No sistema das provas legais, destacou-se o sistema canônico-romano, descrito pelos romanistas glosadores e canonistas do século XII. A sua evolução se deu principalmente no século XIII, caracterizando-se pela classificação sistemática das provas romanas (segundo método escolástico) em graus (*gradus*): - *probationes plenae* (provas plenas); - *probationes semiplenae* (provas semiplenas); - *indicia* (indícios). Acima da prova plena coloca-se, a partir do séc. XIII, o *notorium*, ou seja, aquilo que não precisa ser provado. A teoria do notório é uma criação canônica, sem precedente romano, tendo sido elaborada nos sécs. IX a XIII (Gilissen, 1995, p. 717).

No Brasil Colonial, o sistema da prova legal, fazia-se presente especialmente quando conflitos envolviam portugueses e índios. Ao procurar proteção jurídica perante a justiça os índios descobriam que a balança da justiça pesava contra eles. Se pretendessem desacreditar o testemunho dado por um português, os índios precisavam apresentar o testemunho de pelo menos três ou quatro índios (Schwartz, 197, p. 26). Ainda hoje, há resquícios do sistema denominado de prova legal. Dentro do nosso sistema processual, o exemplo mais comumente citado é o disposto no artigo 366, do Código de Processo Civil. Diz o dispositivo que, quando a lei exigir instrumento público como essencial à realização do ato, nenhuma outra prova, por mais evidente que seja, poderá suprir-lhe a falta (Alvim, 2000, p. 508-509). Os ordálios, sob a forma de juramento purgatório, ainda encontraram acolhida no Code Civil de 1804 (art. 1358º - 1365º), no Código Italiano de 1942, e Egípcio de 1948 (Gilissen, 1995, p. 716).

No sistema de provas livres, hoje prevalecente, não há na verdade um sistema de provas, mas sim uma ausência. De regra não se estabelece quais provas são inadmissíveis, mas sim em quais hipóteses ela pode ser recusada. Ademais, no que diz respeito à valoração da prova o juiz é livre no seu convencimento, mas deverá demonstrar racionalidade dos critérios utilizados, procedimento denominado de persuasão racional.

As maiores inovações no âmbito da prova judiciária ocorreram de fato no século XX, entretanto, é possível identificar significativas transformações ocorridas nos séculos XVIII e XIX, tais como:

- a. a libertação definitiva do processo penal do sistema de provas legais (na instituição do júri, a valoração da prova passa a depender exclusivamente da íntima convicção de seus integrantes;
- b. no processo civil, o sistema legal de provas sofre atenuações, deixando-o muito mais flexível que o sistema canônico-romano.

Por fim, no século XX, percebe-se uma tendência para o fim das provas irracionais em todo o mundo, especialmente nos continentes africano e asiático, onde ainda é possível encontrá-las. Caminha-se para a utilização cada vez mais intensa de provas científicas (impressões digitais, análise de sangue etc.). Fortalecem-se as provas documentais, especialmente no direito comercial e administrativo, em detrimento das testemunhais. Visível, também, em matéria cível, o avanço da valoração livre da prova sobre o sistema das provas legais. (Gilissen, 1995, p. 719)

Importante ressaltar que não ocorreram rupturas no sistema probatório ocidental, mas mudanças decorrentes da dinâmica do contexto político, econômico e social. Enquanto uma prática probatória esmaecia, outra, lentamente, ganhava pujança no seio social, de modo que, em boa parte da Europa Ocidental, era possível notar a coexistência, em determinado momento histórico, de provas consideradas místicas (*ordálios* etc.) e de provas ditas racionais.

3.2 DEFINIÇÃO DE PROVA JUDICIAL.

Warat afirma que definir importa em especificar a conotação de um termo. Apresentar um critério mediante o qual um rótulo pode ser aplicado a uma classe de objeto. Definir é, em última análise, realizar um processo de classificação. (Warat, 1994, p. 32)

Saber como definir ou que tipo de processo resulta de uma definição não é o bastante. Isto porque inúmeras são as variações conceituais que encontraremos sobre a definição da prova. Todo doutrinador que se aventura nessa tarefa termina por enfrentar outras questões não menos embaraçosas, tais como:

- a. O que se pretende com a prova? Trazer a verdade para o processo; ou apenas fixar uma certeza processual?
- b. O que se prova? Um fato ou uma afirmação sobre um fato?
- c. É necessário provar a existência de um direito?
- d. Quem é o destinatário da prova? O juiz ou as partes?

Como se percebe, ao abraçar uma definição sobre a prova, o doutrinador obrigatoriamente estará fadado, previamente, a tentar destriçar temas não menos complexos como a verdade, justiça, certeza etc., o que explica a multiplicidade conceitual sobre a prova, conforme transcrições seguintes:

“Pode definir-se a prova como um mecanismo pelo qual se tenta estabelecer a verdade de uma alegação, de um direito ou de um fato.” (Gilissen, 1995, p. 711);

“Provar significa uma atividade do espírito dirigida à verificação de um juízo. O que se prova é uma afirmação, quando se fala em provar um fato, ocorre assim pela costumeira mudança entre afirmação e o fato afirmado.” (Carnelutti, 2000, p. 495) ;

“Entende-se por prova a atividade das partes e do Tribunal, encaminhada a proporcionar ao juiz a convicção da verdade ou falsidade de um fato.”; (Schönke, 2003, p. 264)

“A verdade é a concordância entre um fato real e a ideia que dele forma o espírito.”; (Mittermaier, 1996, p. 79).

[A prova é] “o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”. (...) “A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção d’esta conformidade é a certeza.” (Malatesta, 1911, p. 21;25).

“Provar significa, substancialmente, induzir o juiz ao convencimento de que o fato histórico aconteceu de um determinado modo. O fato histórico deve ser ‘representado’ ao juiz por meio de outros fatos. A prova é, nesse sentido, o procedimento lógico por meio do qual a partir de um fato conhecido deduz-se

a existência do fato histórico a ser provado e suas circunstâncias.” (Tonini, 2002, p. 46)

“Descobrimos a verdade quando há conformidade entre a ideia (pensamento) e o fato de ordem física ou de ordem moral que desejamos conhecer. Provar é estabelecer a existência dessa conformidade. As provas são os diversos meios pelos quais a inteligência consegue descobrir a verdade”.¹⁹(tradução livre) (Bonnier, 1873, p. 1)

“Provar significa, ao senso corrente da palavra, fazer com que qualquer coisa aparente ser verdadeira ou certa. É estabelecer a realidade de um fato ou de uma afirmação”.²⁰ (tradução livre) (Mougenot, 2002, p. 63).

Daí porque a doutrina reconhece como ilusória a pretensão de se formular um conceito universal de prova que passa, inclusive, pela confusão verificada na doutrina quando ora trata da prova, como objeto; ora, como ação.²¹ A visão poliédrica sobre a prova tem levado a doutrina a concluir que não parece adequado formular mais uma entre as inúmeras definições tidas como unívocas e abstratas sobre a prova; ou elaborar outra tipologia, igualmente abstrata sobre as provas (Taruffo, 2002, p. 440).

Insensato, portanto, seria continuar a transcrever as inúmeras definições com intuito de se buscar pontos comuns que possam levar a uma definição consensualmente aceita. Ademais, como já dito, há indagações ainda insolúveis

¹⁹ Nous découvrons la vérité, lorsqu'il y a conformité entre nos idées et les faits de l'ordre physique ou de l'ordre moral que nous désirons connaître. Prouver, c'est établir l'existence de cette conformité. Les preuves sont les divers moyens par lesquels l'intelligence arrive à la découverte de la vérité.”

²⁰ "Prouver, au sens courant du mot, c'est faire apparaître quelque chose comme vrai et certain. C'est établir la réalité d'un fait ou d'une assertion. (De Page, t. III, 3^a ed., n° 705 ; G. Goubéaux et P. Bihr, Rép. Dr. Civ. Dalloz, v° Preuve, n° 1; N. Verheyden-Jeanmart, Droit de la preuve, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 3, apud MOUGENOT, Dominique. Droit des obligations. La Preuve. Belgique: Larcier, 2002, p. 63)

²¹ En general, llhamos prueba a todo aquello que, en el procedimiento, representa el esfuerzo por incorporar los rastros o senâles que conducen al conocimiento cierto o probable de su objeto. Pero, esto es solo uno dos sentidos del concepto, pues también acudimos a él cuando pretende-mos senâlas el resultado de la atividade probatória (por ej, el contenido de este documento prueba tal circunstancia ou hecho). Es cierto, por ello, que el concepto de la prueba es poliédrica. Sin embargo, en lo que ahora nos interesa, basta con aceptar el significativo intuitivo, relacionado con conocer, comprobar, en fin, acercamos a la verdad.” (Júlio B. Mayer apud DUCLERC, Elmir. Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: 2004, p. 5)

sobre a prova de forma que comprometem a própria conceituação da prova no campo processual.

Dada a ausência de unicidade conceitual, resta-nos seguir a orientação de Heleno Torres no sentido de se abandonar a ideia de encontrar uma definição. Sugere uma avaliação das diversas acepções utilizadas para qualificar o fenômeno probatório, abandonando-se as significações atribuídas à prova, pelo senso comum, e limitando-se exclusivamente aos aspectos jurídicos. E, ainda que assim se procedesse, o fenômeno probatório ainda nos levaria a diversas proposições, entre elas as seguintes:

- “Significa a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (*actus probandi*); significa ação de provar, de fazer prova. Nessa acepção se diz: a quem alega cabe fazer a prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos da sua alegação.”
- “Significa o meio de prova considerado em si mesmo. Nessa acepção se diz: prova testemunhal, prova documental, prova indiciária, presunção.”
- “Significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nessa acepção se diz: o autor fez a prova da sua intenção, o réu fez a prova da exceção.” (Santos, 1952, p. 11-12)

Provar também tem o sentido de ratificar, confirmar, preservar situações e demonstrar posições, com o objetivo de obter o convencimento sobre uma realidade fática. (Filho, 2004, p. 37)

A doutrina estrangeira também reconhece que a primeira dificuldade que se encontra no estudo da prova judicial está exatamente na multiplicidade de acepções do vocábulo “*prova*”, tanto fora quanto dentro do âmbito do direito processual. (Dellepiane, 2001, p. 21)

3.3 NATUREZA DAS NORMAS SOBRE A PROVA JUDICIAL.

A natureza jurídica das normas sobre a prova, se de direito material ou processual, tem sido objeto de muitos debates. Aparentemente irrelevante, o tema ganha interesse quando surgem questões de ordem temporal, pois no campo processual as normas são de aplicação imediata aos processos em curso, disciplinando litígios sobre fatos ocorridos no passado. A essa possibilidade costuma-se denominar, impropriamente, de retroatividade das normas processuais.

Digamos que a lei estabeleça, em um determinado momento, que a prova exclusivamente testemunhal somente será admitida em contratos de valor não-superior a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Estabelecido o litígio sobre um contrato no montante hipotético de R\$ 4.000,00, e proposta a ação, advém alteração legislativa estabelecendo que a prova exclusivamente testemunhal somente será permitida para contrato de valor não-superior a R\$ 2.000,00. Conforme for a natureza do litígio (negação da existência do contrato, por exemplo), a prova testemunhal poderá ser indispensável para o autor prove a existência do contrato, e assim, prejudicial aos interesses do réu. Se a natureza da prova for substancial, o autor poderá valer-se da prova testemunhal, sob o argumento do direito adquirido; no entanto, se for considerada material, o réu poderá recusar a prova testemunhal. Aqui, a natureza da prova – se substancial ou material – ganha relevância prática, uma vez que terá de ser considerada para sua admissibilidade no processo e, conforme for, definirá o destino da lide. Ressalte-se que, neste caso, é irrelevante a ubiquação da norma para se decidir qual a sua natureza jurídica. Indiferente, pois, se a norma se encontra em diploma legal dessa ou daquela natureza. (Rego, 1985, p. 3-4)

Bonnier e Bordeaux doutrinavam que toda matéria probatória deveria ser tratada por leis processuais, sendo essa a tendência dos processualistas modernos. Clóvis Beviláqua defendia a natureza mista da prova, sendo da esfera do direito civil a determinação das provas, a indicação de seu valor jurídico e das condições de sua admissibilidade. Já ao direito processual, cumpriria fixar o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo. (Alvim, 2002, p. 258)

Há, ainda, linha doutrinária reconhecendo a existência de um direito processual material (substancial) e de um direito essencialmente formal (puro). As normas integrantes do primeiro grupo seriam aquelas que teriam uma natureza bifronte, pois capazes de repercutir tanto no mundo processual, como fora dele. A exemplo, teríamos as normas relativas à ação, competência, fontes e ônus da prova, coisa julgada material, responsabilidade patrimonial. As normas processuais puras diriam respeito exclusivamente ao processo, tais como: a forma dos atos processuais, prazos, procedimentos adequados, recursos, objeto da prova, os meios de prova e os critérios de valoração. (Dinamarco, 2002-v I, p. 45-46)

No direito inglês, não se encontrará essa discussão. A prova vem disciplinada por lei que não diz respeito nem ao procedimento (*adjective law*), nem ao direito

substancial (*substantive law*). A sua disciplina legal dá origem a um sistema probatório, um tipo de divisão especial do direito, denominada de “lei da evidência” (*the law of evidence*). Além disso, os juristas ingleses não se embaraçam com a distinção entre regras de procedimento e regras de fundo. A corte inglesa limita-se a analisar apenas a conveniência ou não de aceitação de determinada prova. (Huet, 1965, p. 14-15)

3.4 OBJETO DA PROVA JUDICIAL.

3.4.1 Provam-se fatos ou alegações?

Há uma tendência na prática judiciária em se afirmar que o objeto da prova são os fatos. Somos levados a essa conclusão porque, de regra, as alegações controvertidas das partes dizem respeito a fatos. Doutrinadores também caem nesse equívoco afirmando que o objeto da prova são fatos (do latim, *factum*, *de facere*= fazer, causar) afirmados pelo autor, réu ou terceiros. (Filho, 1989, p. 27) Os fatos versados na ação, refutados pela parte contrária, tornam-se o objeto da prova que deverá ser considerada quando da resolução da pretensão resistida. (Santos, 1952, p. 16) Ora, as relações fáticas, sob o ângulo jurídico, são relações de imputação e não de causalidade. A prova do pagamento efetuado pelo devedor ao credor é uma questão de atribuição normativa à conduta e não uma relação causal. No exemplo citado, o que se deve provar não é necessariamente o fato da entrega do dinheiro, mas se houve pagamento juridicamente falando. Esse é o ensinamento de Kelsen (Júnior, 1994, p. 319) e de Francesco Carnelutti:

Prova dos atos. Porém, se os dados não são para nós somente os artigos do Código que preveem o contrato e o reato, mas também o contrato e o reato mesmos, e se isso é, como foi dito antes, correspondente ao homem que compra ou que rouba, como fará o cientista do Direito para observar não só o contratante ou o delinquente, mas o contrato e o delito?

Ao observar o fenômeno, poderíamos objetar: quem atará a mosca pelo rabo? É assim que, se nosso campo de observação não é menos ilimitado que o do astrônomo ou o do sociólogo, nossos meios de observação são, sem dúvida, inferiores. Não há, infelizmente para nós, nem telescópios nem microscópios.

O discurso afeta, naturalmente, ainda que em diversa medida, a todos os atos jurídicos, do mais solene ao mais ignóbil, do mais importante ao mais vil. O delito tem, sobre os outros, a circunstância de que se esconde ou trata

de esconder-se; porém, não se quer dizer que isso não ocorra também nos contratos; inclusive nos atos judiciais que, melhor que os outros, se prestam à observação quando não são secretos. Por exemplo, um observador pode assistir menos à redação de uma sentença que ao cumprimento de uma condenação; de todos os modos, também são evidentes todos os atos porque são atos, são instantes. Voam. São um movimento e uma mutação. Aparecem e se dissolvem. O que permanece não é o ato, mas a prova. (sem destaques no original) (Carnelutti, 2000, p. 43)

O que deve ser demonstrado, o que deve ser provado? A confusão costuma estabelecer-se neste ponto. Isto porque, não raramente, sendo até comum ouvir-se dizer que se provam os fatos. Esta afirmação não é correta, pois os fatos não se provam, eles apenas existem. O que se prova são as afirmações que, por sua vez, podem se referir aos fatos. A parte – sempre a parte –, não o juiz, formula afirmações. A parte não traz ao juiz as suas dúvidas, mas as suas certezas, reais ou fictas, sobre o que sabe. Não vem pedir ao juiz que averígue, mas que decida sobre o que ela averiguou. Comparece a parte perante o juiz para que constate, comprove ou melhor verifique se as afirmações coincidem com a realidade. (Melendo, 1979, p. 12) Daí porque o que se prova são as alegações e não os fatos. A alegação é verdadeira ou falsa, correta ou incorreta. O fato em si mesmo existe ou não existe, nada mais.

A origem do vocábulo prova está no adjetivo latino *probus*, cujo significado corresponde a bom, correto, verdadeiro. Daí porque provar é demonstrar que uma alegação condiz com a verdade. Fatos não estão suscetíveis a essas qualificações, pois, como já dito, existem ou não existem. Já as alegações sim, podem ser verazes ou mentirosas, daí a obrigatoriedade de prová-las. Pode-se, ainda, afirmar, em situações específicas, que determinada alegação é objeto de prova.²²

²² “As alegações feitas no processo são apresentadas ao juiz e constituem alvo das atividades consistentes na prova. São objeto destas.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2002, v. III, pp. 58-59).

3.4.2 Prova-se o direito?

A discussão sobre a prova do direito obrigar-nos a volver para a expressão latina *jura novit cúria*.²³ Presume-se ser do conhecimento do juiz o direito vigente. O Código de Processo Civil impõe à parte apenas a obrigatoriedade de provar o teor e a vigência de norma municipal, estadual, estrangeira ou consuetudinária, se assim determinar o juiz. Nesta hipótese, a prova da existência e vigência da norma é obrigatória às partes, sendo facultado ao juiz dispensá-las dessa obrigatoriedade. (Santos, 1952, p. 117) Sobre isso a doutrina estrangeira não tergiversa, firmando-se quanto à desnecessidade da parte produzir a prova da regra jurídica:

“ – Duas são as coisas que podem ser debatidas na justiça: a regra do direito e os elementos do fato. Ora, em princípio a prova judicial tem por objeto as questões fáticas controvertidas; a regra de direito não é matéria de prova. A lei, ordem do soberano que se impõe imperativamente ao juiz, não está a ser provada : compete ao juiz constatar a sua existência, porque tem a obrigação de conhecê-la, e de interpretá-la caso sobre ela haja discussão. O direito se discute, não se prova : «*jura novit curia*», «*da mihi factum, dabo tibi jus*» “²⁴ (tradução livre)

O direito, de regra, é objeto de interpretação; somente as questões fáticas controvertidas serão objeto de produção probatória. Seguindo a mesma, a doutrina nacional esclarece que, sendo a lei fonte primordial, principal, imediata e direta do direito, torna-se princípio que as regras de direito independem de prova. Afinal, se às partes não se permite alegar a ignorância da lei, muito menos o seria ao juiz que está obrigado a decidir sobre a controvérsia. (Santos, 1952, p. 174-175) Decorre daí a presunção de que as normas integrantes do ordenamento legal são de conhecimento do juiz, salvo normas estaduais, municipais, estrangeiras e consuetudinárias, cuja demonstração de existência e vigência recai sobre a parte interessada. Nesse caso, não se trata de provar o direito, mas demonstrar que as

²³ *Jura novit curia*: Princípio da livre dicção do direito. O juiz conhece o direito, o juiz cuida do direito, consoante a regra: narra mihi factum dabo tibi jus. (BACHINSKI, 2003, p. 429)

²⁴ “ – Deux sortes de choses peuvent être débattues en justice : la règle de droit e les éléments de fait. Or, en principe, la preuve judiciaire ne porte que sur les points de fait qui sont déniés ; la règle de droit n'est pas matière de preuve. La loi, ordre du souverain que s'impose impérativement au juge, n'a pas à être prouvée : il appartient au juge de la constater, car il doit connaître, et de l'interpréter si elle est discutée. Le droit se discute, il ne se prouve pas : « *jura novit curia* », « *da mihi factum, dabo tibi jus* ». “ (HUET, André. *Les conflits de lois en matière de preuve*. Paris: Librairie Dalloz, 1965, p.132).

alegações têm por fundamento uma norma existente e vigente, razão pela qual não se impõe um mecanismo probatório com essa finalidade:

“Las afirmaciones, normalmente, generalmente, se refieren a hechos; de ahí viene la confusión que hace decir que se prueban hechos; de ahí viene también la confusión de que aparezca en algún precepto legal la idea de que, en determinadas circunstancias, las normas jurídicas son hechos; y que se diga que el derecho hay que probarlo. No es que el derecho hay de probarse; lo que ocurre es que hace necesario colaborar con el juez; que hay que ayudarlo en su función juzgadora.” (Melendo, 1979, p. 13)

No direito processual alemão, as normas jurídicas não constituem, em princípio, objeto de prova, diante da obrigação do juiz em conhecer a legislação vigente no território do Reich. Por outro lado, o direito estrangeiro, o direito consuetudinário e os estatutos de fundações de pessoas jurídicas necessitam de provas, desde que, obviamente, não sejam do conhecimento do juiz ou tribunal. O ingresso dessas informações no processo não observará a mesma técnica empregada para a produção probatória. A averiguação das normas jurídicas carregadas aos autos pelas partes não vincula o juiz, ainda que declarem harmonicamente sua aplicabilidade. (Schönke, 2003, p. 270)

Saliente-se que a regra *jura novit curia* não sofre abalo com a necessidade de o juiz ser auxiliado com o fornecimento de textos legais e a demonstração de sua vigência. Tão logo tenha essas informações disponíveis, exercerá então sua interpretação e proferirá sua decisão, prevalecendo sempre a independência intelectual do juiz. (Dinamarco, 2002-VIII, p. 70)

Conclui-se que é possível se estabelecer o debate judicial sobre as regras de direito e os elementos do fato. A prova, no entanto, se estabelecerá apenas em relação aos argumentos fáticos.

3.5 FONTES E MEIOS DE PROVA.

Fontes de provas é qualquer objeto ou pessoa capaz de levar informações necessárias à resolução da lide. De regra, as fontes antecedem ao processo, mas não se pode descartar a possibilidade de fontes que venham a surgir durante a

relação processual. (Latorraca, 1990, p. 35) Meios de provas seriam, por sua vez, as técnicas utilizadas para a investigação de fatos de interesse à lide.

Portanto, meios de provas são internos ao processo, enquanto as fontes constituem um fenômeno externo. A correlação entre fontes e meios de prova está no fato de que aquelas possuem características ou particularidades que devem ser consideradas no momento de se escolher o meio para conduzi-las (fontes-informações) ao processo. (Dinamarco, 2002-vIII, p. 87) De forma sucinta, as fontes são elementos que existem na realidade, e os meios se constituem na atividade de incorporação desses elementos ao processo (Melendo, 1979, p. 150).

Essa concepção de fontes de prova é adotada pelo nosso sistema probatório, uma vez que nada se exclui como elemento possível de levar informações ao processo. O que encontraremos em nossa legislação processual serão limitações, jamais exclusões. A exemplo, as pessoas incapazes, suspeitas ou impedidas, que, por razões legais, não podem ser ouvidas como testemunhas. (Dinamarco, 2002-vIII, p. 88)

Atente-se para o fato de que o Código de Processo Civil inclui a confissão como meio de prova. A classificação legal tem sido considerada como equivocada e até absurda pela doutrina, pois a confissão constitui-se apenas em mera *declaração de conhecimento* levada até o juiz, mediante depoimento, documento ou quaisquer outras formas possíveis (cartas, correspondência eletrônica etc.). Se fosse realmente meio de prova, poderia a parte requerer ao juiz que o adversário fosse intimado a confessar. (Dinamarco, 2002-vIII, p. 99-100)

3.6 A NECESSIDADE DA PROVA JUDICIAL.

Embora pareça hiperbólico, o velho aforismo latino *quod non est in actis non est in mundo*²⁵ retrata, de fato, o desafio diariamente enfrentado por aqueles que contendem. A resolução dos processos depende, de regra, da análise do conjunto probatório e, por isso, a sua presença ou mesmo sua ausência define de um modo ou de outro a lide:

²⁵Expressão latina assim traduzida: O que não está nos autos não está no mundo / O que não está escrito em documentos é considerado como inexistente. (BACHINSKI, 2003, p. 457).

“Ausência de direito e ausência de prova são coisas diferentes, teoricamente. Confundem-se, contudo, na prática. Todos os autores gostam de acentuar a importância das provas. Um direito nada é sem a prova do ato ou do fato de onde deriva. A prova dá vida ao direito: Não provar e não existir é a mesma coisa.”²⁶ (tradução livre)

Além da importância prática da prova, há que se ressaltar a relevância do encargo legal de sua demonstração em juízo. De regra, pesa sobre aquele que propõe a causa²⁷ o ônus de provar suas alegações. O réu pode permanecer impassível na sua atividade probatória enquanto o autor nada provar, pois a ausência de provas levará à improcedência da ação. Assim:

“...o réu pode limitar-se a negar pura e simplesmente, mesmo no caso de negação indireta, ou seja, de afirmação de um fato incompatível com aquele firmado pelo autor (*negatio per positionem*); ele não tem, por enquanto, a necessidade de provar o fato que afirma, porque a sua afirmação é feita só para negar a existência do fato deduzido pelo autor, como fundamento de sua demanda” (Alvim, 2002, p. 261).

O debate em juízo produz uma espécie de mosaico. As testemunhas, as conclusões dos peritos, a confissão ou o desmentido do acusado constituem as pedras que irão compô-lo. Não obstante, pode-se idear diferentes desenhos utilizando-se as mesmas pedras. O que importa, ao final, é a maneira como ficarão dispostas, a distribuição das cores, a justa proporção entre a luz e a sombra. Por conseguinte, usando as mesmas pedras do mosaico, é possível a formação de distintos quadros. Quadros compostos pelo advogado, pelo promotor de justiça e pelo juiz. No entanto, o quadro dos fatos será único, se faltar uma pedra ou se for disposta de forma incorreta, não será possível reconstruir a sua imagem real e verdadeira (Tschadek, p. 01-02).

A efetiva participação das partes na produção das provas é corolário dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Não deixa de ser, ainda, uma salvaguarda contra o arbítrio das decisões. Até o júri, instituição integrante da estrutura do Poder Judiciário, única desobrigada a justificar suas

²⁶ “Em théorie, l’absence de droit et l’absence de preuve sont des choses différentes. Elles se rejoignent néanmoins dans la pratique. Tous les auteurs se plaisent à souligner l’importance des preuves. Un droit n’est rien sans la preuve de l’acte ou du fait dont il dérive. La preuve vivifie le droit : Idem est non esse aut non probari.” (MOUGENOT, Dominique. Droit des obligations. La Preuve. Belgique: Larcier, 2002, p. 64).

²⁷ Vide artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

decisões, pode ser questionado quando sua decisão destoar, por completo, das provas existentes nos autos.²⁸

De certa forma, a prova é um instrumento legitimador da decisão. O processo absorve a própria essência do Estado Democrático de Direito, impondo ao juiz que justifique suas decisões, sob pena de nulidade.²⁹ Logo, não sendo essencialmente jurídica a questão, a prova é elementar do conteúdo decisório, a ponto de a doutrina afirmar que “a prova é essencialmente indestrutível, juridicamente necessária, axiologicamente soberana e sociologicamente exigível.”³⁰

É juridicamente necessária porque ela preencherá o arcabouço jurídico da decisão, dando sustentação ao “esqueleto” normativo aplicado pelo julgador no deslinde da questão. É axiologicamente soberana porque bastante em si mesma, sua existência não precisa ser justificada, ela impõe seus valores independentemente da vontade das partes ou do juiz. É sociologicamente exigível porque a decisão nada mais é do que uma prestação de contas do juiz para com a sociedade. A sentença não é um ato dirigido ao Estado, mas à sociedade.

Inegavelmente, temos na decisão jurídica um discurso racional, caracterizado como um ato de comunicação, um apelo ao entendimento de outrem. No discurso decisório prevalece o dever de provar mediante a utilização de procedimento que permita que as provas possam ser questionadas durante o processo de construção da decisão que, ao final, resulte em um discurso fundamentado. Na construção da decisão o consenso é buscado, mas não é essencial. (Júnior, 1994, p. 318)

3.7 O DIREITO À PROVA JUDICIAL E A JUSTIÇA PROCESSUAL.

O direito à prova é corolário dos princípios constitucionais que asseguram ao cidadão o acesso à justiça, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Assegura-se

²⁸Código de Processo Penal: Art. 593 - Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (...) ..III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: (...) d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

²⁹Constituição Federal: Art. 93. (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

³⁰PINEDA, Angel Martines. Filosofia jurídica de la prueba apud VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.

a todos o direito de ser escutado antes de se proferir decisão (*fair hearing*)³¹, pois seria despropositada eventual aplicação de norma sancionatória sem a antecedência de processo no qual os fatos pudessem ser demonstrados e a eles atribuídos as consequências legais pertinentes (Cambi, 2001, p. 109-110).

Nos Estados Unidos da América fala-se de um verdadeiro right to evidence em favor de quem age e se defende em juízo, garantido pela cláusula do due process of law. Na Itália, a Corte Constitucional afirmou que a garantia constitucional fica prejudicada quando se limita o direito à prova. Na então Alemanha Federal sempre se conheceu o direito à prova, que não se esgota na faculdade de produzi-la, mas compreende uma verdadeira pretensão a vê-la admitida. Entre nós, a doutrina não se afasta dessas posições (Grinover; Fernandes; Gomes Filho, 1997, p. 119).

Assegurar às partes a produção das provas consideradas úteis e necessárias à demonstração dos fatos em que assentam suas pretensões não significa que isso possa ser realizado sem as restrições de normas e princípios. O direito à prova não é absoluto, sujeitando-se a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção. Esses limites, contudo, devem ser racionalmente justificáveis no sentido de tutelar outros valores de maior relevância ao caso concreto. (Cambi, 2001, p. 173)

A relatividade do direito à prova está fundada na moderna doutrina constitucional que dispõe que o exercício dos direitos deve buscar seu equilíbrio na convivência das liberdades, o que pode ser simplificado na seguinte expressão: “o teu direito termina onde começa o meu”.

Os direitos do homem³² não podem ser examinados unicamente dentro do universo do indivíduo, deve considerar o contexto social, de modo a não se permitir

³¹Fair hearing – audiência boa; audiência equitativa (GOYOS JUNIOR, Durval Noronha. Noronha Dicionário Jurídico: English-Portuguese. São Paulo: Observador Legal, 1992, p.115)

³² As expressões “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e “liberdades públicas” têm sido, equivocadamente, usadas indistintamente como sinônimos. Em verdade, guardam, entre si, de rigor, apenas um núcleo comum: a liberdade. (...) Na elegância de seu estilo didático e de extrema clareza, ensina Jean Rivero: as liberdades públicas são os poderes de autodeterminação consagradas pelo Direito positivo. (...) Mais significativos são, em definitivo, os critérios de natureza orgânica, manifestando essencialmente uma superioridade da Constituição: os direitos e liberdades fundamentais são, em primeiro lugar, protegidos contra o Poder Executivo mas também contra o Poder Legislativo, enquanto que as liberdades públicas — no sentido do Direito francês clássico — são essencialmente protegidas contra o Poder Executivo... Em segundo lugar, os direitos fundamentais são garantidos em virtude não apenas da lei, mas sobretudo da Constituição ou dos textos internacionais ou supranacionais. As liberdades públicas — averba Jean Rivero — constituem precisamente uma dessas categorias, consagrada notadamente pelo art. 34 da Constituição. Elas

que quaisquer das liberdades reconhecidas ao indivíduo seja exercida de modo danoso à sociedade (Grinover; Fernandes; Gomes Filho, 1997, p. 127).

Dentro desse contexto a regra é admissibilidade das provas; e as exceções devem ser expressas de forma taxativa e justificada. Os modernos ordenamentos processuais tendem a abandonar a técnica de enumeração taxativa e permitir que, além de documentos, depoimentos, perícias e outros meios legais tradicionais, em geral, minuciosamente regulados em textos legais específicos, se recorra a expedientes não previstos em termos expressos, mas eventualmente idôneos para ministrar ao juiz informações úteis à reconstituição dos fatos (provas atípicas). (Moreira, 1996, p. 13)

Negar a prova, portanto, importa negar o direito à ação, à defesa, ao contraditório. Ressalte-se, contudo, que nenhum direito é absoluto, todos encontram limitações dentro da complexa teia normativa e principiológica. E a essa relativização também se submete o direito à prova, como se pode extrair da simples leitura de dispositivos processuais.³³ Daí é possível extrair as seguintes conclusões:

- o direito à prova é direito público subjetivo, que tem a mesma natureza dos direitos de ação e defesa assentados na Constituição Federal;
- o direito à prova, embora tenha respaldo em princípios constitucionais da ampla defesa e da garantia de acesso à justiça, não se constitui em garantia absoluta, podendo sofrer restrições.

O direito à prova integra o sistema jurídico nacional como um dos seus pilares, porque inerente ao princípio do contraditório e da ampla defesa, mas não pode ser exercido sem as limitações previstas em lei. Por outro lado, as restrições podem sofrer relativizações, ainda que a vedação seja de cunho constitucional, como é o caso da prova produzida ilicitamente. O equilíbrio do sistema depende dessa

correspondem aos direitos do homem inseridos no Direito positivo por meio de seu reconhecimento e ordenamento pelo Estado. E, em tom de alerta ou de advertência: é necessário frisar que se as liberdades públicas são sempre direitos do homem, nem todos os direitos do homem são liberdades públicas. (NOGUEIRA, Alberto. Direitos do homem, direitos fundamentais e liberdades públicas. Disponível em: . Acesso em: 06 out. 2005)

³³A exemplo em nossa legislação processual temos: artigos 347, 401, 405 e 406 - Código de Processo Civil; e artigos 155, 206 e 207, do Código de Processo Penal.

possibilidade para o enfrentamento de situações disruptivas com potencial para desqualificar ou desacreditar o compromisso do Estado na realização da justiça.

A legalidade na produção da prova processual é, inegavelmente, elemento a ser preservado, a ser cultuado na medida em que promove tratamento equilibrado das partes, previsibilidade e segurança jurídica. Mas não tratamos aqui de hipóteses corriqueiras e sim de situações cujo tratamento processual deverá se elevar para ignorar as regras e trabalhar princípios de modo a ser preservar o “justo processo”. Evidentemente que a dificuldade surge quando se recorre a um parâmetro extralegal, como é o caso da concepção de justiça. Dessa forma, temos como idônea a possibilidade de se interpretar o conteúdo de determinados institutos com o objetivo de se realizar um balanceamento entre os interesses das partes, especialmente no processo penal onde as regras probatórias não podem ignorar a qualidade do bem jurídico a ser sacrificado, em caso de condenação (Tonini, 2002, p. 44-45). É sob essa ótica que passaremos a desenvolver os demais capítulos, especialmente no que diz respeito à admissibilidade da prova ilícita, ainda que existente vedação constitucional.

4 A PROVA E A VERDADE

“A verdade é sempre verdade, mesmo quando o indivíduo a não reconhece nem a defende senão sob o ponto de vista estreito do seu próprio interesse.” (Ihering, 2002, p. 48).

4.1 A PRODUÇÃO PROBATÓRIA: O CAMINHAR DA IRRACIONALIDADE PARA RACIONALIDADE

É possível afirmar que a história da prova judicial está diretamente relacionada com a verdade. De certa forma, as concepções sobre a verdade tendem a influenciar na elaboração ou na aceitação de tipos ou meios de prova judiciária. É a conclusão a ser extraída do capítulo anterior diante de registros históricos que demonstram a existência de provas racionais e irracionais, ficando clara a interferência de fatores sociais (culturais, religiosos etc.). Os ordálios, o duelo judiciário e o uso de conspurgadores,³⁴ são exemplos de que as provas judiciais nem sempre guardaram um fundamento racional.

A verdade processual,³⁵ hoje, relaciona-se intimamente à ideia de racionalidade. Métodos científicos, antes estranhos ao Direito, invadem o campo probatório deixando transparecer uma necessidade inconfessa de se atribuir às

³⁴ “Como corretivo ao abuso dos juramentos falsos, surgiu e prosperou, na Idade-Média, a instituição dos conspurgadores, que consistia no juramento de outras pessoas em abono do prestado pelo acusado ou por quem devia jurar. Tentou-se por essa forma restabelecer o prestígio do juramento, repondo-o na superior posição que desfrutava na antiguidade, com especialidade entre os romanos.” (SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I, p. 33.)

³⁵ Concepção de verdade (certeza) do ponto de vista estritamente processual-probatório, arraigada na doutrina ocidental. Não se abordou, neste trabalho, sobre a prova em culturas não-influenciadas pelo Direito Romano.

decisões judiciais previsibilidade quase que matemática e, com isso, transmitir segurança aos jurisdicionados.

Sabemos que o Direito é fenômeno social, não sendo possível concebê-lo sem a presença mínima de duas pessoas. Abdica-se da força e da violência, estabelecem-se regras de conduta para viabilizar o convívio social e os conflitos passam a ser resolvidos por procedimentos previamente pactuados. Há um influxo permanente e recíproco entre o Direito e a Sociedade, razão pela qual é insensato negar a carga axiológica advinda do meio social.³⁶

A disciplina normativa da prova processual também sofrerá esse influxo, especialmente na área criminal. Percepções sociais sobre justiça e verdade têm força bastante para impedir que o Direito se veja reduzido a um sistema lógico de premissas e conclusões únicas. Matar alguém não é um ato que, por si só, constitui um crime. Aspectos axiológicos que tenham motivado o homicídio são levados em consideração. Conceituações de ordem técnico-jurídicas se tornam filigranas diante de um Júri. Essa imprevisibilidade, esse comprometimento do Direito com os valores que o torna fascinante, pois a Justiça deixa de ser um dado prévio, para se tornar um ideal que, constantemente, sofre mutações dentro do espírito humano.

A realidade circundante, os conceitos que se entranham em nossa psique, moldando o comportamento e a forma de pensar pela força do convívio social; as enunciações sobre o Direito e, por consequência, sobre a prova, que são impostas pelo senso comum teórico dos juristas,³⁷ faz conceber realidades únicas, distintas de outras sociedades, consolidando instituições que assegurem a sua perpetuação.

³⁶É preciso lembrar que o Direito é visto com menor importância em culturas asiáticas. Os chineses, por exemplo, olham com extrema reserva a nossa forma de conceber o Direito. “Os homens não devem afirmar direitos, visto que o dever de cada um é prestar-se à conciliação e apagar-se, se houver lugar a isso, no interesse de todos. Desconfia-se muito dos juristas. Estes arriscam-se bastante, referindo-se a regras abstratas, a suscitar obstáculos a soluções necessárias de compromisso; que queiram ou não, eles encorajam, deste modo, comportamentos censuráveis, contrários ao interesse da sociedade. A solução dada deve, em qualquer ocasião, ser conforme, independentemente de um esquema jurídico, à equidade e ao sentimento de humanidade (...) O povo chinês vive normalmente sem a preocupação com o direito. Não se pergunta quais são as normas legais, nem comparece perante os juizes; regula suas relações com outrem de acordo com a noção daquilo que é conveniente, sem reivindicar direitos, mas tendo em vista a conciliação e a harmonia.” (DAVID, DAVI, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 473)

³⁷“De uma maneira geral, a expressão ‘senso comum teórico dos juristas’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas.” (WARAT, Luiz Alberto. Introdução Geral do Direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 13)

Passa-se a ter a certeza de que se tem o melhor, rejeitando-se previamente, de forma preconceituosa, quaisquer outros valores submetidos ao nosso julgamento. Eis a razão pela qual nos é difícil “aceitar” com normalidade as inúmeras roupagens que a prova experimentou no decorrer da história. Há uma pretensão fantasiosa de que nossas práticas judiciais são superiores às demais. Na verdade, não há sistema processual ao qual se possa atribuir superioridade em relação aos demais. Existem apenas estruturas concebidas para solução de litígios em conformidade com os valores cultivados por determinado grupo social.

É importante salientar que as provas têm por objeto os fatos alegados e não o direito que, evidentemente, será examinado dentro do contexto fático relatado, pois o litígio estabelecido, ainda que nele se discuta essencialmente a aplicação de determinado dispositivo legal, sempre trará uma base fática, uma realidade a ser tratada.

O problema está exatamente quando a divergência ocorre efetivamente sobre essa base fática. Daí a necessidade de se disciplinar a forma como esses fatos serão demonstrados perante o julgador. Infere-se, portanto, a estreita correlação entre a prova e a verdade, processo e realidade. E estreitar o máximo possível essa correlação nada mais é do que assegurar aos julgamentos a legitimidade de seus conteúdos decisórios, mediante aceitação pela sociedade dos meios probatórios utilizados. E, acima de tudo, guardar o tanto quanto possível a segurança de que as provas consideradas no julgamento correspondem ao mundo real.

A aplicabilidade de normas que disciplinam a produção de provas e sua admissibilidade em juízo guarda, hoje, relação com a concepção de liberdades públicas, ou seja, direitos de autodeterminação do homem, devidamente positivados. A proteção do indivíduo, sua personalidade, sua intimidade são princípios, dentre outros, que irão impor restrições à possibilidade de se produzir toda e qualquer espécie de provas em juízo.

O amplo debate do direito constitucional à prova, levou a doutrina a alçar a discussão sobre produção probatória para o campo principiológico. É provável, portanto, que o debate sobre a prevalência da verdade no processo, por se relacionar diretamente com a prova, nos conduza para o exame de princípios inserto no texto constitucional.

4.2 A VERDADE NO PROCESSO COMO FATOR DE LEGITIMIDADE E CREDIBILIDADE DAS DECISÕES.

Além de ser teoricamente possível, a busca verdade dos fatos é, também, ideologicamente oportuna e em muitos sentidos necessária. (Taruffo, 2002, p. 62) E dentro da linha doutrinária de Michelle Taruffo, o Superior Tribunal de Justiça tem costumeiramente recorrido ao conteúdo axiológico da expressão “verdade”, para justificar suas decisões. Analisando as ementas que judiciais,³⁸ podemos concluir pela preocupação daquela Corte de Justiça em buscar sempre que possível a máxima correlação entre a realidade processual e extraprocessual.

Os códigos de processo civil e penal vigentes contêm em seus textos diversas referências diretas ou indiretas à verdade. No processo civil podemos citar os artigos 129, 131, 273, caput, 282, VI, 320, 332, 334, IV, 339. 343, § 1º, 348, 357, 359, 368, 372, 404, 415, 469; 485, III, e 672 §3º. No processo penal os artigos em que se faz referência à verdade são os seguintes: 66, 147, 148, 186, 187, §2º, I, 203, 206, 211, 386, I, 523, 593, III, “d”, 621, I e III. Tantas referências à verdade, aproximadamente 25 no Código de Processo Civil e 16, no Código de Processo Penal, nos leva a concluir que o sistema processual foi concebido para transmitir confiança àqueles que lhes estão submetidos. Dessa forma, é primordial à administração da Justiça, além do conhecimento da lei – condição que parece óbvia - , a verdade dos fatos.

Embora não seja possível a verdade absoluta, porque inalcançável pela natureza humana, há um dever de honestidade, de empenho, para tentar aproximar-se dela, o mais possível.³⁹

As concepções sobre a verdade, como visto no capítulo primeiro desta monografia, oferecem diversas reflexões. Concluiu-se, entretanto, que a verdade não pode ser definida, mas pode ser compreendida. Assim, do ponto de vista dos tribunais, há se concordar com a colocação de Ariani B. Sudatti, (Sudatti, p. 78) que, citando Oliver Reboul, afirma ser o desconhecimento da verdade condição para a

³⁸Foram analisadas, em 27 de janeiro de 2004, exatamente 1.254 ementas que traziam no seu corpo a expressão “verdade”. Essas ementas podem ser encontradas na internet na página do Superior Tribunal de Justiça, no endereço eletrônico www.stj.gov.br.

³⁹Piero Calamandrei. *Derecho Processual Civil*, vol. 3, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-américa, 1973, p. 267-269, apud SOUZA, 2005, p. 165-266.

existência do conflito. Ninguém a conhece, nem os tribunais, pois, se a conhecessem não haveria mais âmbito judiciário, e as cortes de justiça se reduziriam a câmaras de registro. Mesmo depois de declarada a verdade para as partes, ela não passa a ser necessariamente por todos compartilhada. De qualquer forma, em qualquer decisão judicial, onde fatos são apurados, há uma necessidade de se demonstrar que a verdade fora alcançada. A verdade impede o arbítrio da decisão, levando-se à sociedade a credibilidade na instituição responsável pela distribuição da justiça.

4.2.1 A verdade no processo penal como garantia de segurança contra o Estado.

A história processual penal está marcada pela violência contra o que hoje entendemos por direitos fundamentais. Princípios processuais da igualdade, do contraditório e da ampla defesa simplesmente inexistiam, como se pode inferir do próprio sistema probatório que regia os procedimentos penais.⁴⁰

O Brasil possui, atualmente, o que pode ser considerado de mais moderno em termos de sistema probatório processual penal. Embora o vigente Código de Processo Penal seja de 1941 (Decreto-Lei nº 3.931, de 11.12.1941), os princípios processuais informadores da produção de provas criminais foram acolhidos, quase que na totalidade, pela vigente Constituição Federal. As diretrizes traçadas na exposição de motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3.10.1941), demonstram a harmonia do campo probatório com os princípios constitucionais, especialmente o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. No item referente às provas, constata-se o seguinte:

⁴⁰“O processo penal nas ordenações Afonsinas: (...) persistia o sistema de privilégios na aplicação da pena e de seus efeitos secundários, caracterizando sua discriminação (o nobre e o fidalgo, por exemplo, não estavam suscetíveis à aplicação de açoites e geralmente estavam isentos de tormentos). (...) apresentação da querela, tomada pelo tabelião, que recebida pelo juiz deveria ser confirmada pelo juramento de calúnia prestado pelos acusados, que desde logo arrolaria testemunhas se requeresse a prisão do acusado. Neste caso, a prisão preventiva do acusado se daria quando o querelante desde logo mostrasse as feridas abertas ou sangrentas ou laidamento do corpo ou fosse imputado furto, roubo, adultério ou ameaça com armas;” (DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. História do Direito Processual Brasileiro (Das origens Lusas à Escola Crítica do Processo). São Paulo : Editora Manole, 2002, p. 149).

- abandono do sistema de certeza legal, de forma que a própria confissão do acusado não se constituirá em prova plena;
- assegura ao juiz a iniciativa na produção de provas complementares ou supletivas, durante o curso da instrução processual;
- as restrições probatórias civis deixam de ser aplicadas, mantendo-se apenas as que dizem respeito ao estado das pessoas;
- afasta o sistema de prova legal, negando qualquer hierarquização de uma prova sobre a outra ou qualquer prioridade probatória para firmar a convicção do juiz;
- assegura ao juiz a possibilidade de firmar seu convencimento por sua livre convicção, desde que fundada nas provas constantes dos autos, mediante obrigatória motivação, para se evitar decisões arbitrárias;
- rejeita expressamente o velho brocardo *testis unus testis nullus*, dada a sua irracionalidade de disposição legal contra a *voix d'un*.

As alterações promovidas na legislação visaram apenas uma maior adequação do sistema processual penal à Constituição Federal. A exemplo disso, temos a Lei nº 10.792/03, que alterou o procedimento para interrogatório do acusado, moldando o sistema probatório ao princípio do contraditório e ampla defesa.

O aumento da violência urbana tem dado origem a discursos exaltados contra um sistema que privilegia a defesa, sob o argumento de que essa característica tem contribuído para a impunidade. É certo que são necessárias algumas modificações, especialmente para racionalizar o sistema, tornando-o mais célere, menos 'burocrático', como, por exemplo, nos crimes de competência do tribunal do júri.

Se olharmos com atenção, as garantias processuais penais causam um desequilíbrio em favor da acusação. E a ideia, quando assim foi estruturado o Código de Processo Penal, é justamente essa, ou seja, dificultar o trabalho da acusação, impondo a ela a demonstração contundente de seus argumentos para assegurar a condenação. Deve-se compreender que a disposição probatória no processo penal tem como objetivo primordial proteger o cidadão inocente, e não assegurar a absolvição de um criminoso. Malatesta nos deixou registrada essa preocupação:

“A pena que ferir um inocente, perturbará mais profundamente a tranqüillidade social, do que a teria perturbado o crime particular que se pretende punir; porquanto todos se sentiriam na possibilidade de serem, por sua vez, vítimas de um erro judiciário. (...) Às forças do indivíduo que commette a aggressão podem sempre, por fim oppôr-se às forças do aggreddido: é a lucta entre homem e homem. Mas aquillo que espantaria os mais corajo-sos, seria a consummação da aggressão da própria lei sobre o nosso direito: cada um perceberia que toda a sociedade, sob o falso nome e a falsa divisa de Justiça social, poderia de um momento para outro cahir sobre cada indivíduo, esmagando-o como um grão de trigo sob a mó de um moinho. (...) A possibilidade, por isso, de condemnar sem a certeza da criminalidade, deslocaria a pena de sua base legítima, da defeza do direito” (Malatesta, 1911, p. 17).

Em que pesem as críticas, a sistemática processual penal tem o seu porto seguro na verdade. Daí porque a ênfase em se estabelecer uma verdade muito próxima da realidade. Verdade esta que se costuma denominar de verdade real, verdade material, ou seja, aquela que revela os fatos tal como ocorreram historicamente e não como querem as partes que tenham ocorrido (Alvim, 2002, p. 275).

4.2.2 As mudanças no tratamento da verdade no processo civil: a natureza pública da relação jurídica processual.

É corrente o discurso de que no processo civil prevalece a verdade formal⁴¹ ou ficta, ou seja, uma verdade descompromissada com a realidade. A rigor, o sistema processual civil está estruturado para resolver litígios e não para encontrar a verdade. Daí se justificar a possibilidade de acordos, a obrigatoriedade que se impõe ao juiz em tentar conciliar as partes litigantes.

Essa estrutura mais flexível em relação à acomodação da verdade no processo se dá, como já mencionado, pela sua finalidade primeira que é a composição de litígios. Em segundo lugar, porque, de regra, são disponíveis os direitos (de ordem patrimonial) submetidos ao exame judicial.

⁴¹Chama-se verdade formal aquela que resulta do processo, embora possa não encontrar exata correspondência com os fatos, como aconteceram historicamente. (ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 275) A verdade formal, por sua vez, é aquela que vale no processo, retrato mais ou menos perfeito da verdade material. (SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. Abuso de Direito Processual: uma teoria pragmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 156)

O impasse se dá quando no processo civil, concebido para solucionar litígios, desenrola-se questões que envolvam direitos indisponíveis – direito de família, sucessões, administrativo, direitos difusos, direito tributário etc. Para preservar instituições que lhes são tão caras, o legislador nega às partes instrumentos processuais comuns para composição da lide. Por exemplo: nega a possibilidade de conciliação e de renúncia; nega efeitos decorrentes da revelia etc. Além disso, costuma exigir que o processo tenha sua tramitação fiscalizada pelo Ministério Público.

Quando direitos indisponíveis são questionados judicialmente, a jurisprudência tem mostrado firme entendimento no sentido de que, nesses casos, faz-se imprescindível o empenho do juiz no sentido de ofertar uma decisão que guarde estreita correspondência com os fatos históricos. Indo um pouco além, veremos entendimentos mais firmes no sentido de assegurar ao processo uma dinâmica mais retilínea no que diz respeito aos fatos, pois sua natureza pública está a exigir que não seja instrumento de manobras artificiosas com intuito de negar a distribuição da justiça.

A prática judiciária tem mostrado que, por vezes, o processo é usado como instrumento de ardil para que a parte se exima de outras obrigações legais. Por exemplo, no processo trabalhista, é possível ‘forjar’ uma reclamação trabalhista, de modo que o patrimônio do reclamado seja transferido para o reclamante, esvaziando-se a pretensão de outros credores (tributários, civis) do reclamado, em virtude da preferência legal dada ao crédito trabalhista. O Poder Judiciário não pode permanecer inerte diante de situações como essas, servindo de instrumento para fraudes. Daí a necessidade do juiz abandonar sua posição passiva e conter comportamentos lesivos à finalidade pública do processo.

Deve-se lembrar que o compromisso com a verdade não é apenas do juiz. O comportamento ético-processual deve ser exigido de todos aqueles que contribuem para a formação das provas no processo. Advogados, Promotores, Peritos etc. Não se pretende, evidentemente, negar que as partes possam oferecer a sua versão da verdade dos fatos, exercendo com dignidade o princípio dispositivo. A lealdade

processual é imposição contida no próprio Código de Processo Civil,⁴² tendo a doutrina salientado sua importância:

“Estado e partes conjugam esforços no processo para solucionar o litígio. Enquanto as partes defendem interesses privados, ou particulares, o órgão judicial procura um objetivo maior, que é o da pacificação social, mediante a justa composição do litígio e a prevalência do império da ordem jurídica. Há, por isso mesmo, relevante interesse público no processo, que não pode ser considerado como atividade privada, e que, assim, inegavelmente se filia ao direito público. O Estado e a sociedade, de maneira geral, apresentam-se profundamente empenhados em que o processo seja eficaz, reto, prestigiado, útil ao seu elevado desígnio.” (Theodoro Jr., 1985, p. 176).

Compromissos éticos não podem ser relegados à dimensão do esquecimento ou como se fosse responsabilidade apenas dos outros. A boa administração da justiça começa não após a propositura da ação, mas antes, no contato das partes com seus defensores ou advogados.

4.3 VERDADE REAL (MATERIAL/SUBSTANCIAL) E FORMAL. IMPROPRIEDADE NO USO DAS EX-PRESSÕES.

Começemos este tópico com a transcrição de parte de um texto escrito por Barbosa Moreira:

Dizer que o processo penal busca a chamada “verdade real”, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada “verdade formal”, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é uma e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes deva) renunciar – na área civil e na penal – à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade (Moreira, 1996, p. 118).

As colocações do doutrinador encontram respaldo na Constituição Federal que, em relação às garantias dos litigantes, não deu qualquer tratamento diferenciado entre o processo civil⁴³ e o penal. Daí a ausência de qualquer

⁴²Art. 14. Compete às partes e aos seus procuradores: I – expor os fatos em Juízo conforme a verdade; II – proceder com lealdade e boa-fé; (...)

⁴³Entenda-se, nesta passagem, a expressão processo civil de forma genérica, abrangendo-se aí o processo trabalhista.

justificativa para um tratamento diferenciado quanto à verdade a ser alcançada, seja no processo civil, seja no processo penal.

No processo penal, a busca da verdade está intrinsecamente ligada ao cientificismo,⁴⁴ ou seja, defende-se uma produção probatória que possa reproduzir com o máximo de precisão a realidade dos fatos conflitantes, conduzindo-a aos autos. Nesse sentido, vislumbra-se a prova judicial como instrumento mais apropriado para se chegar ao conhecimento dessa realidade, tornando-se possível a elaboração de uma sentença com fundamentos racionais.

Esse comportamento probatório no processo penal não mais se diferencia do comprometimento com a verdade no processo civil. Provavelmente, essa atitude seja reflexo de uma sociedade muito mais crítica às decisões judiciais. É inconcebível para um cidadão a ideia de que o Poder Judiciário possa impor uma decisão totalmente descompromissada com a realidade sensível. Encontrada arraigada no senso comum a convicção de que nenhuma decisão fundada numa concepção errônea dos fatos pode ser considerada justa.

Posições do senso comum, ressalte-se, não estão vinculadas a qualquer teoria sobre a verdade e nem ideologias do processo. A exigibilidade de conhecimento da verdade dos fatos não é incompatível com a doutrina que vê o processo apenas como um instrumento para solucionar de conflitos. Aceita-se a doutrina, repugnando-se apenas que a ideia de que a solução do conflito possa ser uma qualquer. O resultado deve ter como base algum critério de justiça, daí a necessidade de reconhecer que a determinação verdadeira dos fatos é condição necessária para qualquer solução justa de um conflito. (Taruffo, 2002, p. 65)

Imprescindível, portanto, o afastamento, em definitivo, da concepção de que os fatos reais não podem ser conduzidos com razoável grau de precisão ao processo. A ideia de que a verdade prevalece apenas no processo penal está ultrapassada. Portanto, parte-se da concepção da impossibilidade da existência de “*várias verdades*”. A verdade é una, indivisível, incindível. Os fatos ocorridos não podem ser modificados, nem pela linguagem. E há uma necessidade de reproduzi-

⁴⁴“Cientificismo. Ideologia daqueles que, por deterem o monopólio do saber objetivo e racional, julgam-se detentores do verdadeiro conhecimento da realidade e acreditam na possibilidade de uma racionalização completa do saber. Trata-se sobretudo de uma atitude prática segundo a qual ‘fora da ciência não há salvação’, porque ela teria descoberto a fórmula laplaciana do saber verdadeiro.” (JAPIUASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de Filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 44)

los com a maior precisão possível, guardando-se o máximo em fidelidade nessa '*transposição*' para o mundo processual.

Multiplicidade, se houver, não será da verdade, mas dos processos interpretativos (valoração) dos fatos demonstrados nos autos. E isto decorre da complexidade axiológica inerente ao ato interpretativo ou, até, dos diversos procedimentos hermenêuticos reconhecidos pela doutrina. Portanto, apenas por razões metodológicas é possível se admitir denominação diferenciada para a verdade posta na realidade e aquela descrita no processo. Ainda, assim, comungo com o entendimento de Michel Taruffo em admitir apenas duas dimensões: uma extraprocessual, outra intraprocessual. Na primeira, estará sempre a verdade; na segunda, a reprodução da primeira de forma regulamentada, nada mais. A afirmação sobre a impossibilidade da verdade no processo somente se estabelece pela ignorância em relação ao que deve ou precisa ser conduzido aos autos do processo. No capítulo anterior, trouxe-se a hipótese de um homicídio: Antônio esfaqueou Raimundo trinta e duas vezes. Ora, para decidir sobre essa questão não será necessário transpor para os autos do processo toda a realidade passada. Deseja-se apenas uma parcela dessa realidade: quem esfaqueou Raimundo trinta e duas vezes? É apenas esta verdade que se faz necessária, sendo perfeitamente possível representá-la no processo por meio de provas.

Desarrazoada, portanto, a alegação de que a verdade não é possível, estimulando-se esse entendimento através do uso de expressões que tendem a promover equívocos sobre a verdade: verdade real e verdade ficta. Entre as razões já expendidas para rejeitar a diferença conceitual, acrescento as seguintes:

- não se pode afirmar que a denominada verdade material alcançada no processo penal seja superior àquela obtida formalmente no processo civil. Ambas podem corresponder ou não à realidade fática, ambas estão sujeitas a equívocos;
- não há qualquer distinção dentro do processo civil entre decisões fundadas em fatos provados (verdade real) ou em fatos presumidos (verdade formal). Ambas produzem os mesmos efeitos e estão sujeitas às mesmas regras para a mudança da sentença transitada em julgado;

- em relação à coisa julgada, tanto a verdade penal quanto a cível impõem restrições para sua flexibilização. Embora a revisão da sentença penal não esteja sujeita a prazo, há restrições para sua admissibilidade e, ainda, resistências à revisão da revisão; (Souza, 2005, p. 154).

Insubsistente, por isso, qualquer fundamento racional no sistema processual para se afirmar a existência de duas verdades processuais: a verdade material ou real, no processo penal; e a verdade formal, no processo civil. Deve-se afastar esse entendimento completamente equivocado, deixando transparecer a ideia de que no processo penal sempre se declarará uma verdade inabalável, caso ocorra a condenação do réu; ou ainda, que o processo civil se contenta com uma verdade de segunda classe, fundada em presunções.

Entendo, pois, ser necessário uma unificação no uso das expressões processuais. Não há qualquer razão para se estabelecer expressões diferentes para o processo civil e para o processo penal. É possível impor apenas a diferença entre a verdade declarada no processo (intraprocessual), e a verdade histórica, correspondente àquela corrida fora do processo (extraprocessual). Não importa se coincidentes⁴⁵ ou não; importa apenas que são diferentes na sua origem, na sua concepção. E à verdade '*construída*', ou melhor, declarada por um processo de reconstrução da realidade, mais adequado seria denominá-la de certeza processual.

Malatesta reconhece a existência dessas duas dimensões (realidade/processo), e sem fazer qualquer distinção entre "*verdades*" - porque somente uma pode existir -, qualifica como certeza a convicção de se possuir a verdade:

"E não é já, por assim dizer, porque se tenha a pretensão de romper todas as relações existentes entre a alma humana e a realidade exterior: não é porque haja pretensão de destacar por um corte nítido a certeza da verdade, caindo em pleno pirronismo."⁴⁶ Nós admitimos que a certeza deriva normalmente do influxo da verdade objetiva; mas dizemos que, conquanto

⁴⁵ Coincidentes sim, mas não idênticas. Isto porque a reconstrução histórica realizada dentro do processo jamais reproduzirá todas as nuances existentes na realidade.

⁴⁶ Termo derivado de Pirro de Elida, fundador da escola cética, designando uma forma de ceticismo radical, que defende não só a suspensão (epoché) da crença em algo, por ser impossível a certeza, mas também a suspensão do próprio juízo, já que tudo o que pode ser afirmado pode ser negado com igual razão. Só assim seria possível atingir-se a paz de espírito, a ataraxia, ou imperturbabilidade. (JAPIASSÚ, 1996, p. 212)

derive normalmente da verdade, ela não é a verdade: não é mais que um estado da alma, que pode, por vezes, devido à nossa imperfeição, não corresponder à verdade objetiva.” (Malatesta, 1911, p. 25).

Para uma maior precisão linguística e, ainda, para se escapar a todas as questões filosóficas existentes sobre a possibilidade de conhecimento da verdade, melhor seria que nas decisões judiciais se recorressem ao uso da expressão “certeza”, no lugar de “verdade”, quando se pretender afirmar que o conteúdo da decisão está consoante a realidade.

4.4 A RELATIVIZAÇÃO DE DOGMAS: UMA NOVA CONCEPÇÃO DO DIREITO.

Sustenta-se que o direito, especialmente no continente latino-americano, tem se constituído em obstrução à transformação social. Isto porque ainda cultuamos nas Faculdades de Direito dogmas nascidos em uma realidade liberal-individualista, de concepção europeia, à época da Revolução Francesa. Dogmas que se encontram completamente divorciados de nossa realidade, pois aqueles ideais, responsáveis pela Revolução Francesa, perderam sua pujança quando foram cristalizados nos códigos. Converteram-se em garantia de uma nova forma de vida, quieta, segura. Fizeram-se conservadoras. (Moreal, 1988, p. 16)

A veneração à lei levou ao surgimento de juízes crédulos na aplicação silogística do direito dogmático, originando daí postulados dentre os quais podem ser destacados:

- a lei é a única fonte do direito, afastando-se determinações metajurídicas, às quais não se atribuem qualquer valor;
- das normas positivas é possível inferir por atos de derivação racional a solução para todos os tipos de conflitos;
- o juiz ao decidir pratica um ato de conhecimento e não de vontade. E o faz mediante aplicação de regras lógicas, obtendo conclusões derivadas de premissas normativas, mediante raciocínio jurídico correspondente ao silogismo demonstrativo;
- o intérprete não faz o direito porque este já se encontra realizado nos códigos que, por sua vez, não permitem qualquer arbítrio;

- a neutralidade e imparcialidade se faz presente no juiz (Warat, 1994, p. 55).

Em oposição à essa tendência formalista do direito, vinculada ao postulado da racionalidade, surgem as correntes realistas que, levadas a posições extremas, ignoram a lei como fonte do direito. O deus legislador é substituído pelo juiz que passa a desempenhar a função divina de criador do direito. A segurança jurídica tão festejada pelos formalistas estaria, na verdade, a serviço dos detentores do poder, negando o benefício da equidade e da transformação social. Adota-se uma visão irracionalista do direito positivo (Warat, 1994, p. 57-59).

Das tendências formalistas e realistas surgem, como de costume, as linhas intermediárias que defendem a atividade judicial como um misto de criação e aplicação do direito. Esta atividade criadora estaria autorizada aos órgãos judiciais pelo próprio conteúdo valorativo dos textos legais quando do uso de expressões sem significação definida: ordem pública, abuso de direito, bons costumes etc. Através dessas significações inseridas nos textos legais pode o juiz canalizar as variáveis axiológicas para uma tomada de decisão. (Warat, 1994, p. 62-63)

Durante a elaboração desta monografia foi realizado um levantamento jurisprudencial nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, especialmente no que diz respeito ao manejo da concepção da verdade. A pesquisa foi feita mediante captação eletrônicas das ementas na Internet, na página oficial do Superior Tribunal de Justiça, no dia 27 de janeiro do ano de 2004, buscando-se ementas que continham as expressões “*verdade*”. O resultado da busca foi o número aproximado de 1.245 ementas. A análise da jurisprudência catalogada espelha o surgimento de uma nova consciência jurídica que procura se livrar das amarras impostas por institutos concebidos em uma realidade completamente diferente da que ora vivemos.

A pesquisa jurisprudencial se limitou ao Superior Tribunal de Justiça. Essa escolha foi motivada pelo fato de que é essa Corte de Justiça que, dentro do atual sistema de organização do Poder Judiciário, tem a última palavra em termos de interpretação das normas infraconstitucionais. Esses foram os critérios utilizados para a escolha das ementas analisadas nesta dissertação. Delas é possível extrair conclusões sobre a abordagem do tema verdade pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.4.1 Decisões criminais e verdade no Superior Tribunal de Justiça.

No processo criminal, os valores submetidos à decisão têm uma carga axiológica muito maior. Isto porque, de regra, a decisão poderá atingir um dos mais precisos valores humanos: a liberdade. Isto sem falar na repercussão em outros direitos também importantes, como, por exemplo, os direitos políticos.

Doutrinariamente sustenta-se que, no processo penal, a verdade perseguida é a verdade real. E abraçando essa corrente doutrinária a jurisprudência tem relegado a um segundo plano os aspectos formais, especialmente de natureza procedimental, desde que a verdade real, material ou substancial, como queiram, não tenha sido prejudicada. E mais interessante, ainda, é que em se tratando de nulidade processual, a jurisprudência costuma afastar o vício, ou melhor, ignorá-lo, desde que não tenha ocorrido prejuízo para o acusado, especialmente se não houve comprometimento na apuração da verdade:

Ementa. PROCESSUAL PENAL E PENAL - TENTATIVA DE ESTUPRO - NULIDADES NO CURSO DO PROCESSO - INOCORRÊNCIA - SURSIS - IMPOSSIBILIDADE – CRIME CONSIDERADO HEDIONDO.

- Como tenho afirmado em diversas oportunidades, em matéria processual penal prevalece o princípio *pas de nullité sans grief*, pelo qual não se declara nulidade sem a efetiva ocorrência de prejuízo, ou, ainda, quando o ato processual não houver influído na apuração da verdade substancial, ou na decisão da causa, nos termos do artigo 563, do Código de Processo Penal.

- (...)

- Ordem denegada. (STJ, 5.^a Turma. HC 28227/RJ. DJ 19.12.03, p. 524. Relator Min. Jorge Scartezini. Unânime).

Ementa. PROCESSO PENAL. RECONHECIMENTO PESSOAL. NULIDADE INEXISTENTE. AUTORIA COMPROVADA. Não se declara nulidade de ato processual que não resultar em prejuízo para a acusação ou para a defesa, sobretudo se não houver obstado a apuração da verdade substancial dos fatos (arts. 563 e 566 do CPP). Inexiste nulidade no reconhecimento pessoal produzido nas fases inquisitiva e instrutória, se efetuado em conformidade com o artigo 226, III, do CPP e, sobretudo, quando a autoria está fundada em firme conjunto probatório (Art. 563 do CPP).

Ordem denegada. (STJ, 6.^a Turma. HC 22866/SP; DJ 08.09.03, p.367. Relator Min. Paulo Medina. Unânime).

A expressão francesa *pas de nullité sans grief* que pode ser traduzida por “*não há nulidade sem prejuízo*”, retrata perfeitamente o espírito predominante na

condução do processo penal, especialmente na análise do seu conjunto probatório. A ampla defesa é colocada em primeiro plano, mas não autoriza que meras formalidades sejam motivo para nulidades se não ficar demonstrado prejuízo na apuração da verdade.

Ementa. HABEAS CORPUS. JÚRI. NULIDADES. QUESITAÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DO NÚMERO DE JURADOS. IRREGULARIDADES NÃO ARGÜIDAS OPPORTUNE TEMPORE. PRECLUSÃO.

1. Em tema de nulidades processuais, o nosso Código de Processo Penal acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, do qual se deduz que somente há de se declarar a nulidade do feito, quando, além de alegada *opportune tempore*, comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente.

2. (...)

3. (...)

4. A ausência de resposta a quesito referente à falsidade de uma testemunha, ainda mais quando se trata do último da relação, por em não influir na verdade da causa, não enseja nulidade do feito.

5. Ordem denegada. (STJ, 6ª turma. HC 20221/SP. DJ 23.06.03, p. 444. Relator Min. Hamilton Carvalhido. Unânime).

Ementa. PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. NULIDADES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NÃO ARGÜIÇÃO OPORTUNA. SANABILIDADE. CPP, ARTS. 563, 566, 568/572.

- Em tema de nulidade no processo penal, é dogma fundamental a assertiva de que não se declara a nulidade de ato se dele não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa ou se não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (CPP, arts. 563 e 566).

- (...) Recurso ordinário desprovido. (STJ, 6ª Turma. RHC 13576/SP. DJ 22.04.03, p. 271. Relator Min. Vicente Leal. Unânime).⁴⁷

A verdade é soberana no processo penal. Tanto é que em caso de dúvida deve o acusado ser absolvido, concluindo-se que a restrição à liberdade somente sucumbirá diante da verdade. Nas ementas acima fica claro que, embora possam ocorrer violação a normas procedimentais, a nulidade não resistirá se ficar demonstrado que ela tenha influenciado na apuração da verdade. Ressalte-se que

⁴⁷No mesmo sentido: STJ 5ª Turma. HC 27891/SP, DJ 10.11.03, p. 200, Relator Min. Laurita Vaz; STJ, 6ª Turma. HC 25987/SP. DJ 16.06.03, p. 411. Relator Min. Paulo Medina; STJ, 6ª Turma. HC 24464/SP. DJ 17.02.03, p. 378. Relator Min. Vicente Leal; STJ, 6ª Turma. RHC 12226/PB. DJ 19.08.02, p. 193. Relator Min. Vicente Leal; STJ, 6ª Turma. RHC 11081/SP. DJ 10.09.01, p. 414. Relator Min. Vicente Leal; STJ, 6ª Turma. REsp 214052/SP. DJ 18.06.01, p. 201. Relator Min. Vicente Leal. Data da decisão 17/05/2001; STJ, 6ª Turma. HC 21671/PA. DJ 17.02.03, p. 374. Relator Min. Vicente Leal; STJ, 6ª Turma. HC 22817/RO. DJ 19.12.02, p. 449. Relator Min. Vicente Leal; STJ, 6ª Turma. REsp 326118/MS. DJ 17.06.02, p. 311. Relator Min. Vicente Leal; STJ, 6ª Turma. REsp 250086/RR. DJ 12.11.01, p. 178. Relator Min. Vicente Leal; STJ, 6ª Turma. HC 18755/PE. DJ 06.05.02, p.323. Relator Min. Hamilton Carvalhido.

essa conduta principiológica não é uma construção jurisprudencial, mas uma orientação do próprio legislador em dispositivo específico do Código de Processo Penal, bem como na própria exposição de motivos daquele diploma legal.

Percebe-se, ainda, certa imprecisão conceitual no uso da palavra certeza como o mesmo significado de verdade. É o que se vê, no seguinte julgado:

Ementa. PENAL. CONDENAÇÃO. AUTORIA. PROVA. TESTEMUNHO POLICIAL. REFERÊNCIA À DECLARAÇÃO INFORMAL DE CO-RÉU. NEGAÇÃO EM JUÍZO. INSUFICIÊNCIA PARA FORMAÇÃO DE JUÍZO DE CERTEZA. ABSOLVIÇÃO.

- Em sede de condenação criminal, é necessária a formação do juízo de certeza sobre a autoria do delito com a adequada valoração de prova produzida no sumário, demonstrativa da verdade substancial.

- (....)

- Meros levantamentos e informações fundados na vida pregressa do recorrente, sem demonstração de prática de ato concreto, não autorizam uma condenação pois o primado do direito de liberdade exige que uma sentença penal condenatória seja fundada em prova segura e idônea, demonstrativa da certeza sobre a autoria, de modo a atrair a legítima atuação punitiva do Estado.

(STJ, 6ª Turma. REsp 279312/RJ. DJ 09.12.03, p. 352. Relator Min. Vicente Leal. Maioria).

Conformidade da noção ideológica com a realidade é o que se chama de verdade. Já a crença na percepção dessa conformidade denomina-se certeza. Certeza, segundo Malatesta, (Malatesta, 1911, p. 25) é um estado subjetivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes duvida-se do que objetivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros. Certeza e verdade, portanto, não guardam o mesmo significado do ponto de vista doutrinário, embora possam perfeitamente coincidir.

Outro fato constatado na análise das ementas criminais é que a busca da verdade serve como argumento para fundamentar a decretação de prisões processuais. Vejamos um exemplo:

Ementa. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUTORIA CONFESSA. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS COMPROVADOS.

ACERTO DO DECRETO PREVENTIVO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. RAZOABILIDADE. CAUSA COMPLEXA ENVOLVENDO VÁRIOS AGENTES. ORDEM DENEGADA.

Os motivos da prisão cautelar se mostram adequados aos interesses do processo quando a garantia da ordem pública e a correta aplicação da lei penal extraem-se dos enormes atropelos causados pelo crime à comunidade, situação avistada pela tentativa de linchamento do acusado por parte de populares. Do mesmo modo, a existência de ameaças à testemunha da parte do Paciente, no sentido de obstruir a promoção da verdade real, a presumir enormes prejuízos ao andamento processual, configura justificativa suficiente da conveniência da instrução criminal (...).

Ordem denegada.(STJ, 5ª Turma. HC 25767/CE. DJ 02.06.03, p. 315. Relator Min. José Arnaldo da Fonseca. Unânime).⁴⁸

Percebe-se, aqui, que o julgador não se contentou apenas com a fundamentação legal da prisão. Buscou valorar a decretação sob a justificativa de que a prisão, se não efetivada, importaria em prejuízo a promoção da verdade real.

A análise jurisprudencial nos permite concluir que a verdade é invocada pelo julgador para justificar as mais diversas decisões, dentre elas podemos ressaltar, ainda, a produção antecipada de provas, a oitiva de testemunhas acima do número previsto em lei, ou, ainda, depois de encerrada a instrução processual. No campo de apuração das infrações cometidas por adolescentes, a jurisprudência se conduz dentro dos mesmos parâmetros observados em relação aos litígios criminais, ou seja, a busca do que se denomina de verdade real/material/substancial.

4.4.2 Decisões de natureza não-criminais e a verdade no Superior Tribunal de Justiça.

Dentro da ciência processual civil, até alguns anos atrás, era possível sustentar com alguma tranquilidade que a verdade denominada real somente poderia ser perseguida no âmbito do processo penal. Essa ideia prevaleceu porque, de regra, no processo civil, a disputa se dá por direitos tidos como disponíveis. Assim, a revelia no processo civil importava em reconhecimento da verdade sobre os fatos relatados na inicial, ainda que não fossem. É o que se chama de verdade formal.

⁴⁸No mesmo sentido: STJ, 6ª Turma. HC 20985/MG. DJ 24.06.02, p. 349. Relator Min. Fernando Gonçalves. Unânime.

A concepção pública do direito processual civil, a visão finalística de justiça a ser alcançada por esse instrumento regulado por normas cogentes e a nova concepção de que a decisão deve buscar ao máximo uma sintonia com a realidade fática, vem modificando, radicalmente, o posicionamento em relação à verdade processual ou formal. Em se tratando de direitos indisponíveis, o Superior Tribunal de Justiça tem firmado posição na busca da verdade denominada real. É o que se vê na seguinte ementa:

Ementa. CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE. DESISTÊNCIA DA PRÓPRIA MENOR, POR SUA TUTOR. DESCABIMENTO. DIREITO INDISPONÍVEL. APURAÇÃO DA VERDADE REAL. EXAME DNA POSITIVO. CONFORMAÇÃO DO PAI INVESTIGADO.

I. O direito ao reconhecimento da paternidade é indisponível, pelo que não é possível à tutora da menor desistir da ação já em curso, ao argumento de que a adoção que se propunha ela própria fazer era mais vantajosa à tutelada, e que, a todo tempo, seria possível à autora novamente intentar igual pedido, por imprescritível.

II. Caso, ademais, em que já houvera, inclusive, a realização de teste de DNA, com a confirmação da paternidade investigada, sendo interesse da menor e do Estado a apuração da verdade real.

III. Corretos, pois, a sentença e o acórdão estadual que, rejeitando o pedido de desistência, julgaram procedente a ação investigatória.

IV. Recurso especial não conhecido. (STJ, 4ª Turma. REsp 472608/AL. DJ 09.06.03, p. 276. Relator Min. Aldir Passarinho Junior. Unânime).

Ressalte-se a expressão: sendo do interesse do menor e do Estado a apuração da verdade real. Ora, a indisponibilidade do direito submetido a julgamento já seria, por si só, suficiente para justificar a decisão. O julgador, entretanto, invoca a verdade com intuito claro de atribuir ao acórdão maior carga valorativa, reforçando seus argumentos para aqueles que se destinam. Nesse diapasão, tem-se mais um julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa. DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA TESTEMUNHAL PRECÁRIA. PROVA GENÉTICA. DNA. NATUREZA DA DEMANDA. AÇÃO DE ESTADO. BUSCA DA VERDADE REAL. PRECLUSÃO. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA PARA O JUIZ. PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 130, CPC. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

I - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em

face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes.

II – Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória.

III – Pelo nosso sistema jurídico, é perfeitamente possível a produção de prova em instância recursal ordinária.

IV – No campo probatório, a grande evolução jurídica em nosso século continua sendo, em termos processuais, a busca da verdade real.

V - Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

VI - Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica desprezar a produção da prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz.

(STJ, 4ª Turma. REsp 192681/PR. DJ 24.03.03, p. 223. Relator Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira. Maioria).⁴⁹

Nota-se que o Superior Tribunal de Justiça tem dado ênfase para aspectos antes ignorados nas decisões judiciais. Isto porque aquela Corte de Justiça vem, em reiterados julgados, sinalizando para uma nova postura a ser adotada no processo contemporâneo. As recentes decisões orientam o julgador a atuar de modo mais ativo, deixando de se comportar como um mero observador da iniciativa probatória exercida pelas partes na defesa de seus interesses, permitindo-se assim que a verdade possa emergir da decisão.

Curioso notar-se que o Superior Tribunal de Justiça conclama os juízes a uma postura mais ativa do ponto de vista probatório, como que se desejasse abrir os olhos da magistratura nacional para que desempenhe suas funções. E digo isso porque é fácil constatar-se a confusão existente entre o princípio do dispositivo e a obrigatoriedade de uma postura passiva do juiz no processo. Ora, o princípio do dispositivo assegura apenas às partes a iniciativa na instauração do processo e a delimitação do litígio, nada mais além disso. Entretanto, costuma-se entender que este mesmo princípio estaria a obrigar o juiz a aguardar a iniciativa das partes no que diz respeito à produção probatória. Este entendimento, como se pode observar

⁴⁹No mesmo sentido: STJ, 4ª Turma. REsp 222445/PR. DJ 29.04.02, p 246. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

dos próprios dispositivos processuais vigentes (artigo 130, Código de Processo Civil, artigo 156, do Código de Processo Penal e artigo 765, da Consolidação das Leis do Trabalho) e de repetidas decisões do Superior Tribunal de Justiça, é completamente errôneo:

“há a influência de certa mentalidade que, sob color de zelo em preservar a imparcialidade do juiz, preconiza uma espécie de ‘distanciamento’ capaz de confundir-se, sem grande dificuldade, com a mais gélida indiferença pelo curso ou resultado do pleito. Para refutar semelhante tese, no que contenha de sincera convicção doutrinária, bastará pôr em evidência a distinção entre dois fenômenos. Uma coisa, com efeito, é proceder o juiz, movido por sentimento ou interesses pessoais, de tal modo que se beneficie o litigante cuja vitória se lhe afigure desejável; outra coisa é proceder o juiz, movido pela consciência de sua responsabilidade, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é o direito no caso concreto. A primeira atitude obviamente repugna ao ordenamento jurídico; a segunda só pode ser bem vista por ele. Ora, não há diferença, para o juiz, entre querer que o processo conduza a resultado justo e querer que vença a parte (seja qual for) que tenha razão. Em tal sentido, nem sequer é exato dizer que o juiz deve ser ‘neutro’, porque não é próprio identificar-lhe a imagem de um espectador frio, para quem ‘tanto faz’ que se realize ou não se realize justiça, quando, bem ao contrário, esse é o cuidado que deve estar presente, do primeiro momento ao último, em seu espírito.”⁵⁰

A doutrina enfatiza a responsabilidade do juiz no desempenho de suas funções. Uma responsabilidade para com a sociedade, para com as partes e para com a sua própria consciência. Não é muito raro ouvir a seguinte expressão: o importante é julgar. Palavras ditas muitas vezes por juízes com anos de carreira. Talvez tenham assim se expressado em razão do cansaço provocado pelo excessivo número de processos, ou talvez desiludidos por não acreditarem mais na própria função, ou talvez ignorantes dos efeitos de suas decisões. Não se pode afirmar com precisão o motivo. Quando um advogado assim se pronuncia o faz, na maioria das vezes, pelo desespero na demora da resolução da lide. Justifica-se a pressa do advogado, mas nunca a indiferença do juiz.

4.4.3 Dogmas sucumbindo diante da verdade.

⁵⁰ Barbosa Moreira citado por MATTOS, Sérgio Luis Wetzel de. Da iniciativa probatória do juiz no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 27

Dogmas são derrubados, convicções são abaladas no âmbito da ciência do direito porque há uma evidente insatisfação social com o tratamento dado pelo Poder Judiciário às demandas judiciais. Isto porque a maioria dos juízes não está apta a desempenhar a sua mais importante função antes de proferir a decisão, ou seja, conduzir adequadamente a produção probatória. O comportamento do magistrado em sala de audiência, oportunidade em que tem contato com as partes, não é sequer objeto de preparo adequado, especialmente no que diz respeito ao conhecimento de técnicas de psicologia jurídica para a tomada de depoimentos. Aliás, dado o volume de processos em tramitação sequer o juiz tem conhecimento da matéria litigiosa. De qualquer forma, colocando de lado as questões de estrutura de pessoal e material colocado à disposição do juiz, o fato é que há imperiosa necessidade de se assegurar às partes uma tomada de posição mais enérgica no que diz respeito às provas, sob pena do Poder Judiciário se transformar em instrumento de manipulação nas mãos das partes que dispõem de melhor assistência do ponto de vista da técnica jurídica. A justiça não pode ser vista como um jogo onde o mais hábil vence simplesmente por conhecer ou manejar melhor a filigranas processuais.

Volvendo nossa atenção para o debate da verdade no processo civil, a pesquisa revelou que o Superior Tribunal de Justiça, em reverência a esse comando valorativo pôs abaixo outros dogmas processuais, mitigando-os e, em dado momento, ignorando-os. Isso pode ser visto nas seguintes ementas:

- mitigação da revelia.

Ementa. Processual Civil. Revelia. Direito Público Indisponível. CPC, Artigos 319 e 320.

1. Sem a concretização da correspondente "causa decidida" (art. 105, III, C.F.), descabe o exame de padrão legal indicado como violado.

2. A falta de contestação, por si, não significa a procedência ou improcedência do pedido. Demais, o Juiz não fica exonerado de apreciar todas as evidências e provas existentes, orientação que mitiga a aplicação do artigo 319, CPC. Em contrário, ao invés de ajustar a solução ao direito, o desajustaria e colocaria em risco a realidade dos fatos.

3. Recurso provido.

(STJ, 1ª Turma. REsp 329316/SP. DJ 11/11/2002, p. 151. Relator Min. Milton Luiz Pereira. Data da decisão 15/10/2002. Unânime).

Proposta a ação, citada regularmente a parte adversa e, configurada a revelia, outra não seria a solução senão julgar antecipadamente a lide, acolhendo os fatos relatados na petição inicial como se verdadeiros fossem e, não havendo impeditivo legal, acolher o pedido formulado na petição inicial. É o que nos foi ensinado nas salas de aula. Hoje, porém, não é exatamente assim. Inegável que os efeitos da revelia ainda subsistem por força de lei. Contudo, a verdade fática firmado no processo é meramente ficta, não havendo óbices ao juiz prosseguir com a instrução processual, no sentido de averiguar melhor os fatos declarados na petição inicial. E isso se faz necessário porque muito comum o uso do processo com intuito de viabilizar verdadeiras fraudes contra o contra terceiros, especialmente o Poder Público. A exemplo disso, temos as reclamações trabalhistas que, em virtude do privilégio de que goza o crédito do trabalhador, são usadas com objetivo único de inviabilizar a cobrança de créditos de outra natureza, desviando-se patrimônio do devedor, mediante procedimento judicial.

- mitigação do princípio da demanda.

Ementa. Processo Civil. Iniciativa probatória do segundo grau de jurisdição por perplexidade diante dos fatos. Mitigação do princípio da demanda. Possibilidade. Ausência de preclusão *pro judicato*. Pedido de reconsideração que não renova prazo recursal contra decisão que indeferiu prova pericial contábil. Desnecessidade de dilação probatória. Provimento do recurso para que o tribunal de justiça prossiga no julgamento da apelação.

- Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC.

- A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.

- Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, testemunhal e documental, suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas.

(STJ, 3ª Turma. REsp 345436/SP. DJ 13.05.02, p. 208. Relator Min. Nancy Andrighi. Maioria).

Na ementa acima temos um retrato da preocupação do Poder Judiciário em não submeter à sociedade decisões absurdas. Percebendo o juiz que a sua inércia poderá acarretar “situações de perplexidade”, impõe-se tomar a iniciativa na condução probatória de forma a assegurar o correto acerto da lide.

- relativização da coisa julgada.

Ementa. PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO. FALTA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. JULGAMENTO DE MÉRITO. ART. 269-I, CPC. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO.

I – (...)

II - Como doutrina Humberto Teodoro Júnior, "o juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a Justiça postulada pelas partes". Assim, "se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a Justiça pura, que, sem dúvida é a aspiração das partes e do próprio Estado. Só às partes, ou às contingências do destino, pode ser imputada semelhante deficiência".

III - Esta Turma, em caso que também teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas (REsp n. 226.436-PR, DJ 04/02/2002), mas diante das suas peculiaridades (ação de estado - investigação de paternidade etc.), entendeu pela relativização da coisa julgada.

(STJ, 4ª Turma. REsp 330172/RJ. DJ 22.04.02, p. 213. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

A concepção da coisa julgada e sua imutabilidade talvez seja, depois do princípio da legalidade, um dos mais preciosos e defendidos dogmas no direito positivado. A atual visão pública do processo, contudo, fez com que o Superior Tribunal de Justiça abalasse os firmes pilares que davam sustentação à concepção individualista da coisa julgada. A decisão primeira nesse sentido veio quando o Estado de São Paulo questionou a bilionária indenização estabelecida em favor de proprietários de terras. A coisa julgada sucumbiu diante de outro princípio constitucional, o princípio da justa indenização.⁵¹

Percebe-se, então, no processo civil, costumeiramente marcado pelo formalismo excessivo, uma nova concepção publicista, priorizando conceitos como a justiça e a busca da verdade. O Superior Tribunal de Justiça deixou claro em várias ementas que o Estado tem interesse em apurar a verdade, proporcionando efetividade na distribuição da justiça.

⁵¹REsp 240.712-SP.

A coisa julgada cedeu diante da verdade. As consequências processuais da revelia não subsistiram diante da verdade. Por qual razão a vedação constitucional à prova ilícita não cederia diante da verdade? É preciso repensar a questão, o que se fará nos capítulos seguintes.

5 A PLURALIDADE ABRINDO CAMINHO PARA A PONDERAÇÃO DE VALORES NO TEXTO CONSTITUCIONAL

“Há sempre que interpretar a Constituição como há sempre que interpretar a lei. Só através desta tarefa se passa da leitura política, ideológica ou simplesmente empírica para a leitura jurídica do texto constitucional, seja ele qual for. Só através dela, a partir da letra, mas sem se parar na letra, se encontra a norma ou o sentido da norma.” (Miranda, 2000, p. 256-258)

5.1 A NECESSIDADE DE UM NOVO MODELO DE INTERPRETAÇÃO: UMA EXIGÊNCIA DO PLURALISMO SOCIAL.

A dogmatização do direito⁵² levou as Faculdades de Direito a se transformarem em meros instrumentos de transmissão do conteúdo normativo produzido pelo Estado. O culto à norma conduz o iniciante do direito a crer que justa é a decisão proferida de acordo com as regras do sistema dogmático positivado pelo poder. No entanto, ao enfrentar casos concretos no exercício da profissão, o iniciante perceberá a existência de inúmeras situações que não encontram soluções nas normas positivadas pelo Estado. E o que é pior, outras, que embora recebam tratamento normativo, serão resolvidas em descompasso com o ideal de justiça, caso se observe o conteúdo literal da norma incidente. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando uma prova capaz de evitar a condenação de um acusado venha a

⁵²Dogmática jurídica é o estudo do direito positivo vigente sem a emissão de juízo de valor. Pretende ser uma atividade marcada pela objetividade e rigorismo de sua elaboração racional das normas vigentes. Acredita-se na dogmática jurídica como uma atividade capaz de produzir um conhecimento neutralizado ideologicamente e desvinculado de questões sociológicas, antropológicas, econômicas ou políticas. Nessa atividade, os dogmáticos mostram desinteresse quase que total pela construção de uma teoria geral que lhes sirva de suporte. Daí porque existem tantas dogmáticas quantos os ramos do Direito. (WARAT, Luiz Alberto. Introdução Geral do Direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, v. II, p. 41-42).

ser recusada sob a alegação de que fora ilicitamente produzida. A aplicação da norma na sua literalidade não pode ser considerada, neste caso, como uma solução justa porque não corresponderá à verdade trazida pela prova recusada. A liberdade será sacrificada em nome da formalidade procedimental. Logo, aquele defensor ferrenho da lei concluirá que a justiça não está no texto da lei, mas na interpretação que atribuímos a ela, especialmente quando nos voltamos para a questão probatória.

Sabemos que a independência alcançada pelo direito quando de sua dogmatização levou-o a perder a base de sua legitimação, antes assegurada pela interferência da religião. A emancipação garantiu ao direito uma espécie de imunização em relação aos demais agrupamentos normativos ou subsistemas sociais (técnica, religião, etiqueta, usos sócias, magia, posse de bens, riquezas, a amizade). É o que se denomina de autonomia do sistema jurídico ou autopoiese (Adeodato, 2002, p. 304). Esse isolamento, contudo, não significa que o direito esteja completamente alheio aos demais subsistemas sociais. Em verdade, é imprescindível que haja a interação com as demais normas, mediante procedimentos e critérios fixados pelo próprio direito. Essa adaptação sem que se permita a corrupção dos códigos, é o que se denomina de acoplamento estrutural. As modificações ou adaptações do direito viabilizam, assim, uma abertura cognitiva do sistema dogmático, tornando-o permeável, sensível às influências, por exemplo, de novas perspectivas religiosas ou morais (Adeodato, 2002, p. 306).

O direito dogmático tem como características internas a obrigatoriedade de fixar ou estabelecer os textos normativos; dizer o que significam os termos que integram esses textos normativos; ao dizer o direito, sempre argumentar, fundamentar e decidir com base nas normas positivadas. (Adeodato, 2002, p. 310) A sobrevivência do direito dogmático depende exatamente da obrigação do Estado de explicar o que diz a norma legal. É neste momento que o Estado deixa de ser portador de uma norma para se tornar portador de um instrumento capaz de assegurar as mais diversas e concorrentes interpretações. É neste exercício interpretativo que o direito abrirá seu subsistema para as emanções morais, religiosas, culturais, econômicas etc., que influenciarão a tomada da decisão. Será nesse momento que a ideia de justiça ingressará na estrutura da norma, antes axiologicamente vazia.

Aí está o grande desafio do direito diante de uma sociedade plural em interesses e bens. O direito dogmático enfrenta uma permanente luta para conciliar o inconciliável, obrigando-se em determinado momento optar por uma posição ética, mas ao mesmo tempo deixar abertura para a possibilidade de mudanças. Não fosse assim, o direito dogmático sucumbiria tão rápido quanto um piscar de olhos. Isto porque, no exercício da atividade jurisdicional, a própria realidade está sujeita a interpretações diversas, dada a existência de inúmeros fatores, especialmente de natureza axiológicos. A pluralidade de pensamentos ou visões sobre um mesmo fato, entretanto, antes de ser um fator negativo, talvez se constitua em nossa maior riqueza:

“Se as razões dos doutos forem mesmo sábias, elas se imporão por essa qualidade; se não se impuserem por si mesmas, então provavelmente nem sábias serão. (...) Convoquei os sábios à Bagdá alarmado com a diversidade de ideias a agitar o nosso califado. Não percebi que o grande tesouro do império confunde-se com essa pluralidade de pessoas a caminhar (...) imerso em puro preconceito, acreditei na possibilidade de separar o justo do injusto com auxílio exclusivo de sábios em discussão apartada do restante da nossa fraternidade. Desconhecia que só o todo – não a parte – da comunidade detém a capacidade de criar sentidos duradouros para a sua própria vida.” (Ferreira, 2001, p. 58-61)

Necessário se faz, portanto, assentar-se pautas de hermenêutica condizentes com nossa realidade plural, buscando-se no processo interpretativo a emancipação do Direito. Para que isso possa ocorrer é indispensável a emancipação do próprio Poder Judiciário.

5.2 A DIFÍCIL EMANCIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: UMA HISTÓRICA SUBMISSÃO AO PODER EXECUTIVO.

A interpretação é processo de produção de sentido que torna possível empreender a construção de uma razão emancipatória do Direito. Essa possibilidade inexiste no campo da dogmática jurídica. Isto porque sua função essencial está na constituição de um saber jurídico instrumental capaz de auxiliar na solução dos conflitos de interesse, sejam eles individuais, sejam coletivos. A dogmática jurídica, portanto, produz apenas um discurso ‘padronizado’, responsável por obstruir, e até impedir, a realização da função social do Direito – traduzindo-se em uma espécie de censura significativa. (Strek, 2004, p. 93)

Munido apenas da dogmática jurídica, o Poder Judiciário se mostra apto a oferecer razoáveis soluções apenas para os problemas rotineiros ou estandardizados que se apresentam. Incapaz, entretanto, da mesma desenvoltura diante de questões macrossociais, transindividuais, ou quaisquer outros que envolva, por exemplo, a interpretação de normas constitucionais programáticas.⁵³

A interpretação constitucional, por seu turno, impõe uma mudança no raciocínio jurídico, caracterizado por ser metódico e habituado apenas ao meneio de normas previamente dispostas pelo legislador. Pensar a Constituição é um pensar diferente e exigirá, especialmente do Poder Judiciário, muito mais reflexão, sensibilidade e equilíbrio. A necessidade de uma nova hermenêutica no processo de interpretação constitucional é um consenso contemporâneo, embora ainda encontremos ferrenhos defensores dos métodos interpretativos tradicionais, entre os quais Ernst Forsthoff e Böckenförde (Steinmetz, 2001, p. 79-80).

Dentro desse contexto, percebe-se no Poder Judiciário um receio na assunção de sua função interpretativa da Constituição. Temor de enfrentar os olhos críticos de nossa sociedade tão sedenta de justiça social. Ao titubear no exercício de suas finalidades constitucionais, o Poder Judiciário expõe sua fragilidade institucional, decorrente de fatos históricos e de problemas crônicos no desempenho de suas funções primordiais. Historicamente, sabemos, o Poder Judiciário pouco contribuiu para o processo democrático de nossa nação. Um clamor por uma posição mais ousada ficou registrado nas palavras de Rui Barbosa:

“Si os juizes brasileiros abdicarem essa auctoridade [a de controlar a constitucionalidade dos atos do Congresso e do Executivo], a Constituição republicana ruirá lamentavelmente num esboroamento irreparável, construcção magnífica, que desaba em momentos, mal lhe retiraram os simples. É que lhe terá faltado o que não depende da sciencia do architecto: esse ci-mento que não se substitui, nem se crêa, o elemento humano, a consciên-cia jurídica e a energia moral. (...) ‘Recordae-vos, juizes’, como dizia d’AGUESSEAU, ‘que, si sois elevados acima do povo, que vos circumda o tribunal, não é senão para ficardes mais expostos aos olhares de todos. Vós julgaes a sua causa; mas ele julga a vossa justiça; e tal é a

⁵³ “Em rigor, a norma programática vincula comportamentos públicos futuros. Mediante disposições desse teor, o constituinte estabelece premissas destinadas, formalmente, a vincular o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais e, materialmente, a regulamentar uma certa ordem de relações. (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 220)

fortuna, ou a desventura, de vossa condição que não lhe podeis esconder nem a vossa virtude, nem os vossos defeitos'." (Barbosa, 1893, p. 258-259)

Talvez essa inércia seja herança colonial de um Poder Judiciário concebido para prestar serviços ao poder central português.⁵⁴ Uma subserviência que somente veio esvanecer com a redemocratização do País, após longo período ditatorial imposto pelo regime militar. Criado para servir aos interesses do poder central e não para proteger as leis e a Constituição, não seria possível exigir do judiciário brasileiro um compromisso democrático e de proteção às garantias civis desempenhado, por exemplo, pela Suprema Corte Norte-Americana⁵⁵.

Um exemplo recente de que o Poder Judiciário ainda hesita no desempenho de suas funções, está no posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos institutos da inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção equiparando-os no que diz aos efeitos da decisão neles proferidas. Em ambos, ainda que conhecida a omissão, optou o supremo Tribunal Federal pela mera declaração da omissão sem conceder o direito. Não de advoga aqui a pretensão de colocar o judiciário como a instituição a solucionar os problemas sociais do País, mediante tomada de decisões concretizantes das normas constitucionais. O cerne do problema está na efetiva ausência de uma jurisdição constitucional que *"esclareça e complemente as inevitáveis vaguezas e ambiguidades de um texto constitucional extenso e originário de um contexto social e constituinte multifacetado ao extremo"*. (Adeodato, 2002, p. 225-226)

O fato é que a interpretação constitucional, bem como o controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário colocam em evidência o papel que lhe deixou o constituinte originário na consolidação da democracia brasileira e na reconstrução (ou construção) do significado de cidadania.

⁵⁴ "A Coroa via o Tribunal [Tribunal Superior da Bahia] como o guardião dos interesses e dos padrões reais em virtude de seus poderes de conduzir investigações. (...) Entretanto, a dependência da Coroa em relação à lealdade e a habilidade da magistratura era encargo insuportável para a capacidade profissional e pessoal que resultava em prejuízos para a imposição da lei. (SHWARTZ, Stuart A. Burocracia e sociedade no Brasil Colonial: A Suprema Corte da Bahia e seus Juizes: 1609-1751. Trad. Maria Helena Pires. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 289)

⁵⁵ "No Brasil, a introdução do controle jurisdicional de leis deveu-se, mais à incorporação, no Direito positivo, da doutrina desenvolvida nos Estados Unidos do que propriamente dos tribunais." (CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Leis inconstitucionais ainda constitucionais? Revista CEJ, n. 25, p. 90, abr./jun. 2004)

5.3 A INSUFICIÊNCIA DO MODELO CLÁSSICO DE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL.

Sabemos que com o advento na Constituição de 1988, reestruturou-se toda a base em que se assenta o direito, emergindo a necessidade de se enfrentar a problemática referente à interpretação constitucional.⁵⁶ Isto porque, as novas garantias constitucionais exigiram uma abordagem interpretativa diferenciada daquela comumente aplicada para análise de normas ordinárias.⁵⁷ Dada a sua superioridade hierárquica, impondo a observância de seu texto por toda a legislação infraconstitucional, bem como o cumprimento de suas diretrizes pelos Poderes instituídos, as normas constitucionais não poderiam ser espiolhadas como se normas ordinárias fossem.

Assim, a perquirição de temas em Direito Constitucional conduz, de forma direta ou indireta, à problemática relacionada com a interpretação constitucional. A supremacia constitucional é, por si só, bastante para assegurar relevância à interpretação como “*instrumento-ponte*” entre o texto constitucional e a realidade sociopolítica, entre texto e o sentido do texto.⁵⁸

Dentro da hermenêutica constitucional, Celso Ribeiro Bastos, tenta relacionar quais seriam os instrumentos interpretativos disponíveis, sintetizando-os assim:

- a. "A não ser excepcionalmente, e de forma devidamente fundamentada, não se deve atribuir aos termos interpretados significado distinto daquele que estes termos têm na linguagem comum;

⁵⁶ Nesta dissertação serão tratadas como distintas as expressões “hermenêutica” e “interpretação”. Isto porque para Celso Ribeiro Bastos, a hermenêutica oferece ao pintor (intérprete) as tintas (enunciados) para que sejam aplicadas na tela, de acordo com sua habilidade e tirocínio. Embora não haja uma relevância prática na distinção, há que reconhecer que “uma coisa é proceder à interpretação, momento em que já se está aplicando determinadas pautas hermenêuticas, e outra é refletir sobre as pautas. A Interpretação tem por objeto as normas, enquanto que a Hermenêutica decifra o modo pelo qual poderá se dar a interpretação. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, pp. 35-36).

⁵⁷ Entenda-se, aqui, por normas ordinárias todas as normas infraconstitucionais (leis complementares, leis ordinárias, decretos legislativos etc.).

⁵⁸ Dentre as contribuições mais recentes da hermenêutica filosófica e jurídica, está o entendimento prevalente “de que sem interpretação o texto é uma mera expressão gráfica posta no mundo, uma justaposição de significantes e enunciados linguísticos sem importância para a vida social. Descobre-se que texto da norma e norma são coisas distintas. (...) Interpretação e aplicação é que dão sopro vital à Constituição.” (STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 77)

- b. A termos idênticos, utilizados por diferentes normas, se deve atribuir o mesmo significado, salvo raríssimas exceções, quando se tratem de situações diversas, embora o vocábulo empregado seja o mesmo;
- c. A termos diferentes não se deve atribuir o mesmo significado, salvo em casos excepcionais, devidamente motivados;
- d. Os significados linguísticos devem ser buscados segundo as regras sintáticas da linguagem comum;
- e. A uma norma constitucional se deve atribuir um significado de acordo com a finalidade que persegue a instituição à qual pertencer dita norma;
- f. À regra constitucional deve ser atribuído o significado que estiver de acordo com a intenção do legislador histórico;
- g. À regra constitucional deve ser atribuído o significado que estiver de acordo com a intenção perseguida pelo legislador contemporâneo ao momento da interpretação;
- h. uma regra constitucional deve ser compreendida de acordo com seu sentido histórico.” (Bastos, 2002, p. 184-197).

Como se vê nos itens acima, os instrumentos de interpretação relacionados por Celso Ribeiro Bastos, correspondem, em síntese, às regras de hermenêutica clássica: gramatical, histórico, teleológico e sistemático.

O doutrinador ressalta que os enunciados acima não são, por si só, suficientes para assegurar plena capacidade interpretativa das normas constitucionais, constituindo-se apenas de fórmulas de hermenêutica sem conteúdo valorativo ou qualquer carga axiológica. Eles têm a finalidade única de assegurar fundamento para as opções que se mostrem possíveis. Diferentes, portanto, dos princípios que se constituem enunciados valorativos por excelência. (Bastos, 2002, p. 182) A insuficiência dos métodos clássicos de interpretação, apontada por Celso Ribeiro Bastos, se dá, entre outros motivos, pelo elevado grau de abstração das normas constitucionais, especialmente pela presença de princípios explícitos e implícitos.

5.4 NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: AS CARACTERÍSTICAS APONTADAS PELA DOUTRINA. TRATAMENTO DADO AOS CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.

Inicialmente, é preciso ressaltar que os princípios constitucionais não se confundem com os chamados princípios gerais de direito. Estes têm como finalidade compor decisões quando se fizerem presentes “*lacunas*” no sistema normativo. A doutrina, entretanto, reconhece que, hoje, encontraremos nos princípios gerais de direito a base e o teor da eficácia conferidos aos princípios constitucionais. (Bonavides, 2001, p. 232) Na visão de Bonavides, os princípios gerais de direito de certa forma evoluíram de meras diretivas ou orientações de caráter geral ou fundamental para alcançar conteúdo normativo, o que teria ocorrido em três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista (Bonavides, 2001, p. 232).

Na primeira fase, teremos os princípios dentro de uma esfera abstrata, inviabilizando um conteúdo normativo; na segunda fase, um positivismo extremo que somente reconhecia os princípios expressamente ditados no texto legal, mantendo, contudo, sua natureza meramente informativa do Direito; na terceira fase, os princípios libertam-se das amarras do positivismo, ganhando força normativa reconhecida pela Cortes Internacionais de Justiça e pela doutrina, em especial os estudos de Dworkin. (Bonavides, 2001, p. 237)

Dentro dessa nova realidade, os princípios gerais de direito ganham nova dimensão com seu ingresso nas Constituições, ocorrendo com “*força positiva incontestável, perdendo, desde já, grande parte daquela clássica e alegada indeterminação, habitualmente*”. (Bonavides, 2001, p. 231) Isto não significa que os princípios constitucionais estejam todos insertos expressamente nos textos constitucionais. “Pela sua própria natureza e função, os princípios não carecem de sede fixa no texto constitucional; os que lhe não sejam exteriores (ou anteriores) podem dele ser simplesmente induzidos” (Miranda, 2000, p. 234).

Diante dessa visão principiológica da Constituição, tornou-se necessário identificar com melhor precisão a natureza das normas insertas no texto constitucional. Surgiram daí várias classificações das normas constitucionais, bem como critérios diferenciadores. A distinção entre normas, regras e princípios

constitucionais decorre de evolução doutrinária que pode ser pontuada nas seguintes fases:

- *Princípio jurídico ≠ norma de direito (Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz)*. Neste primeiro momento, a doutrina afirma que normas e princípios pertenciam a categorias conceituais distintas. Entretanto, já se identificava uma sobreposição da ideia de norma sobre a ideia de princípio, especialmente nas posturas adotadas por Josef Esser (Espíndola, 1999, p. 61).
- *Normas de direito são constituídas de princípios e regras*. Esta concepção nasce depois de trabalhos desenvolvidos por Dworkin e Alexy, ficando pacificada a ideia de que princípios e regras são espécies do gênero norma.
- *Normas de direito são constituídas de princípios, valores e regras*.⁵⁹ Nesta terceira fase apenas se incluiu entre as espécies de normas os valores, em decorrência de trabalhos desenvolvidos pelos espanhóis Perez Lunõ, Prieto Sanchis e García de Entera. Valores, como espécies de normas, corresponderiam, na verdade, ao que Dworkin denominou de “fins” (Espíndola, 1999, p. 61).

A distinção entre regras e princípios ganhou efetivo realce nas elaborações de Ronald Dworkin ao questionar que o raciocínio jurídico se desse com base exclusiva em regras. Afirmou que, especialmente em casos difíceis,⁶⁰ a solução se dava com base em padrões que não funcionavam como regras, mas como princípios, políticas (diretrizes/fins)⁶¹ e outros tipos de padrões (Dworkin, 2002, p. 36).

Diretrizes seriam normas que estabelecessem metas que devem ser perseguidas pelo Estado, especialmente no âmbito econômico, social e político. Os princípios, por sua vez, remeteriam a exigências de justiça e equidade e outras dimensões da moralidade. Diferencia-os das regras, em vários aspectos, o primeiro

⁵⁹ Não abordaremos análise dos valores nesta dissertação, uma vez que ainda há divergências consideráveis quanto à distinção dessa espécie com os princípios.

⁶⁰ Casos difíceis seriam aqueles que submetidos ao juiz, não fosse possível definir com clareza qual a regra a ser aplicada na resolução da questão, o que autorizaria um discricionarismo, podendo o juiz decidir de uma forma ou de outra. Essa possibilidade é refutada por Dworkin, pois nesses casos deve o juiz descobrir qual o direito a ser aplicado e não inovar criando direitos (DWORKIN, 2002, p. 127).

⁶¹ Segundo Gustavo Ferreira Franco, a expressão *policies* usada por Dworkin deve ser traduzida como *diretrizes*, é mais adequada.

está localizado na força ou capacidade de argumentação na solução de casos concretos - o que não fica muito claro quando a regra contém o que se denominada de conceitos jurídicos indeterminados; o segundo, diz respeito à aplicabilidade no caso concreto, pois a regra, ao contrário do princípio, não admite uma incidência parcial. Assim, regras não sobrevivem àquelas que lhes são antagônicas, para elas prevalece “*all or nothing fashion*”,⁶² em casos de antinomias uma forma (Santos, 2004, p. 11-12) : “*Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.*” (Dworkin, 2002, p. 39)

Os princípios não observam esse comportamento das regras porque possuem uma dimensão que lhes falta: a dimensão do peso ou da importância. Por essa característica, o conflito entre princípios não será resolvido dentro do campo da validade, como ocorre com as regras, mas importância ou o peso no caso concreto.

De acordo com Canotilho, (Canotilho, 1993, p. 167). a tarefa de distinguir princípios de regras exige prévio esclarecimento de duas questões essenciais:

- saber qual a função dos princípios;
- saber se existem pontos de contato entre princípios e regras, e em caso positivo, se é possível uma diferenciação qualitativa.

Quanto à primeira indagação, pode-se afirmar que os princípios são multifuncionais. Possuem função argumentativa, permitindo a identificação da *ratio legis*⁶³. de uma disposição ou, ainda, permitir aos juristas, mormente aos juízes, o desenvolvimento e integração do direito ao permitir a revelação de normas não expressas nos enunciados legais. (Canotilho, 1993, p. 167) A segunda indagação, referente aos aspectos qualitativos dos princípios que são esclarecidos por Canotilho em colocações que merecem transcrições na íntegra:

“Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, *qualitativamente* distintas das outras categorias de

⁶²All or nothing fashion – expressão que sintetiza o comportamento das regras em caso de antinomias, podendo ser traduzida como: forma (modo) do tudo ou nada.

⁶³ Ratio legis – Razão de ser da lei. O sentido da lei. (BACHINSKI, Carlos. Latim: língua e direitos vivos. Curitiba: Juruá, 2003, p. 458).

normas – as *regras jurídicas*. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos:

- (1) – os princípios são normas jurídicas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (ZAGREBELSKY); a convivência de regras é antinômica. Os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se;
- (2) — consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à <lógica do tudo ou nada>), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam qualquer espaço para outra solução, pois se uma medida vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos;
- (3) – em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois ele contém apenas <exigências> ou <standards> que, em <primeira linha> (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm <fixações normativas> definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias;
- (4) – os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas) . (Canotilho, 1993, p. 167-168)

Embora bastante esclarecedora, entendo que a transcrição acima não traz nada de inovador, tratando-se apenas de uma excelente decomposição feita por Canotilho daquilo que, de forma objetiva, poderíamos sintetizar:

- princípios ↔ peso e importância/coexistência;
- regras ↔ validade-invalidade/exclusão

O fundamental a se destacar neste item, está exatamente na possibilidade de conflito entre princípios e regras. Neste caso, é preciso saber ou identificar qual o princípio que a regra conflitante está concretizando em seu texto. Daí estabelece-se a ponderação entre o princípio concretizado na regra e aquele com o qual se apresenta o conflito. E prevalecendo o princípio que não seja aquele concretizado pela regra, deverá, no caso específico, ser afastada a regra. Não há, portanto, conflito entre princípios e regras, mas apenas entre regras e entre princípios. Não significa, evidentemente, que a regra atingida pelo conflito entre princípios perca

validade plena. Apenas perdem eficácia na situação concreta em que o conflito entre princípios se deu (Grau, 2005, p. 49).

5.5 AS INOVAÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS NO PROCESSO INTERPRETATIVO DA CONSTITUIÇÃO.

Como (Pasqualini, 2002, p. 171) dito antes, o processo de interpretação da constituição exigiu uma reformulação das tradicionais técnicas de hermenêutica, uma vez que destinadas à solução de questões interpretativas envolvendo normas localizadas na base de uma estrutura escalonada do ordenamento jurídico, concebida por Kelsen –*Stufenbau*. A sentença seria a norma de maior concreção dentro dessa estrutura. No seu ápice, somente serão encontrados os princípios, também distribuídos segundo o seu grau de abstração. (Guerra Filho, 2002, p. 49)

Muitos desses princípios são, na verdade, reformulações das clássicas pautas de hermenêutica adaptadas para uma aplicação a normas com maior abstração do que as leis ordinárias. A interpretação de princípios leva a doutrina a buscar inovações no processo interpretativo, defendendo-se o distanciamento da metodologia clássica de inspiração positivista. Dentre as novas diretrizes de interpretação, podemos destacar o princípio da unidade da Constituição, princípio da concordância prática, princípio da exatidão funcional, princípio da eficácia integradora, princípio da máxima efetividade, princípio da força normativa da Constituição, princípio da interpretação conforme a Constituição.

O princípio da unidade da Constituição que procura assegurar uma visão sistêmica do texto constitucional. Segundo este princípio, a interpretação da constituição deve evitar contradições entre suas normas (antinomias, antagonismos). A interpretação não pode considerar a norma isoladamente, evitando conclusões interpretativas que venham a gerar conflitos sistêmicos.

“A conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deva ser colocada; todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas.” (Hesse, 1998, p. 65).

Esta orientação tópica parte da concepção de que não existe hierarquia entre as normas integrantes da Constituição. Todas possuem o mesmo valor.

Na resolução de um problema, a interpretação constitucional não deve conduzir à proteção bens jurídicos constitucionalmente protegidos e, ao mesmo tempo, levar à supressão ou sacrifício de outros. Esta é a orientação do princípio da concordância prática. Deve o intérprete buscar a otimização máxima de todos os bens jurídicos, diante do princípio da unidade da Constituição: *“Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação a outros.”* (Canotilho, 1993, p. 228)

Percebe-se certa proximidade com o princípio da proporcionalidade, pois a concordância prática está em estabelecer limites na aplicação proporcional dos bens jurídicos. Se presentes colisões, a ponderação de bens ou valores não deve ser realizada de forma precipitada de modo a realizar um à custa do outro. (Hesse, 1998, p. 66) O núcleo essencial deste princípio tem levado a doutrina a aplicá-lo nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais ou, ainda, entre estes e bens jurídicos constitucionalmente protegidos (Canotilho, 1993, p. 228).

A organização e funções do Estado estão expressamente disciplinadas na Constituição, e delas se ocupa o princípio da exatidão funcional. O trabalho de interpretação não pode resultar em alterações das funções constitucionalmente estabelecidas. Estando ordenada de modo específico, pela Constituição, a tarefa e a colaboração dos titulares de funções estatais, deve o órgão interpretador restringir-se às funções que lhe foram atribuídas. E assim deve proceder para evitar que no exercício de sua atividade interpretativa provoque um resultado que importa na remoção das funções distribuídas constitucionalmente. (Hesse, 1998, p. 67)

Aqui se impõe a observância pelo Órgão Constitucional das funções e atribuições dos Poderes constituídos (relação horizontal), bem como nas relações verticais do poder (União/Estado/Municípios). Tem-se entendido que se trata de um princípio um princípio autônomo de competência e não de um princípio de interpretação constitucional. (Canotilho, 1993, p. 228) Creio que não assiste razão ao doutrinador português, pois este princípio não está diretamente relacionado com a competência constitucional ou com eventual preocupação de modificação da competência pelo Órgão Constitucional, até porque não possui atribuição e nem

legitimidade para tanto. As funções ou atribuições dos Poderes instituídos é, neste caso, mero instrumento de orientação na condução dos julgamentos. É, portanto, um princípio interpretativo na medida em que obriga o Órgão Constitucional a se autopolicar, antecipando-se às consequências de sua atividade interpretativa, de modo a não aberrar do âmbito de suas atribuições.

Para o princípio do efeito integrador, o intérprete deve buscar apoio em fundamentos que proporcionem efeitos fortalecedores e conservadores da unidade política:

“Um princípio da valoração da relevância dos pontos de vista elaborados é o critério do efeito integrador, se para a Constituição é importante a produção e conservação da unidade política, então isso significa a necessidade de, na resolução de problemas jurídico-constitucionais, dar preferência àqueles pontos de vista que produzem efeito criador e conservador da unidade.” (Hesse, 1998, p. 68)

Como se vê, o princípio tem na sua essência a ideia de unidade política. Isso, contudo, não significa dizer que o intérprete deve ser conduzido para pontos de vista reducionistas, autoritaristas ou fundamentalistas. Pelo contrário, estimula-o a captar no conflito constitucional soluções pluralisticamente integradoras. (Canotilho, 1993, p. 227) Esse extremismo na aplicação do critério integrador é também refutado por Konrad Hesse: “Naturalmente, esse resultado dado não pode então ser decisivo, se ele só pudesse ser alcançado ‘em vias não precisamente constitucionais’, porque, com isso, o limite da interpretação seria excedido.” (Hesse, 1998, p. 68).

Garantir maior efetividade à norma é imperativo que deve orientar o intérprete na sua atividade, diz assim o princípio da máxima efetividade. Jorge Miranda aborda esse critério entre os pontos de apoio à interpretação constitucional, enumerados em sua obra:

“(...) todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. Interpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição;” (Miranda, 2000, p. 263)

Este critério, formulado originalmente por R. Thomas, foi concebido com o objetivo de assegurar eficácia às normas programáticas. Hoje, contudo, é empregado muito mais no âmbito dos direitos fundamentais, no sentido de orientar o intérprete para que, na dúvida, opte pela interpretação que maior efetividade lhes assegure. Em raciocínio inverso desse critério, na interpretação de normas restritivas de garantias fundamentais, o intérprete deverá optar por uma interpretação minimizadora dessas restrições (Steinmetz, 2001, p. 99).

O princípio da força normativa da Constituição surgiu devido à seguinte indagação: Qual é a verdadeira essência de uma Constituição? Com esta pergunta Ferdinand Lassalle questiona o poder normativo da Constituição, afirmando de forma singela que a “constituição escrita” nada mais é do que uma expressão das fontes reais do poder:

“Esta é, em síntese, a constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação. Mas que relação existe com o vulgarmente chamados Constituição? Com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esse fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles, atenta contra a lei, e por conseguinte é punido.” (Lassalle, 1998, p. 32).

Voltando-se contra as reflexões de Lassalle, Konrad Hesse, em aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959, sustentou que, apesar da existência de fatores históricos, políticos e sociais, capazes de influenciar no conteúdo da Constituição, não há como negar sua capacidade determinante na sociedade:

“A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser. (..) Graças à sua pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social [adquirindo] força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.” (Hesse, 1991, p. 34)

Daí, conclui-se que nesse influxo entre a realidade e a Constituição, ocorrem “efeitos modeladores” recíprocos, em uma espécie de “*via de mão dupla*”. E dessa

força determinante da Constituição decorre o seu poder normativo. As conclusões de Konrad Hesse são capitais para o constitucionalismo moderno. Se prevalecesse o entendimento de Lassalle, seria inevitável a instabilidade democrática, pois a Constituição simplesmente nada representaria, restando apenas um vazio sem qualquer expressão normativa. Os efeitos seriam catastróficos para o Estado Democrático de Direito, que tem, na normatividade e eficácia das garantias fundamentais, o lastro que lhe assegura a estabilidade no turbulento oceano das “*forças reais do poder*”, às quais se refere Lassalle. Daí porque não pode o intérprete negar a força normativa da Constituição, quando no exercício de sua atividade interpretativa.

Embora diga respeito à interpretação constitucional, o princípio da interpretação conforme a Constituição é dirigido essencialmente ao texto de leis infraconstitucionais (Miranda, 2000, p. 266). Resume-se, assim, a um princípio de controle, visando sobretudo assegurar a constitucionalidade da lei submetida ao confronto com as normas constitucionais (Canotilho, 1993, p. 229). De acordo com esse princípio, uma lei não deve ser declarada nula quando for possível interpretá-la de acordo com a Constituição. Logo, se for possível uma compatibilidade da lei sem maiores considerações de pontos de vista jurídicos-constitucionais, deve ser mantida a sua constitucionalidade. Porém, ao que parece, a característica marcante desse princípio surge quando no processo interpretativo, procurando-se manter a integridade da lei, a norma constitucional “*transfere*” seu conteúdo para a lei, eliminando a ambiguidade antes existente. Nesse caso, as normas constitucionais deixam de ser simples “*normas de exame*” para se constituir em “*normas materiais*”, determinando o conteúdo de leis ordinárias. (Hesse, 1998, p. 71) Somente em casos evidentes deve se reconhecer a inconstitucionalidade da lei. Ressalte-se, contudo, que a aplicação do princípio não autoriza uma interpretação contra “*texto e sentido*” ou contra o “*objetivo legislativo*” (Hesse, 1998, p. 72). Sujeita-se, assim, ao intérprete a um requisito de razoabilidade encontrada na própria letra da lei, restringindo-se a tarefa interpretativa quando evidente o desejo completamente oposto do legislador ordinários em relação aos critérios adotados pelo legislador constituinte (Miranda, 2000, p. 268-269).

A breve abordagem dada a alguns princípios de interpretação constitucional visou, especificamente, demonstrar que nenhum deles se presta a tratar de modo

mais sistemático da questão que se debate na presente dissertação. A questão da vedação constitucional à prova obtida ilicitamente somente pode ser enfrentada no campo dos valores, dos princípios. Daí porque se torna necessário recorrer a métodos de interpretação de permitam uma abordagem axiológica, buscando ao mesmo tempo manter a integridade da regra expressamente prevista no texto constitucional. Neste caso, entendo que a ponderação de valores pode ser tratada mediante a pauta hermenêutica da proporcionalidade.

5.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

5.6.1 Definição e fundamentação.

No sentido comum, proporcionalidade relaciona-se com a própria existência, com a vida, com equilíbrio, com o senso de justiça. Estende-se às demais ciências e, inevitavelmente, influencia o Direito, revelando-se nas decisões judiciais e materializando-se na legislação. Há de se atentar para o fato de que o princípio da proporcionalidade não se confunde com os conceitos genéricos atribuídos à expressão, especialmente sua concepção matemática. Em verdade, esse princípio ordena a ponderação e a harmonização de interesses constitucionalmente reconhecidos, com o objetivo de encontrar uma justa decisão em situação de tensão entre direitos. (Santos, 2004, p. 107-108)

Dentre os exemplos de positivação mais recente do princípio, é relevante mencionar a Constituição Europeia.⁶⁴ A Constituição Portuguesa também traz em seu texto o princípio da proporcionalidade ao dispor sobre a força jurídica dos preceitos constitucionais consagradores dos direitos fundamentais⁶⁵.

⁶⁴ A aplicação do princípio da proporcionalidade é reconhecida de forma expressa na redação da Constituição da União Europeia: "TÍTULO III DE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN - Artículo I-11 Principios fundamentales. 1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. (...) 4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Constitución. Las instituciones aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad." (Texto capturado em 13.10.2005 no endereço http://europa.eu.int/constitution/es/ptoc4_es.htm).

⁶⁵ Artigo 18º (Força jurídica) 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode

Do item 2, do artigo 18, da Carta Portuguesa, pode-se extrair que é da essência e destinação do princípio da proporcionalidade preservar os direitos fundamentais. Neste aspecto este princípio coincide com a essência e destinação de uma Constituição concebida para cumprir com o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático. Daí porque pode-se referir ao princípio da proporcionalidade como ‘princípio dos princípios’, verdadeiro *principium* ordenador do direito. (Guerra Filho, 2002, p. 406)

A própria amplitude da expressão proporcionalidade dificulta a pretensão de se estabelecer uma conceituação, sendo mais prudente descrever a ideia do princípio dentro do Direito Constitucional. E dentro dessa proposta, proporcionalidade seria uma relação de duas grandezas variáveis, buscando-se a sua otimização na realização de uma tarefa sem ignorar a unidade da constituição.

Por fim, ressalte-se como despidendo qualquer esforço desenvolvido para localizar o princípio da proporcionalidade no texto constitucional com o intuito único de justificar a sua aplicabilidade e seus resultados. Isto porque, o princípio tem por fundamentação jurídico-político a imposição de limites estatais, pois está afastada a ideia de exercício do poder sem limites, especialmente em um Estado Democrático de Direito (Santos, 2004, p. 106). A intrínseca relação entre o Estado de Direito e o princípio da proporcionalidade é tamanha a ponto da doutrina elaborar os seguintes aforismos:

“Diz-me a que Estado de Direito aderes e só então te direi qual princípio da proporcionalidade aceitas...” ou, inversamente, “diz-me a que princípio da proporcionalidade aderes e dir-te-ei que concepção do Estado de Direito defendes”. (Canas, 1994, p. 10)

O Estado de Direito, ressalte-se, não é o elemento justificador do princípio da proporcionalidade, mas sim aquele que estabelecerá os exatos limites ou possibilidades de concretude no ambiente jurídico (Canas, 1994, p. 11).

Embora guarde afinidade com conteúdo dos direitos fundamentais, bem como à ideia de proteção de seu núcleo essencial, não está o princípio da

restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. (Texto capturado em 14.10.2005, no endereço: <http://www.presidenciairepublica.pt/pt/republica/constituicao/#art18>).

proporcionalidade restrito a esse domínio, sob pena de incorrermos em uma fundamentação reducionista. Fosse assim, estaria afastada a sua aplicabilidade nas hipóteses em que não se fizessem presentes conflitos ou restrições a direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade deriva dos conceitos de “*liberdade livre expressão e desenvolvimento da personalidade*, gravados no valor absoluto da dignidade⁶⁶ e autonomia da pessoa, valor de que todo o resto, incluindo o próprio princípio do Estado de Direito, é subsidiário”. (Canas, 1994, p. 10)

5.6.2 Deficiência qualitativa, subjetividade e tirania do Judiciário. Críticas ao princípio da proporcionalidade.

Não há como se negar a resistência ainda existente no reconhecimento do princípio da proporcionalidade como instrumento hábil no processo interpretativo. As críticas mais contundentes podem ser distribuídas em três grupos:

- *Aspecto qualitativo*. Forsthoff questionou a possibilidade de um princípio que era utilizado na esfera administrativa, com o objetivo de controlar o poder de polícia do Estado, passasse a sujeitar a função legislativa;
- *Subjetivismo*. Eberhard Schmidt sustenta que, em última análise, a aplicação do princípio no âmbito dos direitos fundamentais, importará em uma decisão à qual todos deverão se submeter. Daí porque não pode postular reconhecimento geral.
- *Submissão ao Judiciário*. Xavier Philippe sustenta que a utilização do princípio pode levar a um governo de juízes, rompendo o equilíbrio fundamental entre os poderes (Neto, 2004, p. 79-80).

⁶⁶ “...a dignidade humana não é uma propriedade observável e que, como tal, não pode ser provada ou negada sobre bases meramente fáticas. Isto significa que ela seria apenas uma ideologia criada pela visão do mundo ocidental? Não necessariamente. Ela pode significar, também, que a ideia de que todos os homens são indistintamente dignos repousa em um conjunto de poderosas crenças morais que não podem ser plenamente justificadas. Essas crenças, escreve o filósofo canadense Charles Taylor, se agregam em torno do sentido de que a vida humana deve ser respeitada e de que as proibições que isso nos impõe contam-se entre as mais ponderáveis e sérias de nossa vida.” (RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade Humana e moralidade democrática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 46)

Pesam, portanto, argumentos sobre a ausência de um conteúdo substancial a ponto de provocar temores de que a sua utilização sem parâmetros palpáveis pode conduzir ao puro arbítrio nas decisões judiciais. E daí, ao questionamento dos limites de atuação do Poder Judiciário, especialmente em relação ao Poder Legislativo.

As críticas são infundadas. Não é possível um governo de juízes, como se o Estado passasse a ser controlado pelo Poder Judiciário. As tensões entre os Poderes devem existir sempre, pois se constituem na essência da própria concepção de partição nas atribuições do Estado. Preocupante seria, em verdade, a inexistência dessa tensão com o estabelecimento de uma harmonia selada sobre compromissos escusos. A democracia presume pluralidade; pluralidade importa em divergência; divergência conduz ao diálogo; e o diálogo ao consenso. Logo, a tensão entre os Poderes em uma democracia é, antes de tudo, salutar e, portanto, necessária.

O receio de que o Poder Judiciário passe a exercer atribuições do Poder Legislativo não passa de uma histeria típica daqueles que desconhecem o dia-a-dia das lides forenses. Países com passado secular não foram capazes de produzir uma legislação apta a disciplinar as inúmeras variantes do comportamento humano. E isso não será possível por várias razões, entre as quais a lentidão do processo legislativo frente à dinâmica social; e a infinidade de fatos da vida que escapam à regulamentação legislativa. O próprio legislador reconhece essa impossibilidade ao dispor ao Poder Judiciário de instrumentos em casos de omissão legislativa, devendo o juiz recorrer a outras fontes do Direito, tais como os costumes, a analogia e os princípios gerais do direito.⁶⁷

O acesso ao Judiciário previsto entre as garantias constitucionais não se traduz apenas na possibilidade de postular, mas no direito de obter uma resposta, uma prestação jurisdicional. Obrigação esta assumida pelo Estado quando tomou para si a responsabilidade pela resolução dos litígios, antes, solvidos pela própria comunidade.⁶⁸ Vedado, portanto, o *non liquet*⁶⁹.

⁶⁷ Decreto-Lei 4.657, de 04.09.42 (Lei de Introdução ao Código Civil) – Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁶⁸ Na alta Idade Média não havia poder judiciário. A liquidação era feita entre indivíduos. Pedia-se ao mais poderoso ou àquele que exercia a soberania não que fizesse justiça, mas que constatasse, em função de seus poderes políticos, mágicos e religiosos, a regularidade do procedimento. Não havia poder judiciário autônomo, nem mesmo poder judiciário nas mãos de quem detinha o poder das

Quanto à alegação do risco de subjetivismo na utilização do critério também revela a bisonhice de quem nunca foi obrigado a decidir, ou nunca refletiu sobre a mecânica de suas próprias decisões. Na prática judiciária a elaboração de uma decisão traz, de regra, um conteúdo subjetivo. O sistema probatório, por exemplo, exige do juiz uma conduta subjetiva ao determinar que valorize a prova produzida pelas partes. E não poderia ser diferente, pois o sistema de prova legal se mostrou tão inadequado que sequer resistiu ao sopro da modernidade. A pretensão de se estabelecer, previamente, valores para as provas a serem produzidas pelas partes sugeria, no mínimo, uma arrogância quase que divina de estabelecer previsibilidade matemática para a solução dos conflitos dos jurisdicionados.

Como já visto, o princípio da proporcionalidade originariamente servira de instrumento para conter excesso ou abuso do poder de polícia na esfera administrativa. Os críticos sustentam que esse mesmo princípio não poderia ser utilizado para conter atos do legislador. Na visão desses críticos, a utilização do critério da proporcionalidade importaria em uma “degradação da legislação”, colocada no mesmo nível ou abaixo das categorias do Direito Administrativo. Bonavides, mencionando Hans Schneider, lembra que outros princípios de direito também ascenderam à condição de princípio de Direito Constitucional. Em suma, o que ocorreu de fato foi a valorização do princípio e não a degradação de seu objeto. (Bonavides, 2001, p. 390)

5.6.3 Caráter formal ou material do princípio da proporcionalidade.

Discute muito sobre a natureza do princípio da proporcionalidade, se material ou meramente formal. Àqueles que sustentam a natureza material afirmam que o princípio guarda conteúdo valorativo, decorrente do próprio sentido de justiça:

“El principio de proporcionalidad, en su sentido de prohibición de la excesividad, es un principio del Derecho justo que deriva inmediatamente de la idea de justicia. Indudablemente con la idea de <moderación> y de <medida justa> en el sentido de equilibrio (Larenz, 1993, p. 145).

armas, o poder político. (FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 65)

⁶⁹ Non liquet. Não esclarecido. Não é claro. Não é manifesto. O caso é obscuro. Não há certeza. A coisa apresenta-se duvidosa. Não há prova. Vide arts. 126 do CPC e 4º da LICC. (BACHINSKI, Carlos. Latim: língua e direitos vivos. Curitiba: Juruá, 2003, p. 443)

Steinmetz, (Steinmetz, 2001, p. 156) aponta em Gonzáles-Cuellar Serrano, o entendimento de que o princípio da proporcionalidade guarda as duas características: formal e material. Assim, não seria um princípio essencialmente neutro ou vazio de conteúdo, pois ao mesmo tempo em que manda ponderar, indica critérios materiais a serem considerados.

Qual seria então o seu conteúdo material? Quais os pontos de vista matérias ou substanciais estariam a informar o princípio? O estudo da aplicabilidade do princípio impõe uma concepção essencialmente formal ou processual do princípio. Busca-se o princípio para se alcançar uma “certa verdade que lhe é exterior, verdade parcialmente prévia, parcialmente concretizada através dele” (Canas, 1994, p. 42-43) . A decisão elaborada sob os auspícios do princípio da proporcionalidade não extirpará dele os seus fundamentos materiais. A substância da decisão a ser tomada diante do fato concreto será colhida, em verdade, dos direitos em conflito.

Gustavo Ferreira Santos ressalta que o princípio da proporcionalidade não é um princípio constitucional. Não podem ser negados, contudo, os “*elementos materiais*” que acompanham a sua aplicação porque inerentes à própria concepção do princípio, ou seja, a sua origem como instrumento de proteção de direitos individuais em face de excessos cometidos pelo Poder Público (Santos, 2004, p. 143) . O princípio da proporcionalidade restaria sem qualquer aplicabilidade ou fundamento sem que se reconhecesse o valor da dignidade humana, da autonomia e da liberdade. Conclui-se, então, que apesar de preponderar a natureza formal, o princípio da proporcionalidade não é to-talmente neutro. A neutralidade existirá apenas dentro do próprio ambiente material do princípio:

“Fora deste [*habitat*], se se tentar adaptar o princípio, ou este altera a ideia de justiça vigente, ou é reduzido à ineficácia. Ou rejeita a ordem material ou é rejeitado por ela. O conflito é inevitável, pelo que não há neutralidade ou indiferença.” (Canas, 1994, p. 143).

Steinmetz optou por uma conclusão diferente, firmando o entendimento pelo aspecto meramente formal do princípio. E o fez isolando transferindo qualquer conteúdo material para a fundamentação normativa do princípio. Natureza e

fundamento como aspectos autônomos, porém complementares (Steinmetz, 2001, p. 158).

5.6.4 Subprincípios do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade evoluiu para uma concepção mais complexa, resultando em uma estrutura que passou a ser decomposta em três elementos (subprincípios). É possível afirmar que o princípio sofreu um processo de “*burocratização*” para a sua aplicação como instrumento de interpretação constitucional.

Como vimos anteriormente pesa contra o princípio da proporcionalidade a alegação de excessiva subjetividade no processo interpretativo. A decomposição do princípio da proporcionalidade não é, portanto, um mero aprimoramento do instituto, mas, sobretudo, uma reação às críticas impostas. A observância de subdiretrizes para a sua aplicabilidade tem, indubitavelmente, como escopo assegurar maior previsibilidade, subtraindo-se, tanto quanto possível, a subjetividade. Procedimento esse que deixa transparecer a preocupação de se fixar contornos mais definíveis do princípio da proporcionalidade como um instrumento de interpretação. Esses elementos estruturais são conhecidos por: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação, também, conhecido por princípio da idoneidade, obriga a se investigar se a medida adotada é apropriada, útil ou adequada para se alcançar o fim perseguido pela atuação estatal. Ao contrário, “*um meio só será considerado inadequado se não ajuda, de alguma forma e em algum grau, a facilitar o fim declarado*” (Santos, 2004, p. 111) . Não há como negar que a avaliação será meramente empírica, mediante apreciação basicamente qualitativa. Duas variáveis se fazem presente nessa avaliação:

- meio, instrumento, medida solução
- objetivo, finalidade.

Presente nesse princípio uma relação de causalidade, cuja avaliação deve ser a mais objetiva possível, evitando-se avaliar a intensidade da medida, ou seja,

pontos de vista quantitativos. A intensidade somente se tornará relevante quando levada a extremos: excesso ou inoperância (Canas, 1994, p. 34-35).

Já o princípio da necessidade está relacionado com as soluções escolhidas, dentre aquelas disponíveis. Também conhecido por princípio de intervenção mínima, o centro das preocupações desloca-se para a ideia de comparação. E a comparação, por fim, tem por objetivo escolher aquela considerada menos lesiva. Enquanto na aferição da idoneidade a racionalidade para a sua aferição é causal-objetiva, a necessidade exige a conjugação de duas racionalidades: ético-prática e causal-objetiva. Isto porque, para se saber se uma lesão é menor, imprescindível será a alocação de referências valorativas capazes de identificar a intensidade da medida e qualificar os bens ou interesses sacrificados (Canas, 1994, p. 36) . Assim, a medida necessária corresponde a uma medida idônea capaz de atingir o fim desejado e ao mesmo tempo ser menos lesiva que as demais que com ela competem. Ao contrário, a medida desnecessária não resistirá à comparação com as outras medidas disponíveis, revelando-se mais lesiva (Canas, 1994, p. 38).

Por fim, no princípio da proporcionalidade em sentido estrito teremos efetivamente a ponderação dos bens ou interesses. Ultrapassados os testes de idoneidade (causalidade ato-objetivo) e necessidade (comparação da dimensão da lesão entre as alternativas possíveis), a aferição da medida se submeterá ao confronto entre *“os bens, interesses ou valores perseguidos com o acto restritivo ou limitativo, e os bens, interesses ou valores sacrificados por esse acto.”* Socorre-se a parâmetros materiais ou axiológicos para concluir pela aceitabilidade ou não do sacrifício imposto ao bem, interesse ou valor (Canas, 1994, p. 40) . Atente-se que existe a possibilidade de ocorrer, já na apreciação da necessidade, o contrapeso de bens, interesses ou valores. É neste momento, entretanto, que a ponderação ou contrapeso atinge o seu ápice, superando qualquer outro aspecto: *“A máxima da proporcionalidade e.s.e. é uma máxima valorativa e ponderativa numa perspectiva essencialmente concreta.”* (Canas, 1994, p. 40).

5.7 A PRODUÇÃO DA NORMA PELO JUIZ. LIBERDADES E LIMITAÇÕES

Há uma única resposta para as questões jurídicas? Quais seriam os limites a nível de interpretação do texto legal? Quem é o autêntico intérprete da lei?

Provavelmente sejam essas as indagações mais comumente suscitadas quando se trata de interpretação da lei.

A interpretação da lei é, certamente, uma das atribuições mais importantes do judiciário. Isto porque, seguindo a linha de entendimento de Hans Kelsen, o juiz é o intérprete autêntico no ato de concretização da norma, afastando dessa atividade o legislador (Kelsen, 1998, p. 387-388). Antigas concepções de um processo interpretativo volvido para a *voluntas legis* (interpretação literal) ou ainda para a *voluntas legislatoris* (interpretação negativa) estão completamente ultrapassadas.

A concretização do direito não resulta em uma declaração, mas em constituição de uma norma, não ocorrendo um processo silogístico como defendido pelos positivistas. A decisão judicial não se resume ao mero processo de subsunção do caso concreto (premissa menor) ao texto normativo (premissa maior). Necessário, assim, destacar-se a diferença entre a decisão do caso concreto e a norma genérica previamente dada. Nesse sentido, tem-se a concepção defendida por Friedrich Muller ao afirmar que o “*texto normativo genérico previamente dado não constitui a norma jurídica, mas apenas fornece o ponto de partida para sua construção diante do caso concreto*” (Adeodato, 2002, p. 222). Entender esta diferença e os seus limites é fundamental para compreender a hodierna visão do processo interpretativo: “*O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo.*” (Grau, 2005, p. 23)

Nessa linha de raciocínio, o processo interpretativo e a aplicação do direito são procedimentos que se desenvolvem concomitantemente, de forma que não se é levado à interpretar apenas em virtude de eventual ambiguidade no texto legal. Em verdade, a interpretação e aplicação do direito importa em compreender os textos normativos e compreender os fatos, indo um pouco além, porque deixa de ser uma atividade meramente declaratória para promover a construção do direito diante do caso concreto. Há necessidade de se perceber a efetiva diferença que existe entre as normas jurídicas produzidas pelo intérprete, a partir de textos e dos fatos, da norma de decisão do caso, expressa na sentença judicial. Em síntese, do texto legal se extrai a norma jurídica, após aplica-se a norma jurídica ao caso concreto, surgindo aí a norma de decisão apta a solucionar o conflito. Decorre disso o entendimento de que interpretação e concretização se superpõem, ficando afastada

a ideia de interpretação sem concretização, uma vez que esta é a derradeira etapa daquela:

“O que o legislador faz, sobretudo o legislador constituinte, mesmo originário, é produzir o texto legal ou constitucional, não a norma propriamente dita, nem sequer a moldura dentro da qual se situam as interpretações devidas (...). Só na concretização, ao ser decidido o caso, é produzida a norma.” (Adeodato, 2002, p. 239-240)

Desse modo, a interpretação como constituição de uma norma e não de mera declaração do texto de lei, decorre da compreensão de incompletude do texto legal. O conteúdo será dado pela norma que vier a disciplinar o caso concreto, denominada pela doutrina de norma de decisão. Isto não quer dizer que o juiz crie o direito, pois esta função cabe exclusivamente ao legislador, mas como produtor da norma de decisão. (Grau, 2005, p. 22-25)

Diante desse entendimento sucumbe outra concepção positivista, ou seja, a de que haveria para o caso jurídico uma única resposta correta. Não é possível aplicar a qualquer decisão interpretativa a qualidade de verdadeira ou falsa. As múltiplas ponderações a serem consideradas na análise do caso concreto (mundo do ser), refletem obrigatoriamente no texto legal (mundo do dever ser). Interpenetram-se as questões de fato e as questões de direito dando surgimento a uma norma concretizadora: *“Por isso inexistem soluções previamente estruturadas, como produtos semi-industrializados em uma linha de montagem, para os problemas jurídicos.”* (Grau, 2005, p. 32)

Friedrich Müller e Robert Alexy convergem no que diz respeito à inexistência de uma única solução correta no processo interpretativo. Afirma-se que nem sempre a solução dada resulta em efetiva concretização da norma, especificamente a norma constitucional. Surge daí o problema em saber quando essa concretização pode ser dita como adequada ou não. E, além disso, se a polissemia está sempre presente. (Adeodato, 2002, p. 252)

O debate é complexo e não consigo vislumbrar a concepção de um método que possa apresentar soluções aos problemas anteriormente colocados. Há um evidente temor de se atribuir ao judiciário liberdades interpretativas que possam resultar em um total descontrole sobre as decisões. Não creio nessa possibilidade

por vários motivos, entre eles o fato de que o judiciário não pode se impor para a sociedade, pelo contrário, é a sociedade que impõe o judiciário diante das demais instituições. Quanto maior for a independência do judiciário em relação aos demais Poderes, maior será a sua fragilidade. E seu fortalecimento somente será encontrado na sociedade, onde deverá buscar sua legitimidade, não podendo dela se distanciar, sob pena de continuar a ser mero apêndice dos demais Poderes.

Retornando, pois, ao debate sobre a preocupação no estabelecimento do puro arbítrio nas decisões judiciais, acredito ser necessário voltarmos nossos olhos para o significado atribuído pelos gregos à palavra jurisprudência. Isto porque comungo do entendimento de parte da doutrina de que a solução de casos jurídicos não se dá no âmbito da ciência, mas no campo da prudência. Esse saber prático ou *phronesis*⁷⁰, foi explicitado por Aristóteles como uma sabedoria dirigida ao bem comum, à sociedade: *“Conclui-se, portanto, ser a prudência uma qualidade racional para a consecução da verdade que concerne à ação relativamente às coisas que são boas para os seres humanos.”* (Aristóteles, 2002, p. 169)

Assim, dentre as várias possibilidades corretas que a interpretação pode atribuir ao caso jurídico, há de se volver os olhos para a sociedade e lá deverá o intérprete buscar os elementos que o auxiliem na escolha da resposta dentre aquelas que se mostraram plausíveis. Esse proceder, além de viabilizar a tomada de uma decisão entre outras, evitará também que aspectos axiológicos eventualmente contidos na norma de decisão sejam impostos arbitrariamente. É preciso ficar atento para que os valores protegidos na decisão não sejam os do judiciário, mas sim aqueles encontrados na sociedade, somente assim a moral limitará o direito.

Essa abertura interpretativa assegurará ao Direito constante renovação para que possa efetivamente manter-se acoplado à realidade vigente: *“O direito é um organismo vivo, peculiar porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é dinamismo.”* (Grau, 2005, p. 55)

O Direito deve permanecer sempre a serviço da realidade. A interpretação, dessa forma, encontrará limites, não apenas na moldura da lei, uma vez que não

⁷⁰ Termo grego que pode ser traduzido por ‘senso prático’, ‘senso comum’, ou até mesmo ‘prudência’. Na *Ética a Nicômaco* (VI, 5), Aristóteles define *phronesis* como sabedoria prática, uma das virtudes intelectuais, aquilo que faz com que o homem seja capaz de deliberar corretamente sobre o que é bom ou mau para si. (JAPIUASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de Filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 21)

deve subvertê-lo, mas também pelas molduras sociais e pelas proposições peculiares ao caso jurídico. Não há, por conseguinte, espaço para discricionariedade judicial no ato interpretativo, mas apenas para juízos de legalidade, desenvolvido no campo da prudência.

6 A PROVA OBTIDA ILICITAMENTE E A INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO ABSOLUTO A IMPEDIR A SUA RELATIVIZAÇÃO

“Se os homens não mudam, de que nos adiantam novas constituições?”
(Fernandes, 1989, p. 94)

6.1 PROVA ILICITAMENTE OBTIDA. TERMINOLOGIA. CONCEITO.

Não se encontrará uma terminologia capaz de descrever a ideia de ilicitude da prova ou a sua vedação no âmbito processual, aceita uniformemente. Dentre as expressões comumente encontradas, podem ser relacionadas as seguintes: *prova proibida*, *prova ilegal*, *prova ilicitamente obtida*, *prova ilegitimamente* e *prova vedada*. Ilegal, por exemplo, seria a prova produzida com infração a normas de natureza processual ou material. (Pedroso, 1994, p. 161)

Com o advento da Constituição de 1988, costuma-se afirmar que o sistema normativo nacional teria acolhido a expressão *prova ilícita* (art. 5.º, LVI, CF). Não entendemos assim. Vejamos o que diz o dispositivo constitucional: “Art. 5. (..) (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”⁷¹. Em singela leitura percebe-se claramente que o legislador constituinte não fez uso da expressão “prova ilícita”, mas sim provas obtidas por meio ilícitos, o que é bem diferente e mais adequada. Há que se discordar, portanto, com a doutrina que sugere ter o sistema normativo acolhido a expressão “*prova ilícita*” (Avolio, 2003, p. 42).

⁷¹ É possível encontrar a versão oficial da Constituição Federal no endereço eletrônico da Casa Civil da Presidência da República (<https://www.presidencia.gov.br/casacivil>)

A leitura descuidada de conceitos pode levar a conclusões equivocadas. A expressão prova ilícita é imprópria, quiçá inócua. Em todas as conceituações ou definições de prova estudadas no capítulo III, desta monografia, percebe-se a presença de um elemento essencial: a capacidade ou a possibilidade de produzir efeitos jurídicos. Em outras palavras: interferir no resultado final do processo. Isto fica bem claro nas decisões firmadas pelo Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. BUSCA DOMICILIAR. PROVA ILÍCITA. I. - A condenação não se apoia apenas na "busca domiciliar". É dizer, há, nos autos da ação penal, outras provas. II. - Exame aprofundado da prova: impossibilidade em recurso especial. III. - H.C. indeferido.

(STF, 2ª Turma. RHC 85254/ RJ. Relator Min. Carlos Velloso. DJ 04.03.05, p. 3. Unânime)⁷².

Ementa. CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. LEGALIDADE DA PROVA. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTROS ELEMENTOS DO CONJUNTO PROBATÓRIO. BUSCA E APREENSÃO. MANDADO. EXISTÊNCIA. EXISTÊNCIA DE OUTROS DELITOS DE CARÁTER PERMANENTE. FLAGRANTE. ORDEM DENEGADA.

(...)

VI. Se a sentença se fundou em outros elementos do conjunto probatório, independentes e lícitos, não se reconhece a apontada imprestabilidade da interceptação telefônica para embasar a condenação, em especial quando tal prova não se mostra ilícita.

(...)

IX. Ordem denegada.

(STJ, 5ª Turma. HC 43234 / SP. Relator Ministro Gilson Dipp. DJ 21.11.05 p. 265. Unânime)⁷³

Como se pode extrair das decisões transcritas, a importância da prova está exatamente em interferir na decisão do processo. Se determinada prova colhida em violação a garantias constitucionais interfere decisivamente na resolução da lide, o problema deve ser enfrentado no campo exclusivamente probatório. Não há nulidade na decisão. Na verdade, há ausência de provas para justificar a decisão.

⁷² O teor da decisão está disponível na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal no endereço eletrônico: <http://www.stf.gov.br>.

⁷³ O teor da decisão está disponível na página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça no endereço eletrônico: <http://www.stj.gov.br>

Isto porque a prova coletada ilicitamente deveria ter sido extraída dos autos. Deve-se separar, portanto, o conceito de prova do procedimento utilizado na sua coleta. Se uma prova carregada aos autos do processo deixar de ser considerada pelo juiz em virtude de violação procedimental de sua coleta, essa prova deverá ser desentranhada dos autos.

Suponhamos a existência de uma condenação fundada unicamente na prova tida como ilicitamente coletada, não havendo qualquer outro elemento probatório nos autos. O órgão judicial que apreciar o recurso deverá anular ou julgar improcedente a denúncia? Não há espaço para titubeios, isto porque, no caso de ação penal pública, o Código de Processo Penal determina que o juiz absolverá o réu, dentre outros motivos, caso reconheça não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal.⁷⁴ Assim, equivocadas as decisões que optam pela nulidade da sentença. A condenação fundada unicamente em prova coletada ilicitamente deve ser modificada para se absolver o réu.

Para se atribuir o nome de prova a um depoimento, documento, gravação etc., entendo ser indispensável que esse elemento seja detentor, ao menos, de uma latente potencialidade de ser considerado pelo juiz, quando da resolução da lide:

“É claro que uma confissão, p. ex., obtida mediante tortura, não deve produzir efeitos no processo. Mas isso não decorre da reprovabilidade em si, do meio utilizado, e, sim, da falta de credibilidade da própria prova que resultou da utilização de tal meio.” (Rego, 1985, p. 115).

A prova judicial, em si mesma, é um elemento ou instrumento capaz de confirmar a veracidade ou falsidade de determinado argumento. Assim, não existe prova que, na sua essência, possa ser classificada como lícita ou ilícita. A prova existe e será considerada como tal, desde que na sua produção não tenham sido utilizados meios que comprometam a sua credibilidade. A sua inadmissibilidade no processo é resultado de uma opção de se impor restrições ao direito constitucional à prova, em prol de outros bens e valores protegidos constitucionalmente. De qualquer forma, permanece inalterada a sua essência.

Não vejo, portanto, qualquer razão para discussão sobre a terminologia a ser utilizada. Prova ilícita ou ilegal; prova vedada ou ilicitamente obtida. Cuida-se de

⁷⁴Art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal.

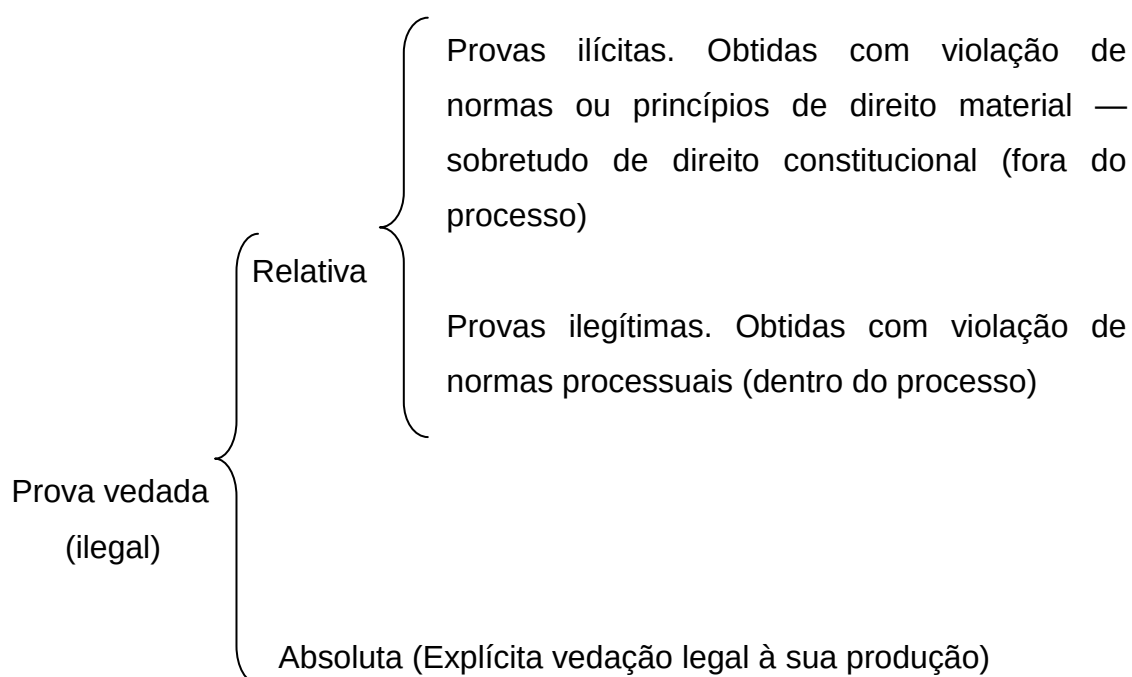
debate terminológico vazio e sem resultado prático pois, ao final, não há se falar em prova quando nenhum efeito se produz em juízo.

Por essas razões, será evitado nesta dissertação o uso da expressão “*prova ilícita*”, optando-se pela escolha feita pelo legislador constituinte: prova obtida ilicitamente ou expressões outras que preservem essa escolha.

Por fim, deve-se entender a definição de prova obtida ilicitamente como aquela colhida em violação à princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, relacionados aos direitos e garantias fundamentais, especialmente aqueles decorrentes da liberdade ou do poder de autodeterminação do homem.

6.2 A CLASSIFICAÇÃO DOMINANTE NA DOUTRINA QUANTO ÀS PROVAS VEDADAS NO PROCESSO.

Em se tratando de provas que por alguma razão encontrem restrições de sua admissibilidade no processo, a doutrina tem recorrido à terminologia e a classificação concebida por Nuvoione. Nessa proposta doutrinária, adota-se a expressão “prova ilícita”, classificando-a como uma espécie do gênero “provas vedadas” (Avolio, 2003, p. 42). Dentro da proposta classificatória, teremos a seguinte estrutura esquemática:



Como se vê, a vedação de produção de prova, segundo Pietro Nuvolone, pode ser absoluta ou relativa. Será absoluta quando o direito proíbe a sua produção. Será relativa quando o ordenamento jurídico, embora admitindo o meio de prova, condiciona sua legitimidade à observância de determinadas formas.

A problemática das provas obtidas de forma ilícita está diretamente relacionada com as garantias constitucionais, especialmente com as liberdades públicas que tratam do poder de autodeterminação do homem e que, como já dito anteriormente, têm em seu núcleo a ideia ou princípio da liberdade. A vedação à prova ilicitamente produzida é norma constitucional concretizadora de princípios explícitos ou implícitos na Constituição, entre eles o direito à intimidade, inviolabilidade das comunicações etc.

Nas provas ilegítimas a violação é de norma processual. A inobservância de regras processuais, tais como a proibição de depor em razão de sigilo profissional, a desobrigação de depor se o testemunho puder causar danos ao cônjuge ou parentes consanguíneos em linha reta ou colateral até o 2º grau. A própria lei processual dispõe sobre as consequências decorrentes da inobservância das regras que disciplinam a produção probatória em juízo. (Avolio, 2003, p. 43)

6.3 A DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRAS NO TRATAMENTO DA PROVA ILÍCITA

No estudo comparado que ora passaremos a realizar, optou-se pela escolha de dois países: Alemanha e Estados Unidos. Escolheu-se a Alemanha porquanto lá encontrarmos as raízes da regra da proporcionalidade que permite ao intérprete o manejo de valores diante de conflito entre princípios. Os Estados Unidos, por sua vez, porque optaram por uma doutrina sistematizada na integridade do judiciário contra atos de investigação promovidos pelas autoridades. Não há uma preocupação com cotejo de eventuais valores e bens em conflito no caso concreto. Além disso, apesar de nesses países a prova obtida ilicitamente encontrar restrições, em ambos identificamos hipóteses em que a prova obtida ilicitamente é admitida no processo.

6.3.1 A prova ilicitamente coletada no direito norte-americano. As regras de exclusão da prova concebidas para coibir o excesso do Poder Público.

A Constituição norte-americana não traz em seu texto qualquer vedação expressa à utilização da prova ilicitamente coletada. Toda a elaboração doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria está repousada no conteúdo das emendas quarta, quinta, sexta e décima quarta. Dentro do âmbito de nosso estudo, podemos assim sintetizar o conteúdo das referidas emendas:

- *Quarta emenda.* Cuida da proteção da intimidade, do domicílio contra ordens de busca e apreensão de coisas e documentos, bem como detenções arbitrárias de pessoa;
- *Quinta emenda.* A quinta emenda assegura o direito de não produzir provas contra si mesmo (auto-incriminação);
- *Sexta emenda.* Assegura em todos os procedimentos criminais o direito ao acusado de confrontar as testemunhas de acusação e de convocar testemunhas em sua defesa, por intermédio do Tribunal, bem como de gozar de assistência de um advogado para realizar sua defesa;
- *Décima quarta.* Assegura garantia ao devido processo legal. A importância desta emenda, do ponto de vista de garantias probatórias, foi a surpreendente interpretação dada pela Suprema Corte Americana que passou a entender como impositiva as demais Estados da Federação todas as emendas da *Bill of Rights* federal. A posição provocou intenso debate diante da concepção federalista norte-americana. O resultado prático desse posicionamento, de nosso interesse, foi a impossibilidade dos demais Estados federados disporem em suas legislações locais de forma contrária ao regime de admissibilidade de provas extraídas das emendas constitucionais.

No decorrer da história, a jurisprudência norte-americana proferiu um conjunto de decisões em matéria probatória que resultaram no que se denomina de *exclusionary rules* (regras de exclusão). Por essas regras as provas que viessem a

violar garantias individuais inscritas na constituição americana eram excluídas ou sequer admitidas no âmbito processual.

Os motivos que levaram a Suprema Corte Americana a repudiar provas coletadas com violação das garantias individuais não se confundem com as motivações da Corte Constitucional Alemã. As regras de exclusão justificam-se em dois argumentos específicos: a repressão a condutas policiais impróprias e a integridade judicial.

Do efeito dissuasivo (*deterrent effect*). Entende-se ser este efeito a principal (talvez única) justificação das regras de exclusão adotadas pela corte americana. Busca-se prevenir e não reparar. Sustenta-se que se a autoridade policial estiver convicta de que a prova colhida em afronto às garantias não será aproveitada judicialmente, isto inibirá comportamentos neste sentido. A doutrina tem feito uso de uma expressão menos sintética, contudo, mais precisa na definição do objetivo perseguido pela Suprema Corte: dissuasão de condutas policiais impróprias (*deterrence of police misconduct*). A rigor, a regra de exclusão é aplicada quando os agentes públicos violam as disposições expressas na quarta, quinta, sexta e décima quarta emendas constitucionais. Ao assim se pronunciar, a Suprema Corte deu origem à doutrina denominada de *good faith exception*, ou exceção de boa fé, com possibilidade de exclusão de aplicabilidade das regras de exclusão da prova ilícita, como veremos adiante. (Gallardo, 2003, p. 301-303)

A integridade judicial (*judicial integrity*). Esta motivação foi utilizada pela primeira vez pela Corte Suprema em 1960 (*Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 – 1960), fundando-se em argumentos de caráter ético, sustentando-se ser preferível que o Estado permitisse ao acusado saísse livre a ter que desempenhar um papel sórdido. Isto porque defende a Suprema Corte que o Poder Judiciário não pode, por um imperativo moral, acolher provas obtidas em desrespeito às normas constitucionais. A ideia pode ser resumida nas palavras do juiz Louis Brandeis:

“[e]l gobierno es un maestro poderoso y omnipresente. Para bien o para mal, enseña al pueblo por su exemplo. El crimen es contagioso. Si el

gobierno viola la Ley, engendra desprecio por la Ley, invita a cada hombre a erigirse en sua propia Ley, invita a la anarquia.”⁷⁵.(Gallardo, 2003, p. 309).

Sustenta, outra parcela da doutrina americana, que a questão não estaria exatamente na integridade dos tribunais ou na eventual concordância destes com atos impróprios do executivo. A integridade judicial importaria, em última instância, na integridade do processo criminal como ordenamento legal autorregulado (Gallardo, 2003, p. 307-311).

6.3.1.1 Provas Ilícitas por derivação (*fruits of the poisonous tree doctrine*). Aplicabilidade e exceções

A prova ilícita por derivação diz respeito àquela prova licitamente produzida, mas que a ela se chegou por intermédio da informação extraída de prova ilicitamente colhida. Conhecida como a doutrina do fruto da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine*), pela qual o veneno da árvore contamina seus frutos. Trata-se de construção jurisprudencial norte-americana entendendo que as provas obtidas licitamente, mas como consequência do aproveitamento de informação contida em material probatório colhidos previamente em violação aos direitos constitucionais do acusado, estão igualmente viciadas e devem também ser inadmitidas no processo penal. (Gallardo, 2003, p. 434)

A origem da doutrina está em decisão da justiça norte-americana no ano de 1920, no processo *Silverthorne Lumber Co. v. United States*. Naquela decisão firmou-se o entendimento de que a acusação não poderia postular ordem judicial para entrega de documento, cujo conhecimento teria chegado ao requerente mediante violação de norma constitucional. (Gallardo, 2003, p. 434)

A teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, vem admitindo exceções na jurisprudência da própria Corte Suprema norte-americana. Três são as hipóteses que têm excepcionado a aplicação

⁷⁵ “[t]he government is the potent, omnipresent teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example. Crime is contagious. If the government becomes a law-breaker, it breeds contempt for the law, it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy.”

da doutrina. A primeira, denominada *attenuated connetion doctrine*,⁷⁶ ocorre quando a relação de causalidade entre a prova originariamente ilícita e a prova dela decorrente é excessivamente tênue a ponto de impedir a ‘transferência’ do vício. A doutrina do descobrimento inevitável (*inevitable Discovery*)⁷⁷, propõe o afastamento da regra de exclusão da prova ilícita quando ficar evidente que a prova derivada, ainda que decorrente da prova ilícita, seria obtida de qualquer modo por meio de outro procedimento probatório lícito. Finalmente, quando a prova ilícita não for determinante para a descoberta da prova derivada, ou se esta derivar de fonte própria, não fica contaminada e pode ser produzida em juízo. Conhecida como doutrina da fonte independente (*independent source doctrine*)⁷⁸. A rigor, esta hipótese não se configuraria uma exceção pois, em verdade, a prova utilizada não seria, de fato, derivada de prova ilícita (Gallardo, 2003, p. 438).

Embora seja silente a Constituição brasileira, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a doutrina da teoria dos frutos envenenados na análise de questões referentes à ilicitude probatória:

Ementa: Prova ilícita: Escuta telefônica mediante autorização judicial: Afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, ‘nas hipóteses e na forma’ por ela estabelecidas, possa o Juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via

⁷⁶ “Incluso cuando pueda apreciarse la existencia de una relación de causa-efecto entre la co-misión de la ilegalidad originaria y la obtención de una prueba, que permita calificar a ésta de fruto de esa irregularidad primera, no procederá aplicar la doctrina del fruto del árbol envenenado y la regla de exclusión cuando la conexión esté suficientemente atenuada como para que la ilegalidad originaria no pueda considerarse que haya alcanzado a viciar también la prueba idealmente derivada. (GALLARDO, Carlos Fidalgo. Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 440)

⁷⁷ “...en caso de que se tuviese la certeza de que la prueba obtenida como consecuencia de la ilegalidad originaria, que sería inadmisibile conforme a la doctrina del fruto del árbol envenenado, de todos modos hubiese acabado siendo posteriormente obtenida por medios legales, la prueba derivada se considera admisible. (GALLARDO, Carlos Fidalgo. Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 443)

⁷⁸ “En virtud de la doctrina de la fuente independiente, cuando las pruebas que se pretende excluir por considerarse derivadas de una violación de derechos anterior, derivan en realidad de una fuente independiente en la que la actuación policial haya estado sujeta a todos requisitos legales, no procederá aplicar la fruit of the poisonous tree doctrine. (GALLARDO, Carlos Fidalgo. Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 438)

processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes para sustentar a condenação questionada; (...), no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente. (HC 69.912-0-RS, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU, 25.03.94).

A aplicação pelo Supremo Tribunal Federal da teoria concebida pela jurisprudência norte-americana demonstrou, neste caso específico, a falta do completo domínio sobre o instituto. A tentativa de inovar, importando concepções doutrinárias ou jurisprudenciais estranhas ao nosso sistema jurídico, exige sempre do aplicador conhecimento profundo, sob pena de manejá-las incorretamente. Na ementa transcrita, por exemplo, ficou claro que a prova teria sido colhida mediante autorização judicial. Embora tenha o Supremo Tribunal Federal firmado entendimento sobre a necessidade de lei regulamentando o dispositivo constitucional, deveria o ilustre Ministro relator ter reconhecido que, nesta hipótese, a autoridade policial estaria acobertada pela boa-fé quando da coleta da prova (*good faith exception*). Se o Supremo Tribunal Federal pretendia aplicar a teoria do fruto das árvores envenenadas, deveria então curvar-se às hipóteses de exceções à exclusão da prova, concebidas na jurisprudência da Corte Suprema norte-americana.

Ementa. EMENTA: HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQÜENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA. 1. Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo. 2. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do writ. Ordem denegada. (HC 83921/RJ. STF, 1ª Turma. Rel. Ministro Eros Grau. DJU 27.08.04)

Na decisão acima, a aplicação da teoria foi negada sob o argumento de inexistência de 'contaminação' da prova judicial pelos procedimentos ocorridos na fase inquisitorial. Entre as ementas transcritas há um lapso temporal de 10 anos, deixando concluir que a teoria dos frutos das árvores envenenada está incorporada na jurisprudência do Supremo, reconhecendo como aplicável em nosso ordenamento jurídico. O legislador, ao que parece, absorveu também a doutrina norte-americana, propondo sua normatização em projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional que, mais adiante, será abordado nesta monografia.

6.3.1.2 Exceções às regras de exclusão da prova ilicitamente coletada.

Na jurisprudência da Suprema Corte Americana encontraremos hipóteses em que a vedação de utilização de provas consideradas ilícitas foi afastada. Essas exceções à concepção jurisprudencial das regras de exclusão podem ser assim sintetizadas:

- A exceção da boa-fé (good faith exception). As regras de exclusão concebidas pela Suprema Corte Americana têm como objetivo essencial reprimir atividade ilegal de autoridades na coleta de provas, especialmente em violação às normas constitucionais. Esta exceção trata especificamente de coleta de provas em violação à Quarta Emenda da Constituição Americana.⁷⁹ Demonstrado que a autoridade responsável pela coleta da prova estava convicta de que sua atuação se encontrava respaldada em autorização judicial, posteriormente considerada nula, não se justificaria a aplicação das regras de exclusão porque nenhum resultaria em efeito repressivo à autoridade diante de sua boa-fé. Importante ressaltar que, neste caso, a Suprema Corte orienta que os tribunais inferiores analisem a presença da boa-fé da autoridade diante das circunstâncias envolvendo o caso concreto. Não há que se inferir subjetivamente a boa-fé do agente, mas se dentro das circunstâncias envolvidas, seria possível àquela autoridade não

⁷⁹ ARTIGO IV. Será garantido o direito dos cidadãos à segurança das suas pessoas, domicílio, documentos e bens contra buscas, detenções e apreensões arbitrárias, não podendo ser passadas, sem razão plausível apoiada em juramento ou compromisso de honra, ordens de busca, de-tenção ou apreensão que não especifiquem o local, as pessoas ou as coisas sobre que recaem. (MIRANDA, 1990, p. 51-52)

fosse capaz de tomar conhecimento sobre a nulidade da autorização judicial. Procurou-se, com isso, objetivar a análise da exceção. A jurisprudência americana reconheceu, ainda, a boa-fé do agente que procedeu à coleta de provas com fundamento em lei estadual, posteriormente declarada inconstitucional (Illinois v. Krull, 480 U.S. 340 – 1987). Considerada inexistente a violação à quarta emenda da Constituição Americana porque se conduziu a autoridade de boa-fé, fica afastada a exclusão da prova coletada (Gallardo, 2003, p. 444-448).

- A exceção de censura (impeachment exception). Utilização de provas excluídas com objetivo de atacar a credibilidade do depoimento do réu. A constituição americana assegura ao réu o direito de não se auto acusar. Não lhe assegura, contudo, o direito de mentir perante uma corte de justiça! Poderá o réu invocar a quinta emenda constitucional e permanecer em silêncio. Se falar, entretanto, estará obrigado a dizer a verdade. Se, ainda, no depoimento judicial o réu afrontar explicitamente prova que tenha sido afastada por ilicitude na sua produção, poderá a acusação fazer uso dela para destruir a credibilidade de seu depoimento. Ao contrário, permanecendo em silêncio o réu, a prova reconhecida como ilicitamente obtida não poderá ser usada, diante da proteção assegurada pela quinta emenda constitucional. Logo, o direito a não-incriminação não é sinônimo de direito de mentir em juízo.

A razão da exceção da boa-fé é óbvia, se a olharmos sob a ótica que fundamenta toda a doutrina norte-americana que orienta o tratamento dado à prova colhida por meios ilícitos. Como se viu anteriormente, na doutrina norte-americana não há uma preocupação direta com os bens ou valores envolvidos na produção probatória. As regras de exclusão da prova estão voltadas contra a conduta maliciosa de autoridades públicas durante os procedimentos investigatórios. Uma vez aceitas no processo as provas colhidas em desrespeito a normas, defende a doutrina norte-americana que haveria um comprometimento da integridade das decisões judiciais. Todavia, se demonstrado que a prova foi colhida sem as observâncias legais, mas que a autoridade responsável se conduziu de boa-fé, afastam-se os motivos para a exclusão da prova. A dificuldade deste critério está

exatamente na aferição da boa-fé da autoridade pública. Neste caso, as circunstâncias envolvidas deverão ser analisadas para que se possa avaliar se seria possível à autoridade pública “*perceber*” que estaria procedendo de forma irregular.

6.3.2 A prova ilicitamente obtida no direito alemão: a ponderação de direitos como referência.

Em matéria de prova colhida de forma ilícita, os alemães desenvolveram a doutrina da *Beweisverbote*. Enquanto, os norte-americanos, como vimos anteriormente, dão tratamento à questão da prova obtida ilicitamente sob a ótica das *exclusionary rules*. Em ambas as doutrinas, o objetivo primeiro é coibir ou desestimular o recurso a meios de provas contrários às garantias fundamentais resguardados nas respectivas Cartas Constitucionais. Diferenciam-se, no entanto, na motivação que leva à proibição e, daí, na consequência dela decorrente.

É inegável que tanto os alemães quanto os americanos não recebem com maior ou menor satisfação as provas produzidas de forma ilícita: repelem-nas. Divergem os sistemas, porém, em sua filosofia e, assim, em suas consequências. Nesse sentido, é preciso lembrar que o processo criminal americano, certa ou erradamente, ainda é um sistema acusatório puro, enquanto o processo alemão é de tipo misto, ou seja, “*um processo acusatório integrado por um princípio de investigação*”. Essas diferentes concepções acarretam profundas dissemelhanças no tratamento da ilicitude probatória, a ponto de se poder considerá-los institutos dogmáticos até mesmo distintos. (Knijnik, 1996, p. 70)

O Direito alemão se inclina à chamada doutrina da ponderação dos interesses. Há uma disposição para, no âmbito do caso concreto, contrapor os bens, interesses ou valores envolvidos. Antes de pretender adotar medidas profiláticas com intuito de indicar os limites da investigação policial, a jurisprudência alemã perscruta sobre a violação ou não de um direito fundamental assim consagrado. E, transcrevendo Manuel da Costa Andrade, arremata:

“à luz do princípio da ponderação de interesses, imanente a toda a problemática das proibições de prova, há de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão da criminalidade. Este o entendimento a que o BGH se tem mostrado

sistematicamente fiel e que conheceria com a decisão do primeiro caso do diário (Tagebuchfall, 1964) (. . .). Uma proibição de valoração – lê-se no aresto de 1964 – só pode ser reconhecida no contexto de uma ponderação entre o interesse na tutela da esfera de segredo, garantido como direito pessoal e fundamental, e o interesse do Estado na perseguição penal (. . .). É precisamente na base desta compreensão do princípio da ponderação que o BGH vem sustentando, em matéria de proibições de prova, um regime diferenciado para a criminalidade grave”. (Knijnik, 1996, p. 73-74)

Com efeito, os tribunais alemães manejam, sobretudo, postulados de direito material, a fim de decidir as questões relativas à prova obtida ilicitamente. Assim, a base para a proibição de prova está nos valores fundamentais protegidos pela Carta Constitucional. Diferente, todavia, o discurso jurídico americano, pois a Suprema Corte Americana nunca tentou, em suas decisões, estabelecer com mais rigor o conteúdo e o alcance deste direito. As restrições à valoração de prova ilicitamente produzida visam estabelecer, antes de tudo, as fronteiras das atividades admissíveis por parte da investigação policial. As condenações baseadas em confissões coagidas são desprezadas não porque não sejam verdadeiras, mas porque os métodos utilizados para extraí-las ofendem um princípio fundamental do Direito criminal americano que, em sua essência, é acusatório e não inquisitório.

Dessa forma, as regras de exclusão (exclusionary rules), fundam-se, principalmente, no chamado “imperativo de integridade judicial” (the imperative of judicial integrity). O repúdio à produção de prova obtida por meios ilícitos na jurisprudência americana, portanto, visa sobretudo coibir ou desencorajar atividades policiais inconstitucionais: prevenção e não reparação, é o verdadeiro objetivo. Fica em plano secundário eventual análise sobre possível direito subjetivo da parte agravada. (Knijnik, 1996, p. 71-72)

Como se vê, há um enorme distanciamento nos discursos jusfilosóficos a respeito de um mesmo problema. O direito norte-americano, neste caso, de concepção processual-formalística, fecha-se para concessões e comparações entre os bens jurídicos envolvidos. Por outro lado, o direito alemão privilegiando uma perspectiva material, mostra-se muito mais sensível às particularidades do caso concreto. (Knijnik, 1996, p. 74)

6.4 A PROVA OBTIDA ILICITAMENTE NO BRASIL: AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS EXISTENTES. AS PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS EXISTENTES VISANDO A SUA REGULAMENTAÇÃO.

Sendo a prova obtida ilicitamente uma questão polêmica, torna-se inevitável o surgimento de posições doutrinárias e jurisprudenciais conflitantes. A admissibilidade ou não da prova ilicitamente coletada, muitas vezes determinante na decisão da lide, resulta em drama processual sobre o qual juristas se debruçam.

De regra, a questão da admissibilidade da prova ilicitamente obtida gira em torno das consequências e efeitos dela decorrentes. Os conflitos estabelecidos levam a oscilações doutrinárias e jurisprudenciais, ora em favor da admissibilidade, ora contra (Mendonça, 2004, p. 43). Na doutrina encontraremos, a rigor, três correntes tratando sobre a admissibilidade/inadmissibilidade da prova produzida ilicitamente. Duas delas em lados extremos e, uma terceira, posicionando-se de modo intermediário.

A corrente que defende a vedação absoluta da prova colhida de forma ilícita no processo é sustentada, por parte da doutrina, sob três argumentos. Primeiro, afirma-se que a produção probatória com a violação da lei ofende o princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado (Pinheiro, 2005, p. 121). Segundo, a ilicitude, seja ela decorrente de norma processual ou substancial, é, por si só, suficiente para afastar a prova do processo. Rejeita os argumentos de que somente a norma processual poderia afastar a apreciação da prova pelo juiz. Procura-se preservar a unidade do ordenamento jurídico. Por fim, o terceiro argumento sustenta que toda prova coletada por meios ilícitos seria ofensiva ao ordenamento constitucional por violar direitos fundamentais (Fregadolli, 1998, p. 189).

Pela admissibilidade da prova produzida ilicitamente, a corrente doutrinária que a sustenta, funda-se apenas na separação entre prova coletada de forma ilícita e prova ilegítima. As provas ilegítimas, violadoras de norma processual, seriam as únicas a sofrerem restrições porque previstas expressamente na lei vedações de ordem instrumental. Por outro lado, as provas produzidas em afronto a norma material, poderiam ser admitidas, aplicando-se apenas a sanção respectiva ao responsável pela produção probatória. Além desse aspecto dualista (prova ilicitamente obtida/ilegítima), essa linha doutrinária inspirava-se na concepção de

que o processo deveria buscar sempre a verdade real, ficando em plano secundário, aspectos referentes à produção probatória. (Pinheiro, 2005, p. 123-124)

A terceira corrente adota uma posição balanceada. Não nega a vedação da produção da obtida ilicitamente como instrumento integrante do ordenamento jurídico, mas admite a possibilidade de exceções em situações em que, hipoteticamente, a vedação poderia importar em violação de interesses ou valores mais preciosos. Pondera-se os bens em conflito para se decidir pelos benefícios que a exceção poderá realizar e pelos malefícios decorrentes da vedação

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado na linha da doutrina que considera a vedação de forma absoluta. Não se tem admitido, nesses tribunais, exceções à vedação constitucional à admissibilidade de prova ilicitamente obtida. O Supremo Tribunal Federal tem, inclusive, rejeitado a aplicabilidade do critério de proporcionalidade com o intuito de excepcionalizar a inadmissibilidade da prova ilicitamente coletada (STF, 1ª Turma. HC 80949/RJ. Relator Min. Sepúlveda Pertence. DJ 14.12.01, p. 26).

O tratamento a ser dado à prova judicial produzida ilicitamente não está disciplinado em lei. Entretanto, tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei n.º 4.205/2001, que altera dispositivos do Código de Processo Penal e disciplina o tratamento processual a ser dado para a prova colhida de forma ilícita. O projeto já se encontra com parecer aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, aguardando pauta para votação na Câmara Federal. A proposta, se aprovada, trará inovações interessantes e acolhe em nosso ordenamento jurídico a teoria dos frutos da árvore envenenada (prova ilícita por derivação). É o que se vê na redação que se pretende dá ao artigo 157, do Código de Processo Penal.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais.

§ 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

§ 2º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório.

§ 3º. O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença.

Na proposta para a nova redação do artigo 157, do Código de Processo Penal, o *caput* trará uma definição de prova coletada por meios ilícitos: seriam rejeitadas do processo as provas obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais. Assim, a ilicitude é reconhecida quando em conflito direto com regra ou princípio constitucional. Penso que aqui se abrirá o espaço para exceções. Isto porque, como já vimos, a regra concretiza princípios, e havendo conflito entre princípios, será possível afastar a efetividade da regra, se o princípio que ela concretiza não prevalecer no caso concreto.

O projeto de lei, assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que trata sobre prova ilicitamente produzida, apresenta incoerência na medida em que reconhece e incorpora institutos concebidos pela jurisprudência norte-americana, sem, no entanto, estabelecer as exceções admitidas pela doutrina dos frutos das árvores envenenadas, como visto anteriormente.

O impedimento do juiz que conheceu a prova coletada por meios ilícitos para conduzir o processo é consequência natural. O texto legal, porém, deixa dúvida quanto a se negar ao juiz apenas proferir decisão sendo-lhe, então, possível dar prosseguimento à instrução processual; ou se o afasta do processo desde o momento em que toma conhecimento da ilicitamente obtida. Penso que a segunda alternativa seja a mais coerente.

6.5 A PROIBIÇÃO DA ADMISSIBILIDADE PROCESSUAL À PROVA COLETADA ILICITAMENTE DE-CORRE DIRETAMENTE DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

Claro ficou, no capítulo 4, que os métodos clássicos de hermenêutica não mais atendem exigências de uma sociedade plúrima, mas nem por isso devem ser completamente desprezados. Válido, portanto, buscar-se o momento histórico no qual a norma proibitiva foi concebida para que se possa tentar captar as possíveis razões que teriam motivado o legislador constituinte.

Nesse passo, inicia-se obrigatoriamente com a percepção de que a Constituição de 1988 não é um símbolo de mudança, mas de uma transição controlada e limitada. O Brasil não passou por um processo de revolucionário com profundas mudanças socioeconômicas ou ruptura do ordenamento jurídico com a

instauração de um outro, mediante processo não regulado no ordenamento precedente. A Assembleia Nacional Constituinte sequer guardava a pureza necessária para o desempenho de suas funções, confundindo-se com o próprio Congresso Nacional.

A Assembleia Nacional Constituinte desvelou a sua verdadeira face, por iniciativa de uma esmagadora maioria: por escolha dos parlamentares do PMDB, do PFL, do PDS, do PTB, ela aceitou a definição dos demais poderes da República e da ordem estabelecida, autodelimitando-se como Congresso Constituinte. Estão, portanto, abertos os caminhos que reproduzem o passado recente e vinculam a Constituição à ordem ilegal vigente e ao Frankenstein constitucional engendrado pela ditadura militar (Fernandes, 1989, p. 74).

A Assembleia Nacional Constituinte jamais desempenhou suas funções com independência, pois boa parte de seus membros guardavam estreita vinculação com o regime militar. Tratou-se, em verdade de um teatro para mascarar uma transferência controlada do poder de forma a se assegurar a prevalência de interesses obscuros.

(...) o Governo é um prolongamento da ditadura e de seu cronograma político-militar de transição lenta, gradual e segura. A ANC surge, ao contrário, como um meio para destruir a ordem legal imperante, herdada da ditadura, e defendida com unhas e dentes por seus remanescentes civis e militares, instalados no Governo e na própria ANC... (Fernandes, 1989, p. 108)

Deve-se reconhecer que o poder vigente apenas “autorizou” mudanças de forma regulamentada, de modo a assegurar a manutenção de privilégios e interesses ameaçados pelas mudanças ocorridas no resto do mundo. As Constituições brasileiras, especificamente as de 1824, 1937 e 1946, sempre incorporaram em seus textos os reflexos dos ideais que marcavam os seus respectivos momentos históricos. A Constituição de 1824, por exemplo, está entre as mais modernas da época, oferecendo à sociedade de seu tempo um expressivo rol de garantias individuais. A Constituição de 1988, por outro lado, foi um retrocesso, um engodo, uma hipocrisia vivida até hoje. Elabora sob a vigilância dos militares, deu as costas para o mundo abraçando concepções nacionalistas, estatizantes e intervencionistas:

“Não se entende por que a nossa Constituição seja tão apegada aos nacionalismos, estatismos e intervencionismos, ao planejamento, à burocracia, à previdência, quando, na verdade, o mundo estava a descobrir as vantagens da livre iniciativa, da internacionalização dos mercados, do enxugamento do Estado (...) De tal sorte que nosso texto transformou-se num grito de desespero de certos interesses, em fase aguda de deterioração, quase moribundos, que foram procurar na constituição uma revitalização.” (Bastos, 1993, p. 85)

Dentro desse ambiente histórico, a inserção de dispositivo vedando a admissibilidade no processo de provas obtidas ilicitamente, constitui muito mais uma tentativa de disponibilizar expressamente no texto constitucional uma salvaguarda contra os abusos do regime militar, especialmente quando à intimidade, o sigilo de correspondência e das comunicações.

Ao se analisar as Constituições anteriores vê-se que não há nelas qualquer dispositivo com conteúdo equivalente à norma da Constituição (art. 5º, LVI) vigente vedando a admissão de prova ilicitamente obtida. E não há por uma simples razão: ela é desnecessária. A vedação à prova obtida ilicitamente está relacionada com os direitos individuais do homem, especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade ou autodeterminação. Olhemos, a título de exemplo, alguns dispositivos de interesse ao nosso tema, existentes no texto da Constituição de 1824:

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

I. Nenhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei;

(...)

VII. todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolável. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que, a Lei determinar.

(...)

XXVII. O Segredo das Cartas é inviolável. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infracção deste Artigo”

Os direitos fundamentais de primeira geração (direitos civis e políticos) já se encontravam acomodados no texto constitucional do Império, respirava-se os ventos da liberdade, certamente oriundos do constitucionalismo francês e norte-americano.

Portanto, já na Carta Política Imperial era possível extrair princípios de proteção contra provas eventualmente produzidas em violação a essas garantias. A exemplo disso, temos decisões no Supremo Tribunal Federal, no ano de 1965, enfrentando temas referentes a provas em confronto com violação de garantias individuais:

Ementa. Denúncia - Pode ser oferecida independentemente de inquérito policial. 2- Prisão preventiva - Não é nula se baseada em elementos colhidos em investigação sumária, uma vez que não se demonstrou que a prova fora colhida mediante tortura ou através de métodos tendentes a enfraquecer a resistência dos indiciados.
(STF – Pleno. HC 41888. Relator Min. Evandro Lins. DJ 28/04/65)
(Campanhole; Campanhole, 1981, p. 648-650)

Pode-se mencionar, ainda, o recurso no HC RHC 63929/GO (STF, 1ª Turma. Min. Sydney Sanches. DJ 16-05-1986, p. 8184), onde são confrontadas questões probatórias diante de possível violação de domicílio. Assim, insisto em afirmar que o dispositivo constitucional sobre a vedação à prova obtida ilicitamente é completamente desnecessário diante de todas as garantias individuais asseguradas expressamente no texto da Constituição vigente. Procedendo-se a um simples exercício mental para “*excluir*” a norma constitucional de vedação à prova obtida ilicitamente, percebe-se que o princípio da ampla defesa e do devido processual legal, bem como as garantias individuais referentes à intimidade, sigilo de correspondência, inviolabilidade de domicílio e inviolabilidade das comunicações são bastantes para disciplinar a produção probatória e coibir excessos.

Conclui-se que a vedação à inadmissibilidade da prova ilicitamente produzida decorre lógica e naturalmente dos princípios e das garantias individuais insertos no texto constitucional e não efetivamente do dispositivo que expressamente a coíbe. Aqui está, portanto, uma das razões para se justificar a ponderação dessa vedação com outros bens e valores igualmente protegidos.

6.6 INEXISTEM FUNDAMENTOS ABSOLUTOS. A PONDERAÇÃO DE VALORES PODE ABRIR EXCEÇÕES PARA A ADMISSIBILIDADE DA PROVA PRODUZIDA ILICITAMENTE.

A simplória escolha do legislador constituinte ao dispor sobre a vedação da prova coletada de forma ilícita não é resultante de uma posição jusfilosófica. Como vimos, a opção decorreu, na verdade, da insegurança que afligia as forças políticas brasileiras, diante do poder ainda remanescente da ditadura militar em nosso País.

“É certo que outros países tiveram sorte diferente no particular. Já se mencionaram os exemplos da Itália e da Espanha, que igualmente saíram de regimes autoritários, mas souberam abster-se de determinados exageros. Não escandaliza o mundo jurídico espanhol ouvir dizer ao Tribunal Constitucional que os próprios direitos fundamentais não devem erguer “obstáculo intransponível à busca da verdade material que não se pode obter de outro modo”. Ninguém se animará a tirar daí motivo para pôr em dúvida o caráter democrático da sociedade espanhola contemporânea. Talvez algum dia possamos reagir no Brasil com igual circunspeção.

Com o amadurecimento das instituições, impõe-se seja aquele posicionamento revisitado, não com intuito de afastar a norma constitucional, uma vez que somente ao constituinte originário cabe essa tarefa, mas para moldá-la, adequando-a às exigências da realidade presente, mediante o sopesamento dos demais valores também protegidos constitucionalmente.

A dignidade dos valores defendidos pela vedação explícita à prova produzida ilicitamente não pode ser considerada como superior à dignidade dos demais bens, interesses ou valores protegidos pela Constituição. Em que pese a redação cogente do texto constitucional, não há como sustentar a ideia de que a vedação seja absoluta, totalmente imune ao influxo das demais normas e princípios constitucionais. Dentre os renomados doutrinadores pátrios que se posicionam em lados opostos, Rachel Mendonça destacou os seguintes:

“Não obstante tenha a Constituição de 1988 adotado o critério absoluto da inadmissibilidade das provas ilícitas, permanece o dissenso na doutrina e na jurisprudência. De um lado, Weber Martins Batista, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães, entre outros, afirmam não haver espaço algum no ordenamento para acatar a admissibilidade das provas consideradas ilícitas no processo, em função da forma cogente como foi redigido tal dispositivo; de outro lado, José Carlos Barbosa Moreira, Luis Gustavo Grandinetti C. de Carvalho e Calmon de Passos defendem o posicionamento de que não há nenhum direito fundamental absoluto, e muito menos hierarquia entre estes, e, portanto, seria extremamente injusto que o direito à prova, decorrente do direito de ação e de defesa (acesso ao judiciário), estivesse sempre

submerso a um direito de igual hierarquia, sem que ao menos se examinasse o valor de suas alegações.” (Mendonça, 2004, p. 68)

Qual o sentido do problema acerca do fundamento absoluto dos direitos do homem? É possível um fundamento absoluto? Essas foram algumas das interrogações colocadas por Norberto Bobbio quando se propôs a examinar os fundamentos dos Direitos do Homem. (Bobbio, 1992, p. 15) As indagações nos interessam na medida em que se refuta nesta dissertação o caráter absoluto da vedação à prova ilicitamente coletada. Regra inserida no texto da Constituição Federal.

Ao desenvolver sua obra, o filósofo afirmou que nem a liberdade, o único direito irresistível, segundo Kant, tem assegurada a condição de fundamento absoluto. Firma o entendimento que o fundamento absoluto não passa de uma ilusão:

“Da finalidade visada pela busca do fundamento absoluto, nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que – de tanto acumular e elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão. O fundamento absoluto é o fundamento irresistível no mundo das ideias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível (que se pense em Hobbes) no mundo de nossas ações. Diante do fundamento irresistível, a mente se dobra necessariamente, tal como a vontade diante do poder irresistível.” (Bobbio, 1992, p. 16).

Acrescenta Norberto Bobbio que os direitos do homem, no decorrer da história, constituem uma classe variável. O direito à propriedade já foi considerado como inviolável e até sagrado. Hoje, se encontra relativizado diante das pautas sociais, especificamente da finalidade social que deve desempenhar. A evolução das garantias fundamentais se faz evidente, sendo até objeto de classificação corrente na doutrina: direitos de primeira geração, de segunda geração, de terceira geração etc, e assim por diante. Sabe-se lá aonde chegaremos. O fato é que ninguém pode afirmar que a pauta de direitos tidos como fundamentais não venha a sofrer mutações no seu conteúdo e inovações. Não há, portanto, como estabelecer fundamento absoluto para direitos sobre os quais não se consegue atribuir uma noção precisa (Bobbio, 1992, p. 18).

Ora, no que concerne à vedação à prova ilicitamente coletada, a questão não diz respeito diretamente à prova em si, mas aos princípios e garantias que se fazem presentes, expressa ou implicitamente, no texto constitucional. A ilicitude somente se evidenciará se houver violação de normas constitucionais. Do contrário, não há que se falar em prova ilicitamente produzida. Dado o caso concreto, detectada violação a princípios constitucionais quando da produção de determinada prova, estabelecer-se-á um conflito de interesses das partes interessadas que poderá ser decidido mediante a ponderação dos bens e valores constitucionalmente protegidos. E, nessa ponderação principiológica, deverá sempre ser levada em conta a prevalência da verdade no processo como um dos valores a serem balanceados.

7 CONCLUSÃO

“Fil. Mas o que é justiça?

Jur. Justiça é dar a todo homem o que é dele.

Fil. O que o senhor quer dizer quando afirma que a justiça dá a cada homem o que é dele? Como me pode ser dado aquilo que já é meu? Ou se não é meu, como pode a justiça torná-lo meu? (Hobbes, 2001, p. 17)

7.1 A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À PROVA ILICITAMENTE OBTIDA: UMA REGRA CONSTITUCIONAL INÚTIL.

Vimos que a vedação constitucional à admissibilidade da prova ilícita passou a constar expressamente no texto constitucional por força de circunstâncias relacionadas ao ambiente de insegurança resultante do regime militar. A vedação, portanto, não emergiu por razões de ordem filosófico-jurídica. A motivação do legislador constituinte é consequência reflexa dos abusos cometidos, em relação aos direitos e garantias fundamentais, pelo regime militar que antecedeu à redemocratização do País. Os trabalhos da própria Assembleias Nacional Constituinte de 1988, se deram sob um governo tido como um prolongamento do regime militar. Os aspectos contextuais em que ocorreram os trabalhos da constituinte levaram o legislador a um excesso, fazendo-o inserir uma regra constitucional desnecessária.

Sabe-se que a proibição de se produzir provas de forma ilícita está relacionada com princípios e garantias individuais previstas no texto da Constituição Federal. A regra constitucional proibitiva da admissibilidade prova ilicitamente produzida, por si só, nada representa. Se esse dispositivo constitucional não existisse no texto nenhuma diferença faria. Isto porque os reais fundamentos para a vedação se encontram presentes em valores e bens protegidos constitucionalmente, entre eles: direito à intimidade e à vida privada; sigilo de correspondência e das

comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas; inviolabilidade do domicílio etc.

Salutar lembrar-se que os princípios são sempre razões *primae facie*, apresentando-se no sistema como normas de otimização. Determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Assim, os princípios fundamentam as regras, porque constituem valores qualificados pela normatividade. Não há que se falar, portanto, em conflito entre regras e princípios. Se uma regra se mostrar incompatível com um princípio diante de um caso concreto, a solução do conflito começa pela identificação do princípio concretizado na regra. Feito isso e sempre levando em conta o caso concreto, procede-se à ponderação dos valores representados pelo princípio concretizado pela regra e o outro conflitante.

Finalizando, a regra que estabelece a vedação constitucional à utilização de prova ilícita é casuística e desnecessária. Casuística em virtude das circunstâncias que motivaram a origem da norma. A desnecessidade, por sua vez, se evidencia porque sua existência no texto constitucional é completamente indiferente em razão da presença dos princípios e garantias fundamentais.

7.2 A INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS ABSOLUTOS OBRIGA A RELATIVIZAÇÃO DA REGRA QUE VEDA A ADMISSIBILIDADE DE PROVA ILICITAMENTE PRODUZIDA.

A vedação constitucional da prova ilicitamente produzida não pode ser elevada à condição de regra absoluta negação ao direito de prova. Nenhum direito positivado guarda essa natureza. Até os princípios podem ser relativizados quando confrontados com outros, dependendo a preponderância de um ou outro da situação fática e da ponderação dos valores a eles inerentes.

Não se pretende nesta dissertação defender a admissibilidade irrestrita da prova coletada ilicitamente. Pelo contrário, devem ser preservadas as restrições existentes, especialmente para coibir o comportamento irregular de autoridades nos procedimentos de investigação. O que se questiona é que valores e bens passem a ser tidos como absolutos diante de outros igualmente presentes na Constituição.

A vagueza dos conceitos constitucionais e a dinâmica social são fatores que não podem ser ignorados. A mudança de valores se constitui em fato natural, de modo que a Constituição deve ter o seu texto aberto para permitir a interpretação de suas normas à serviço da realidade. Aliás, em se tratando de interpretação, ficou claro que o texto da lei é mero referencial a ser considerado, pois há múltiplas considerações quando um caso concreto se apresenta perante o judiciário. O texto legal (mundo do ser) jamais conseguirá disciplinar todas as variáveis possíveis que a realidade de um caso concreto pode trazer (mundo do ser).

7.3 A VERDADE COMO REFERÊNCIA ESSENCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DA JUSTIÇA E INTERESSE DO ESTADO E DAS PARTES NO PROCESSO

A verdade é, dentro do senso comum, elemento integrante do conceito de justiça, obrigando-nos a rever posições doutrinárias que vislumbram o processo como finalidade única de compor litígios dentro de um formalismo asfixiante. Devido à sua realização estreita com a prova, há de ser considerada quando o conflito de interesses se estabelece diante de uma prova coletada em violação a normas constitucionais.

A necessidade de busca pela verdade tem influenciado fortemente o judiciário, levando-o a não mais se contentar com a figura meramente passiva do juiz na condução processual. O sistema probatório, o sentimento de justiça e a natureza pública do processo, impõem restrições a possíveis abusos de direito processual, levando o juiz a intervir no procedimento probatório. Vimos nos capítulos anteriores que a verdade é reverenciada na jurisprudência, colocando-a como de interesse do Estado.

É claro que a finalidade do processo não é perseguir a verdade. Até porque para que essa pretensão existisse, haveria necessidade primeira de definir o que seria verdade. E essa definição é, ainda hoje, motivo de polêmica na filosofia. Não precisamos, entretanto, nos preocupar com a definição de verdade, mas apenas entender o que ela nos significa. E, dessa forma, aceitar que embora não seja possível transpor a realidade para o processo, a verdade fluirá para os autos por intermédio da linguagem. Nesse processo de 'transferência', o mundo estabelece

limites para a interpretação. Desse modo, é possível sustentar que em determinadas situações não há lugar para o arbítrio, afastando-se assim a genérica afirmação de que a verdade é relativa. A realidade acerta os limites no processo de comunicação, de forma que os fatos ocorridos não podem ser relatados de qualquer modo, devendo obedecer aos parâmetros apesar de sabermos que não podem ser descritos precisamente tal como ocorreram na realidade. Daí porque é no conjunto probatório que se procura trazer para os autos um retrato mais fidedigno possível do mundo real.

Por outro lado, não se quer dizer com isso que a verdade fática levará a uma única decisão. Sabemos que um caso jurídico pode apresentar várias respostas possíveis. De qualquer modo, é inegável que a verdade fática é imprescindível para que a decisão ofereça uma resposta ao litígio dentre aquelas consideradas possíveis.

Ao se admitir uma prova ilicitamente produzida em favor do réu não se está apenas assegurando a sua liberdade, mas também a verdade como valor de justiça a ser perseguido em todo processo judicial.

7.4 O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO FILTRANTE PARA O INGRESSO DA PROVA JUDICIAL PRODUZIDA ILICITAMENTE.

O princípio da proporcionalidade não se constitui em construção doutrinária alienígena alheia ao nosso sistema constitucional. A sua aplicabilidade independe de sua positivação expressa no ordenamento, pois sua essência está diretamente relacionada com a proteção de direitos fundamentais e, por consequência, com a própria existência do Estado Democrático de Direito.

A vedação à prova obtida ilicitamente tem como objetivo proteger princípios e garantias individuais presentes no texto constitucional. Desse modo, a regra constitucional não se constitui, na sua essência, em regra vedação. Existe para assegurar concretude às normas protegidas constitucionalmente. Razão pela qual está a regra está sujeita ao afastamento quando princípios considerados mais valiosos provoquem o afastamento daqueles que permeiam a vedação constitucional à admissibilidade da prova ilícita. Isto porque é inegável a possibilidade de se estabelecerem conflitos em que a que admissão da prova judicial

ilicitamente produzida se faça necessária no processo para assegurar outros valores igualmente protegidos no texto constitucional. É o caso, por exemplo, da possibilidade do réu em processo criminal se utilizar de uma prova ilicitamente coletada com intuito de assegurar a sua absolvição. Argumentam aqueles que querem negar a possibilidade de se relativizar a vedação constitucional que, neste caso, a exceção se justificaria porque estaria presente a legítima defesa. Convenhamos. Nesta hipótese o que se estaria fazendo ao admitir a prova é admitir sua valoração.

Desse modo, os princípios e garantias fundamentais, dada sua carga valorativa abstrata, estarão sempre sujeitos à ponderação quando em conflitos com outros bens e valores protegidos constitucionalmente. Neste caso, o critério ou princípio da proporcionalidade é um instrumento que se mostra adequado para tratar, dentro do nosso ordenamento jurídico, de possíveis casos de admissibilidade excepcional da prova obtida ilicitamente. Isto porque, diferentemente de outros métodos interpretativos, este princípio não se limita exclusivamente de relações entre regras jurídicas. O princípio da proporcionalidade se ocupa de possibilidades fáticas e jurídicas.

7.5 PROCEDIMENTOS E CRITÉRIOS DE OBSERVAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA A ADMISSIBILIDADE DA PROVA OBTIDA ILICITAMENTE. PROPOSIÇÕES.

Diante de todos os estudos realizados, análise de doutrinas, jurisprudências e textos legais, entendo que o tratamento da prova ilícita no âmbito processual deverá observar alguns procedimentos e critérios que, de forma sucinta, passo a especificar:

- Prova produzida ilicitamente pelo Estado. A prova ilícita produzida pelo Poder Público não poderá ser admitida em juízo, afastando-se desta forma a hipótese de valoração dos interesses em conflito. Essa vedação, entretanto, comporta as seguintes exceções:
 - a. quando a prova ilícita for produzida sob clara situação de aparente legalidade na sua coleta (erro de julgamento na coleta);

- b. quando a prova seria inevitavelmente descoberta;
- c. quando a prova vier em benefício da absolvição penal do acusado.

Das exceções acima, as constantes dos itens “a” e “b”, advêm de construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana, dentro da doutrina das regras de exclusão da prova ilícita, como visto no capítulo 6.

A exceção constante do item “c”, por sua vez, é aceita sem ressalvas pela doutrina, incidindo aí, ainda que não declarado expressamente, o critério da proporcionalidade, uma vez que, deixando-se de aceitar a exceção, estaríamos a autorizar um ato de violência do Estado sem qualquer justificação legal.

- Prova produzida por particulares. A prova ilícita trazida pelas partes envolvidas no processo estará sujeita ao sopesamento dos valores conflitantes em juízo, salvo se a prova coletada ilicitamente pudesse ser obtida regularmente pela parte interessada, mediante os meios processuais disponíveis.

De qualquer forma, o juiz motivará a aceitação ou rejeição da prova, de modo a assegurar à parte que se sentir prejudicada a utilização dos meios recursais contra a decisão que, no sistema vigente seria o agravo de instrumento.

- Do procedimento do juiz. A conduta do juiz também observará alguns procedimentos. Admitindo a prova deverá prosseguir na condução do processo. Entretanto, se negar a sua admissão, determinará:
 - a. o desentranhamento da prova que deverá ser lacrada e arquivada no Cartório ou Secretaria do Juízo;
 - b. encaminhamento dos autos para seu substituto legal, pois estará impedido para presidir o processo, uma vez que ao tomar conhecimento da prova ilícita ficou comprometida a sua neutralidade.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à Ontologia de Nicolai Hartmann). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 301 p.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica** : para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGOSTINHO, Santo - Bispo de Hipona. **Confissões**. Tradução Maria Luiza J. Amarante. São Paulo: Paulus, 2002. 450 p. Tradução de: Confessiones.

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica**: pensamento formal e argumentação : elementos para o discurso jurídico. Quartier Latin, 2003. 405 p.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 374 p.

AQUIN, Thomas d'. **Première Question Disputée la Vérité**: (De Veritate). Tradução Christian Brouwer e Marc Peeters. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 2002. 185 p.

ARISTÓTELES, Aristóteles. **Ética a Nicômaco**. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, v. 2, 2002. 287 p. Tradução de: Ηθικά Νικομάχεια.

ARISTÓTELES. **Arte retórica e Arte poética**. Tradução Antonio Pinto de Carvalho. 17 ed. Ediouro, 2005. 290 p. Tradução de: Art Rhétorique et Art Poétique.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1969.

ATIENZA, Manuel. **Teorias da Argumentação Jurídica**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. 352 p. Tradução de: Las razones del derecho : teorías de la argumentación jurídica .

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA, Ruy. A **Constituição e os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. Rio de Janeiro: Atlântida, 1893.

BASTOS, Celso Ribeiro. A Constituição de 1988. *In*: D'AVILA, Luiz Felipe (Org.). **As Constituições Brasileiras**: análise histórica e propostas de mudanças. São Paulo: Brasiliense, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BLACKBURN, Simon. **Verdade** : um guia para os perplexos. Tradução Marilene Tombini. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. 350 p. Tradução de: Truth : a Guide for the Perplexed.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p. Tradução de: L'età dei Diritti.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONNIER, Edouard. **Traité de Preuves em Droit Civil et en Droit Criminel**. Paris: Henri Plon, v. 1, 1873.

BRASIL. **Constituição República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 6 out. 2005.

CALAZANS, Flávio. Você considera-se ético em pleno século XXI?. **Mundo Cultural**. Disponível em: <http://www.mundocultural.com.br/artigos/columnista.asp?artigo=772>. Acesso em: 20 ago. 2021.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMPANHOLE, Adriano (Org.); CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. São Paulo: Atlas, 1981.

CANAS, Vitalino. Proporcionalidade (princípio). *In*: DICIONÁRIO Jurídico da Administração Pública. Lisboa, v. VI, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Arte do Direito**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. São Paulo: Edicamp, 2001. p. 12-13.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, v. II, 2000. 884 p. Tradução de: Sistema di diritto processuale civile.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, f. 95, 2003. 424 p.

DAVIDSON, Donald. Truth, **Language, and History**. Oxford University Press, 2005. 350 p.

DELLEPIANE, Antonio. **Teoria da prova**. Campinas: M. E., 2001. 220 p.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições De Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, v. I, 2002-v I. 808 p.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições De Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, v. III, 2002-vIII.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p. Tradução de: Taking Rights Seriously.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Florestan. **A constituição inacabada**: vias históricas e significado político. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

FERREIRA, Odin Brandão. **Laiaali**: a universalidade do problema hermenêutico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

FILHO, Manoel Antonio Teixeira. **A Prova No Processo Do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1989.

FILHO, Oswaldo Trigueiro do Valle. **A ilicitude da prova**: teoria do testemunho de ouvir dizer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 366 p.

FOUCAULT, Michel. **Dis et écrits**: 1954-1975. France: Quarto Gallimard, v. 1, 2001.

FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GALLARDO, Carlos Fidalgo. **Las "pruebas ilegales"**: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. 525 p. (Colección: Estudios Conmstitucionales).

GARCÍA-ROZA, Luiz Alfredo. **Palavra e Verdade** : na filosofia e na psicanálise. 4 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. 104 p.

GHIRALDELLI JR., Paulo. **Teorias de Verdade**: Brevíssima Introdução. Consciência. 2001. Disponível em: <http://www.consciencia.net/filosofia/verdade1.html>. Acesso em: 8 out. 2005.

GHIRALDELLI JR., Paulo; BENDASSOLLI, Pedro Fernando. Davidson : a Elegância no Labirinto da Verdade. *In*: GHIRALDELLI JR., Paulo (Org.); BENDASSOLLI, Pedro Fernando (Org.); SILVA FILHO, Waldomiro J. (Org.). **Donald Davidson** : ensaios sobre a verdade. São Paulo: Unimarco, 2002. cap. 1 e 4, p. 07-21 e 109-128.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. 813 p.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 279 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. *In*: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu (Org.); RODRIGUES, José Rodrigo (Coord.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 481 p, p. 391-411.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. 34 p. Tradução de: Die normative kraft der verfassung.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. 576 p. Tradução de: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, f. 95, 2001. 190 p. Tradução de: A dialogue between a philosopher and student of common laws of England.

HUET, Andre. **Le conflits de lois em matière de preuve**. Paris: Librairie Dalloz, 1965.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JÚNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Max Limonad, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado . 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 427 p. Tradução de: Reine Rechtslehre.

KNIJNIK, Danilo. A doutrina dos frutos da árvore venenosa e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.93. **Ajuris**, nov 1996.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Tradução Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1993. 202 p. Tradução de: Richtiges Recht, Gundzüge einer Rechtsethik.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Tradução Aurélio Wander Bastos. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998. 53 p. Tradução de: Über die Verfassung.

LATORRACA, Cláudio Zalona. **A dimensão da prova no direito processual civil**. São Paulo: HErmis, f. 126, 1990.

LEITE DOS SANTOS, Celeste. Verdade. *In*: C. L. DOS SANTOS, Maria Celeste (Coord.). **Persuasão e verdade**: O sistema legal em fermentação. São Paulo: Cultural Paulista, 1995. 86 p, p. 29-51.

MACHADO, Roberto. **Nietzsche e a verdade**. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, f. 38, 1999. 110 p.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei . **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Classica de A.M. Teixeira & C.TAa , v. 1, 1911. 386 p. Tradução de: Logica delle prove in criminale.

MARXISTS INTERNET ARCHIVE. **Pragmatism & the Question of Truth**. Marxists Internet Archive. 1914. Disponível em: <http://www.marxists.org/reference/subject/philoso-phy/works/fr/durkheim.htm>. Acesso em: 7 out. 2005.

MELENDO, Santiago Santis. **Los grandes temas del derecho probatório**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1979.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas**: limites à licitude probatória. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Inconstitucionalidade e garantia da constituição. Coimbra: Coimbra, v. 2, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **O problema fundamental do conhecimento**. Campina: Bookseller, 1999. 329 p.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. 3 ed. Campinas: Bookseller, 1996.

MOREAL, Eduardo Novoa. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas ilicitamente adquiridas**. Ajuris, v. 68, nov 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOSER, Paul K.; MULDER, Dwayne H.; TROUT, J. D.. **A teoria do conhecimento: uma introdução temática**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Martins Fontes, 2004. 211 p. Tradução de: The theory of knowledge : a thematic introduction.

MOUGENOT, Raymond. **Droit des Obligations**: La Preuve. 3 ed. Bruxelles: De Boeck & Larcier, 2002. 421 p.

NETO, Chade Rezek. **O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito**. São Paulo: Lemos Cruz, 2004. 85 p.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **O livro do Filósofo**. Tradução Ana Lobo. Porto: Rés, 1975. 89 p.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica :: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. *In*: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo. **Hermenêutica plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 481 p, p. 159-179.

PATTERSON, Dennis Michael. **Law and Truth**. Oxford University Press on Demand, v. 3, 1996. 189 p. (1. Jurisprudence. 2. Law-Philosophy. 3. Truth.).

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

PINHEIRO, Fernanda Leticia Soares. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**: a questão da interceptação telefônica e gravação clandestina. Curitiba: Juruá, 2005.

PINHEIRO, Fernanda Leticia Soares. **Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil**: a questão da interceptação telefônica e gravação clandestina. Curitiba: Juruá, 2005.

PROVÉRPIO Iraniano. Pensador. Disponível em:
https://www.pensador.com/autor/proverbio_iraniano/. Acesso em: 6 out. 2005.

REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. 162 p.

REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, v. 1, 1952.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: A Suprema Corte da Bahia e seus Juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspectiva, 197. 354 p.

SCHÖNKE, Adolf. **Direito Processual Civil**. Tradução Karina Andréa Fumberg. Campinas: Romana, 2003. 546 p. Tradução de: Die Zivilprozessrechtsordnung.

SONDEREGGER, Erwin. La vérité chez Aristote. *In*: LA VÉRITÉ. Antiquité – Moderne. Payot Lausanne, 2004. (Cahiers de Philosophie).

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **Abuso de direito processual**: uma teoria pragmática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STREK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (em) crise** : uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUDATTI, Ariani Bueno. **Raciocínio Jurídico e nova retórica**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

SUDATTI, Ariani Bueno. **Raciocínio jurídico e nova retórica**. São Paulo: Quartier Latin.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Trotta, 2002. 541 p. Tradução de: La prova dei fatti giuridice.

THEODORO JR., Humberto. Princípios Gerais do Direito Processual Civil. **Ajuris**, v. 34, jul 1985.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução Alexcandre Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 315 p. Tradução de: La prova penale.

TSCHADEK, Otto. **Estudio sobre los medios de prueba y la apreciacion de la prueba**. Tradução Ernesto Volkning. Bogotá: Temis.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WIENER, Philip P. **The Dictionary of the History of Ideas**: studies of selected pivotal ideas. New York: Charles Scribner's Sons, v. 3, 1974. Disponível em: http://www.pragmatism.org/companion/pragmatism_wiener.htm. Acesso em: 7 out. 2005.