

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
WENDEL FERREIRA LOPES

**GARANTIA FUNDAMENTAL À PROVA NO PROCESSO JUDICIAL CIVIL SOB A
PERSPECTIVA DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO**

MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

Uberlândia

2011

WENDEL FERREIRA LOPES

**GARANTIA FUNDAMENTAL À PROVA NO PROCESSO JUDICIAL CIVIL SOB A
PERSPECTIVA DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.

Uberlândia

2011

WENDEL FERREIRA LOPES

**GARANTIA FUNDAMENTAL À PROVA NO PROCESSO JUDICIAL
CIVIL SOB A PERSPECTIVA DO MODELO CONSTITUCIONAL
DE PROCESSO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.

Habilitação : Mestre em Direito Público

Data de aprovação:

Banca Examinadora:

Professor Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo
Orientador – Universidade Federal de Uberlândia - UFU

Professor Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho
Universidade Federal de Goiás - UFG

Professor Dr. Altamirando Pereira da Rocha
Universidade Federal de Uberlândia - UFU

RESUMO

O presente trabalho aborda o problema da prova no processo civil brasileiro, para tanto, percebeu-se que o legislador originário de 1988 cuidou de criar um modelo constitucional de processo que adéqua a qualquer processo infraconstitucional, dentre eles o penal, o civil e o administrativo. Esse novo modelo deve ser considerado e interpretado por essa sociedade de altíssima complexidade. Para tanto, assumiu-se a idéia de que, com fundamento prévio na Constituição, encontra-se perfeitamente delimitados Princípios Constitucionais do Processo que vão irradiar seus efeitos neste ambiente, com maior evidência os Princípios do Contraditório, da Ampla Defesa, do Devido Processo Legal. Inserida neste contexto está a prova como um instituto jurídico imprescindível no âmbito do processo e com status de garantia fundamental ao cidadão. Constatou-se a íntima relação entre verdade e processo, ou mais especificamente, entre verdade e prova. Fica evidente que o tema está distante de ser esgotado, ao contrário, longe se vai os inúmeros questionamentos, nada obstante, foi possível tirar algumas conclusões que estão apropriadas para receber críticas e reflexões suficientemente capazes de fazer alterar o pensamento do autor. Dentre as conclusões foi dito que o Processo com fundamento Constitucional e sob os olhares de uma nova sociedade transcende uma realidade pretérita de simples instrumento técnico, passando a assumir uma feição de instrumento garantidor de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Concluiu-se também que a verdade no direito processual é construída e dependente da prova, considerando esta como sendo instituto jurídico veiculador de enunciado através da linguagem eleita pelo direito para a constituição do fato-suporte-argumentativo e é com arrimo nesta linguagem dotada de estrutura e requisitos normativos que se pode falar em verdade no espaço-processo.

PALAVRAS-CHAVE: Garantias fundamentais. Processo. Processo constitucional. Verdade. Prova.

ABSTRACT

This paper addresses the problem of race in Brazilian civil procedure, for both, it was noted that the constitutional legislator of 1988 to create a model of constitutional process that suit any process *infra*, among them the penal, civil and administrative. This new model should be considered and interpreted by the company considered of high complexity. To this end, we have assumed the idea that, based on previous Constitution, is perfectly delimitados Constitutional Principles of Procedure that will radiate its effects in this environment, most obviously the Principles of Contradiction, legal defense, the Due Process of Law. Inserted in this context is the evidence as a legal institution essential for the process and status of basic guarantee for the citizen. It was noted the intimate relationship between truth and process, or more specifically, between truth and proof. Clearly, the issue is far from being exhausted, on the contrary, it goes away the many questions yet, nevertheless, been possible to draw some conclusions that are appropriate to receive criticisms and reflections sufficiently able to change the author's thought. Among the conclusions was told that the constitutional process on the ground and under the gaze of a new society of bygone reality transcends a simple technical device, and therefore takes on features of a mechanism to ensure the fundamental rights enshrined constitutional. It was also true that the procedural law is built and dependent on the evidence, considering this as a disseminator of legal principle enunciated by the language chosen by the law for the establishment of fact-support-argumentative and is equipped with retaining this language structure and regulatory requirements is that one can speak of truth-space process.

KEYWORDS: Fundamental right. Process. Constitutional process. Truth. Evidence.

Aos meus pais, José e Elaine

E as minhas irmãs Mylene e Márcia

A minha esposa Josiane e ao meu filho Nicolas

Ao amigo e eterno incentivador Ricardo Rocha Viola

E, evidentemente, a todos meus alunos

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, informo que este trabalho é a representação, muito singela, daquilo que apreendi durante o curso de mestrado da Universidade Federal de Uberlândia e conta com a participação efetiva de todos os meus colegas mestrandos.

Agradeço a Universidade Federal de Uberlândia, “casa” que já me abrigou no passado, no período da graduação, e, que, hoje me concede a oportunidade de realizar mais um de meus sonhos.

Agradeço a todos os servidores desta Instituição e gostaria que cada um, que esteve comigo neste período do curso de Mestrado, sentisse-se, também, autor deste trabalho.

Agradeço a colaboração daqueles professores que trabalharam comigo na construção do texto, o prof. Dr. Cícero José Alves Soares Neto, o prof. Dr. Alexandre Walmott, o prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins, o prof. Dr. Altamirando Pereira Rocha e a profa. Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello.

Faço a seguir, dois agradecimentos especiais.

Primeiro ao meu “pai”, prof. Dr. Leosino Bizinoto Macedo, digo pai porque é assim que o vejo e assim que ele tem se portado durante todo o tempo que eu o conheci, desde nossas viagens para a cidade de Ituiutaba até hoje, nos encontros semanais na Faculdade Católica de Uberlândia. Digo sempre ao mestre que eu não sou digno de ser seu filho, mas, agradeço pela confiança.

Agradeço, em separado, o meu orientador e fraterno amigo, professor Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo. O prof. Figueira é um daqueles que a comunidade jurídica mantém dependência, assim como o corpo humano depende do coração. Suas lições não ficam adstritas ao estudo do direito, invade a particularidade de cada um de seus orientandos, sempre com lições de fé, compreensão, afeto.

Obrigado também a minha família e aos meus amigos pela paciência e, principalmente, por entenderem que durante os últimos dois anos não pude estar com eles na forma e na maneira com que eles merecem.

Obrigado a todos.

A porta da verdade estava aberta, mas só deixava passar meia pessoa de cada vez. Assim não era possível atingir toda a verdade, porque a meia pessoa que entrava só trazia o perfil de meia verdade. E sua segunda metade voltava igualmente com meio perfil e os meios perfis não coincidiam. Arrebentaram a porta e derrubaram a porta onde a verdade esplendia fogos. Era dividida em metades diferentes uma da outra. Chegou-se a discutir qual a metade mais bela. Nenhuma das duas era totalmente bela. E carecia optar. Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.

Carlos Drummond de Andrade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 MOVIMENTOS DE TEORIZAÇÃO DO DIREITO	14
1.1 Pressupostos históricos para compreensão do texto	14
1.1.1 O Jusnaturalismo	17
1.1.2 O Positivismo Jurídico	22
1.1.3 O Pós-Positivismo	29
1.2 Pressupostos conceituais para compreensão do texto	38
1.2.1 Direito como fenômeno de linguagem	38
1.2.2 Direito como sistema social jurídico	40
2 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO	43
2.1 A evolução histórica do processo	46
2.1.1 Processo como relação jurídica	49
2.1.2 Processo enquanto procedimento em contraditório	50
2.1.3 Processo enquanto instituição constitucionalizadora	51
2.2 O processo com fundamento na Constituição	52
2.3 O processo na Constituição Brasileira	62
2.3.1 O princípio do contraditório	62
2.3.2 O princípio da ampla defesa	65
2.3.3 O princípio do devido processo legal	68
3 A RELAÇÃO ENTRE VERDADE E PROCESSO	70
3.1 Filosofia e verdade – filosofia da verdade	73
3.1.1 Verdade como correspondência	75
3.1.2 Verdade lógica	77
3.1.3 Verdade consensual	79
3.1.4 Verdade como desvelamento	80
3.2 Função descritiva ou referencial da linguagem – uma opção de busca da verdade	82
3.3 A verdade no direito processual	88

4	A COMPREENSÃO TEÓRICA DA PROVA	93
4.1	Conceito de prova	93
4.2	Teoria da prova enquanto instituto jurídico	97
4.3	Garantia fundamental à prova e sua produção	105
4.3.1	Conceito de Direitos e Garantias Fundamentais	105
4.3.2	Classificação dos Direitos e Garantias Fundamentais	108
4.3.3	Identificação da fundamentalidade do conceito: prova	113
	CONCLUSÃO	115
	REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

Certamente o período atual é carregado de angústia e uma profunda depressão naqueles que pensam¹ o “direito”² e não apenas repetem aquilo que está posto. Aliás, qualquer que seja o subsistema (política, religião, economia ou direito) em apreço, o discurso é o mesmo. Fala-se na era do pós: “pós-moderno”, “pós-realismo”, “pós-positivismo”, conceitos que não deveriam ser rechaçados, mas criticados.

Na ciência jurídica não é diferente, neste ambiente propala-se o “fim da dogmática jurídica”, fala-se num tal “ativismo judicial” e claro, argumenta-se no “pós” alguma coisa, uma repetição incrível e com poucos recursos argumentativos.

Assim, o presente trabalho tem a inquietação precípua de pesquisar se os fundamentos trazidos pela doutrina pátria e estrangeira que dão suporte aos institutos e conceitos jurídicos ora apresentados suportam a um teste de refutabilidade ou, se tratam apenas da repetição sem qualquer base sólida. Neste norte, identificam-se três pontos que merecem maior atenção da pesquisa e que, inclusive, darão forma aos três capítulos da dissertação. São eles: o “modelo constitucional de processo”, a “relação entre verdade e processo” e a “construção da prova” no processo.

Ressalte-se que as premissas e conclusões que oportunamente serão expostas não têm a pretensão de se manterem rígidas, ao contrário, admite-se que muitas delas já merecerão um novo pensar ao final do trabalho.

¹ Pensar de forma crítica. Concordamos neste sentido com Celso Albuquerque Mello que mencionou: “A meu ver existem duas categorias de juristas: os criadores de novas teorias e os sistematizadores que tentam classificar e aprofundar o trabalho dos primeiros. Contudo, em países atrasados como o Brasil, há ainda espaço para uma categoria, cujos integrantes não podem ser denominados juristas, que são os ‘divulgadores de Direito’. Ela existe devido à ausência de bibliotecas públicas, o preço elevado dos livros estrangeiros, bem como poucos estudantes leem língua estrangeira”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 38.

² Aqui pensado enquanto sub-sistema, espécie de uma complexa estrutura denominada sistema social. Neste sentido, Cristiano Carvalho, *Ficções jurídicas no Direito tributário*. São Paulo: Editora Noeses, 2008.

Esclarece-se antecipadamente também que o texto foi arquitetado tendo por base a comunicação com um Estado Democrático de Direito, apesar das espinhosas críticas quando da apreciação e contato com o mundo real.

Ultrapassadas as considerações preambulares, convém dizer que o capítulo 1 irá mostrar ao leitor o caminhar do pensamento jurídico sob o ponto de vista epistemológico, desde o jusnaturalismo até o que hoje se conhece como pós-positivismo. Foi necessário estudar as diversas formas de pensar o direito para dar maior robustez às conclusões tiradas neste texto.

No capítulo 2 questiona-se o que vem a ser o tão propalado: “modelo constitucional de processo”, passando pelo conceito de processo e a sua principiologia e quais as bases teóricas que justificam a expressão constitucionalidade do processo.

Avançando para o capítulo 3 da dissertação, outro ponto investigado foi o conceito de “verdade” no processo, lembrando que trata-se do processo judicial civil sempre. O tema encaixa-se perfeitamente com a linguagem processual, porquanto neste ambiente os participantes argumentam sempre em nome da “verdade”, ademais, tanto a linguagem prevista no direito positivo, quanto a linguagem da Ciência do Direito, disparam enunciados sobre a “verdade” aos seus interlocutores.

Diante dessas constatações, nasce o capítulo 4, desenvolvido para demonstrar a necessidade da construção da prova no processo, para tanto, elegeu-se perquirir primeiramente a linguagem da prova e, logo de entrada, percebeu-se alguns problemas, dentre eles, a prova é destinada apenas a fatos no processo ou também a alegações? A prova é uma linguagem eleita pelo direito para a constituição do fato ou a declaração de um fato ou de uma alegação?

Além disso, desenvolve-se a idéia de prova enquanto instituto jurídico e assim será necessário informar ao leitor quais os seus princípios e regras. Após isso, parte-se então para a conclusão, argumentando que a produção democrática da prova é um direito fundamental, e como tal, disponibilizado a qualquer cidadão no Estado Democrático de Direito com a mais ampla oportunidade de produção da prova imaginada.

Para a consecução do intento, foi usado o método dogmático-jurídico, adotando-se como objetos de pesquisa bibliográfica textos de teoria jurídica. Também foi empreendida pesquisa documental sobre normas que compõem o nosso sistema jurídico, dentre elas textos do legislativo, executivo e judiciário.

1 MOVIMENTOS DE TEORIZAÇÃO DO DIREITO

1.1 Pressupostos históricos para compreensão do texto

O direito é um fenômeno de linguagem misterioso conforme bem anotou Tercio Sampaio Ferraz Junior³, mistério do princípio e do fim da sociabilidade humana.

Assim, o texto a seguir discorrerá sobre as diversas possibilidades de pensar e de perceber esse mundo que tem a capacidade incrível de proibir, obrigar e permitir.

De início, apresenta-se Rosemiro Pereira Leal⁴ que em sua obra *Teoria Geral do Processo* comenta

O direito é construído pela humanidade como necessidade inapartável desta, e produzido pela atividade humana em incessante elaboração de estruturas formais diferenciadas e adequadas à regulação dos interesses prevalentes em cada época e, por via de sua qualidade ordenativa e sistêmica, para criar, extinguir, impor, manter ou ocultar, em convenientes padrões de legalidade (licitude ou incolumidade), as ideologias (de repressão, dominação, permissão) e teorias adotadas nas diversas quadras da história dos privilégios, conflitos e insatisfações humanas.

Dessa forma, o direito discutido acima surge das relações sociais de uma dada sociedade e com ela se transforma.

Fazendo uma incursão histórica, sabe-se que nas sociedades arcaicas ou primitivas já existia direito, um direito baseado nos laços de consanguinidade, nos hábitos

³ Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.

⁴ Teoria Geral do Processo. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 2.

sociais, nas crenças e tradições, conforme explica Wolkmer⁵. Gilissen⁶, por sua vez, afirma que os direitos arcaicos eram oriundos dos costumes – direitos consuetudinários – e eram marcados por algumas características em comum, v. g. não eram codificados ou escritos, pois as sociedades desconheciam a escrita; variavam bastante de comunidade para comunidade e eram bastante numerosos; eram “relativamente diversificados” com claras diferenças e, ao mesmo tempo, muitas semelhanças; eram altamente impregnados de fatores e crenças; e, por fim, eram “direitos em nascimento”, ou seja, distinguia-se mal o que era e o que não era jurídico.

Nas sociedades antigas, concomitantemente ao surgimento da escrita e da evolução do Estado, nascem as primeiras codificações do direito. Segundo Gilissen⁷, as codificações de cunho jurídico mais antigas surgem cerca de 3000 a.C. nas civilizações egípcias e mesopotâmicas e, posteriormente, difundem-se pelas regiões limítrofes, como Elam, Fenícia, Israel, Creta e Grécia. Em relação aos primeiros códigos da Antiguidade – Código de Ur-Nammu, Hammurabi, Manu, Sólon, Lei das XII Tábuas, etc.

Na Grécia há de se ressaltar a obra dos filósofos Platão e Aristóteles, que além de escreverem sobre política e criarem a base do direito moderno, escreveram sobre justiça – o escopo fundamental do direito – e criaram a base do direito romano. Os Romanos, durante a República e, mormente na fase do Império, criaram diversas codificações e regularam as mais variadas matérias, além de criarem a Ciência do Direito.

Conforme explica Norberto Bobbio⁸, foi em Roma onde surgiram as primeiras escolas de Direito, dentre elas a Escola do *ius commune*, uma escola Jusnaturalista, ou seja, uma escola do *jus gentium* advinda das idéias de filósofos gregos, dentre eles Aristóteles, que falava da justiça natural, que se contrapunha às escolas do *jus civile* – equivalente às escolas positivistas.

Durante o período medieval, o Direito se desenvolveu através de fundamentos e objetivos de cunhos religiosos. A Igreja submeteu todos aos seus devaneios criando Instituições de Direito, como a Santa Inquisição, capazes de julgar, condenar e executar, em nome de uma justiça divina que se pautava em métodos não indicados de

⁵ Fundamentos de História do Direito. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 14.

⁶ Introdução Histórica ao Direito. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 162.

⁷ Idem, p. 165.

⁸ O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito, São Paulo: Ícone editora, 1999, p. 45.

execução judicial, conforme demonstra Michel Foucault no início de sua obra – Vigiar e Punir⁹.

Após este longo período de escuridão, com o advento das grandes navegações, o movimento da reforma protestante, o distanciamento e posteriormente a cisão entre Igreja e Estado e, por fim, com a ascensão da burguesia e sua chegada ao Poder através das grandes revoluções burguesas, o Direito passou por uma reformulação gigantesca, deixando de se pautar em motivações e fins religiosos para se orientar em motivações racionais e humanas e regular matérias de todas as espécies e interesses sociais, tais como: economia, comércio, tributos, política, direitos naturais – liberdade, igualdade, fraternidade ,etc. – matérias de direito penal, civil e outras.

Elio Fazzalari¹⁰ explica que em relação ao Direito é possível, a quem se interroga sobre o tema, observando a realidade que o circunda, verificar condutas que determinam regras de comportamento; condutas que reconhecem tais regras e que as aplicam; condutas que as violam e que fazem respeitar; condutas, enfim, que dizem respeito à realização de uma ordem de convivência.

Diz ainda o autor:

[...] esse conjunto de condutas constitui o setor da vida social que pode determinar o que seja o “direito”: sejam como “experiência jurídica” em sentido objetivo, o que acontece quando se prefere sublinhar-lhe o *continuum*, a sua natureza dinâmica; seja como “ordenamento jurídico”, o que acontece quando se prefira considerar o resultado – a ordem em sentido lato (obviamente não se deve disputar sobre nomes: basta tornar preciso o emprego que se lhe propõe: sem contestar outro emprego, diverso, que outros lhe tenham feito ou lhe façam).

Note que esta viagem no tempo permite criar um entendimento do que se tem como direito, porém, dificilmente desvendá-lo na sua completude.

⁹ A referida execução é conhecida dentre os juristas como o caso de “Damien”.

¹⁰ Instituições de Direito Processual, Tradução da 8ªed. por Elaine Nassif. p. 46 e sgs.

Como bem disse Cristiano Carvalho¹¹,

Direito é linguagem. Assim como as instituições em geral, a arte, o dinheiro, o direito tem uma ontologia subjetiva, depende do observador e é substancialmente linguístico. Diferentemente dos objetos da realidade objetiva, como as montanhas, os mares, os planetas, etc., sem civilização humana e sem a cultura, não existiria o direito.

Sendo assim, considerando que o espaço linguístico, o qual elegeu-se para estudar, é notadamente carregado de enigmas, os observadores vêm ao longo do tempo criando alternativas para a construção de um discurso elucidativo deste fenômeno.

Nas lições de Anderson Rosa Vaz¹², várias são as teorias epistemológicas, formuladas no campo da jusfilosofia, que se propuseram a resolver esses problemas. São em poucas palavras, *escolas hermenêuticas*, no sentido de que procuram compreender o fenômeno jurídico.

É o que se mostrará em seguida.

1.1.1 O Jusnaturalismo

Norberto Bobbio¹³ define o jusnaturalismo como a corrente epistemológica¹⁴ do Direito que tem a convicção de que “uma lei para ser lei deve ser conforme a justiça”; e completa dizendo que “a teoria do direito natural é aquela que considera poder estabelecer o que é justo de modo universalmente válido”.

¹¹ Ficções jurídicas no Direito tributário. São Paulo: Editora Noeses, 2008, p. 153.

¹² Introdução ao Direito, 1ª ed., 1ª reimpr., Curitiba: Juruá, 2009, p. 166.

¹³ Teoria Geral do Direito, p. 35.

¹⁴ Epistemologia (do gr. episteme: ciência, e logos: teoria) Disciplina que toma as ciências como objeto de investigação tentando reagrupar: a) a crítica do conhecimento científico (exame dos princípios, das hipóteses e das conclusões das diferentes ciências, tendo em vista determinar seu alcance e seu valor objetivo); b) a filosofia das ciências (empirismo, racionalismo etc.); c) a história das ciências. Em JAPIASSÚ, Hilton e Danilo Marcondes. *Dicionário Básico de Filosofia*, terceira edição revista e ampliada, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

Já Ronald Dworkin¹⁵ afirma que as teorias jusnaturalistas “sustentam que os juristas seguem critérios que não são inteiramente factuais, mas, pelo menos até certo ponto, morais, para decidirem que proposições jurídicas são verdadeiras” e, segundo o próprio Dworkin, as correntes mais radicais do Jusnaturalismo afirmam que Direito e Justiça são conceitos idênticos.

Bobbio¹⁶, em outra obra – O Positivismo Jurídico – divide o Jusnaturalismo em três fases: Jusnaturalismo clássico, Jusnaturalismo no pensamento medieval e Jusnaturalismo moderno.

O Jusnaturalismo clássico é aquele que se desenvolve através das ideias dos filósofos gregos, como Platão e Aristóteles que buscam uma justiça universal baseada em uma razão natural – *naturalis ratio* – e que posteriormente é adotado pelas escolas do *ius gentium* em Roma. Bobbio¹⁷ afirma que, para Aristóteles, “o direito natural é aquele que mantém em toda parte (*pantachoû*) a mesma eficácia” e que prescreve ações “cuja bondade é objetiva”, ou seja, trata-se de um direito justo e universal.

O Jusnaturalismo que se desenvolve no pensamento medieval é extremamente pautado em fundamentos religiosos e caracteriza-se por pregar um Direito universal, geral (genérico) que tenha como escopo fundamental a busca por uma justiça dentro dos liames do cristianismo, ou melhor, da Igreja. Dentre as obras de Direito Natural desta época, destacam-se as do filósofo católico Santo Tomás de Aquino que definia a *Lex naturalis*, como: “*Participatio legis aeternae in retionali creatura*” – aquilo a que o homem é levado a fazer pela sua natureza racional¹⁸.

Conforme Grócio, citado por Bobbio, Jusnaturalismo moderno ou racional é aquele que busca através de uma justa razão atingir os ideais de moral e justiça respeitando a natureza racional do homem¹⁹. Neste mesmo sentido, afirma Luís Roberto Barroso que o Jusnaturalismo moderno é aquele que se desenvolve através de filósofos racionalistas a partir do séc. XVI e pauta-se em uma “lei ditada pela razão” dando ênfase à natureza e à razão

¹⁵ O Império do Direito. p. 44.

¹⁶ O Positivismo Jurídico. p. 16.

¹⁷ O Positivismo Jurídico. p.17.

¹⁸ O Positivismo Jurídico. p. 20.

¹⁹ O Positivismo Jurídico. p. 20.

humana, o que “é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII”²⁰.

Ainda sobre o Jusnaturalismo racional, Lopes, Queiroz e Acca, em seu Curso de História do Direito, afirmam que “o jusnaturalismo moderno manifesta-se enquanto sistema de justiça real é ainda operado por gente formada na escola do *ius commune*”²¹. Desta afirmação, pode-se extrair que o Jusnaturalismo moderno pauta-se em um Direito Consuetudinário sobre a ótica da Justiça aos olhos dos filósofos enquanto escopo fundamental do Direito, justiça comum, justiça derivada dos costumes e valores da sociedade.

Miguel Reale – em Filosofia do Direito – divide o Jusnaturalismo em duas teorias, sem excluir outras: a Transcendente e a Transcendental. Segundo Reale, a primeira concebe o Jusnaturalismo “como um arquétipo ideal, uma realidade ontológica válida em si mesmo”, ou seja, que independe de qualquer outra coisa para existir, que é auto-suficiente. Já a segunda, restringe a esfera de ação do jusnaturalismo “ao plano deontológico, em correlação e funcionalidade necessária com o plano da experiência histórica do Direito”²².

Bobbio²³ compila de modo geral os critérios que caracterizam o Jusnaturalismo, sendo os Direitos Naturais universais, ou seja, válidos para todos; imutáveis, e por isso, válidos em qualquer tempo; conhecidos através da razão humana; produzidos pela natureza, ou pela razão humana ou ainda por Deus ou qualquer outra entidade divina; estabelecem aquilo que é bom para a sociedade, aquilo que é justo; e, por fim, não são indiferentes aos comportamentos regulados, eles os valoram.

Em Teoria Geral do Direito, Bobbio critica abertamente o jusnaturalismo, pois segundo o autor não existe um direito que seja válido em todos os lugares e em todos os tempos, pois as concepções sociais variam, assim o que é bom e justo hoje, não era ontem ou não será amanhã, bem como o que é justo para uma sociedade oriental pode não o ser em uma sociedade ocidental, etc. Critica ainda, afirmando que é impossível existir um ordenamento

²⁰ Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 236.

²¹ Curso de História do Direito. São Paulo: Método, 2006. p. 95.

²² Filosofia do Direito. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 590.

²³ O Positivismo Jurídico, p. 20.

jurídico completamente justo, ou seja, que não contenha regras injustas. Nesse mesmo sentido, afirma que “vale como direito também o direito injusto”²⁴.

Na linha evolutiva da História, após a cisão entre Igreja e Estado e a ascensão dos Soberanos, efetivamente pouco se mudou, os comerciantes continuaram a se submeter de forma extrema aos governantes, as atrocidades não diminuíram, os nobres e o clero continuaram a ter privilégios, em suma, a realidade social continuou intacta. Tudo isso despertou um movimento revolucionário burguês que, à luz do Iluminismo, levou as classes burguesas a se organizarem em busca de poder político, liberdade, igualdade e muitos outros direitos jusnaturalistas. Conforme afirma Barroso, “a Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) estão impregnadas de idéias jusnaturalistas”²⁵.

Ainda segundo o autor, os iluministas e os jusnaturalistas estiveram juntos no movimento de codificação do Direito, durante o século XVIII, “cuja maior realização foi o Código Civil Francês – o Código Napoleônico”. Conclusa a Revolução Francesa e com a codificação dos direitos em diversos países da Europa, o Jusnaturalismo se viu – conforme afirma Barroso citando José Reinaldo de Lima Lopes – “domesticado e ensinado dogmaticamente”, ou seja, a codificação, grosso modo, “cortou as pernas” do Jusnaturalismo limitando-o e impedindo-o de se desenvolver livremente como até então se desenvolvia e, por fim, o substitui por uma nova doutrina – o Positivismo Jurídico²⁶.

Luis Roberto Barroso²⁷, citando os autores Bobbio, Matteucci e Pasquino:

O advento do Estado Liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica.

Nessa mesma linha, Tercio Sampaio, citando Luhmann, afirma que a constitucionalização dos Direito Naturais, ou ainda Direitos Fundamentais, não só “os

²⁴ Teoria Geral do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.

²⁵ Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. p. 237.

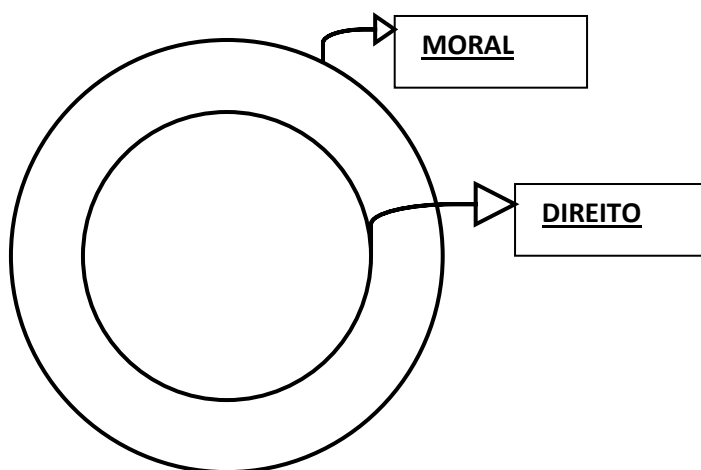
²⁶ Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. p.238.

²⁷ Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. p. 23.

positivou”, mas provocou gradativamente sua trivialização, o que, conseqüentemente, gerou uma indiferença em relação as suas próprias diferenças²⁸.

A figura abaixo demonstra a relação entre Direito e Moral para este modo de pensar.

FIGURA 01 – JUSNATURALISMO



Tais considerações refletem o entender de alguns dos nossos melhores doutrinadores atuais, nada obstante, entender-se que o direito atual pós-moderno globalizado tem dado sinais de que não há como excluir da apreciação o fato de direitos considerados “naturais” sobreporem àqueles positivados visivelmente injustos, fundamentalmente se o bem tutelado for a vida e a liberdade. Mas não há tempo para essa discussão aqui agora.

²⁸ Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, p. 113.

1.1.2 O Positivismo Jurídico

Inspirado nas idéias do positivismo filosófico de Auguste Comte, o Positivismo Jurídico é a corrente do Direito que acredita que o direito é a norma, e que a norma é o direito, assim, não há direito além do texto normativo e aquilo que nele está escrito é justo, pois a justiça para o Positivismo Jurídico consiste no preenchimento do Dever Ser. Assim, toda vez que a conduta humana (Ser) está de acordo com a prescrição legal (Dever Ser), esta conduta é boa e é justa, já quando esta conduta está em desacordo com a prescrição legal, ou seja, quando ela contraria a lei, ela é uma conduta má e injusta, conforme explica Hans Kelsen:

[...] o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é boa traduz que ela corresponde a uma norma objetivamente válida, e o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é má traduz que tal conduta contraria uma norma objetivamente válida, o valor “bom” e o desvalor “mal” valem em relação às pessoas cuja conduta assim é apreciada ou julgada, e até em relação a todas as pessoas cuja conduta é determinada como devida (devendo ser) pela norma objetivamente válida, independente do fato de elas desejarem ou quererem essa conduta ou a conduta oposta.²⁹

Norberto Bobbio, em Teoria Geral do Direito, conceitua o Direito Positivo como “a doutrina que reduz a justiça à validade” afirmando que para esta corrente do Direito “só é justo o que é comandado, e pelo fato de ser comandado”³⁰. Já em O Positivismo Jurídico, Bobbio discorre sobre o Positivismo Jurídico em diversos períodos da história, como será apresentado³¹a seguir.

De acordo com o autor supracitado, o Direito Positivo já se encontrava no pensamento clássico e foi motivo de muita discussão, principalmente na Grécia e em Roma.

²⁹ Teoria Pura do Direito. p. 22

³⁰ Teoria Geral do Direito. p. 38-39.

³¹ O Positivismo Jurídico. p.21.

Bobbio cita um trecho de Ética a Nicômaco de Aristóteles, em que o filósofo diz que uma parte da justiça é fundada na lei, o chamado direito legal (*nomikón díkaion*) que corresponde ao Direito Positivo.

Para Aristóteles, o Direito Positivo caracterizava-se por ter eficácia somente nas comunidades políticas em que era posto, e também, por ser de cumprimento obrigatório, ou seja, aquelas atividades reguladas por ele deviam ser desempenhadas de acordo com o que prescrevia a lei.

Já na Roma Antiga, o Direito Positivo, lá chamado de *jus civile*, referia-se às estatuições do *populus*, ou seja, do povo, dos cidadãos e caracterizava-se por ser limitado e posto por um determinado povo, não necessariamente o mesmo, uma vez que Roma dominava outros povos, além disso, para os romanos, o Direito Positivo era sujeito a mudanças, ab-rogações e derrogações, pois estabelecia aquilo que era útil, podendo uma lei ser útil hoje e não mais amanhã³².

Quanto ao pensamento medieval, Bobbio afirma que o Direito Positivo fora discutido por diversos escritores medievais, tais como teólogos, filósofos e canonistas e, para Abelardo, a característica fundamental do Direito Positivo é a de ser posto pelos homens – *Lex humana*³³.

Em relação aos pensadores modernos, Bobbio cita uma passagem de Glück que, por sua vez, afirma que “chama-se direito positivo, o conjunto daquelas leis que se fundam apenas na vontade declarada de um legislador e que, por aquela declaração, vêm a ser conhecidas”³⁴.

Já em sua Teoria Geral do Direito, Bobbio discorre sobre o Positivismo Jurídico de Thomas Hobbes e afirma que, segundo o Contratualista, “não existe outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva, vale dizer, fora do comando do soberano”. Afirma ainda que para Hobbes “não existe justo por natureza, mas apenas um justo por convenção” e

³² Conforme entende Norberto Bobbio em O Positivismo Jurídico, p. 21.

³³ O Positivismo Jurídico, p. 21.

³⁴ O Positivismo Jurídico, p. 21.

que “a justiça e a injustiça nascem juntamente com o direito positivo” e diz ainda que “onde há justiça significa que há um sistema constituído de direito positivo.”³⁵

As leis são as regras do justo e do injusto, não havendo nada que seja reputado injusto sem ser contrária a alguma lei. Ninguém pode fazer as leis, a não ser o Estado, pois estamos sujeitos unicamente ao Estado; e as ordens devem estar expressas por sinais suficientes, pois, de outro modo, ninguém saberia como obedecer a elas³⁶.

Dentre as doutrinas positivistas dos últimos séculos, uma das que mais se destaca é a da Escola de Exegese, uma doutrina do século XIX, seguida na França por diversos autores, tais como: Melville, Blondeau, Bugnet, Delvincourt, Huc e outros. Maria Helena Diniz³⁷, em seu Dicionário Jurídico, acerca da doutrina da Escola de Exegese, afirma tratar-se de uma doutrina:

[...] que identificava a totalidade do direito positivo com a lei escrita, entendendo que a função específica do jurista e do julgador era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido, aplicando-o, mecanicamente, mediante a lógica dedutiva. Essa doutrina ultralegalista proclamou que a lei deve ser a única fonte das decisões jurídicas; logo, toda solução jurídica não podia ser mais do que a conclusão de um silogismo, em que a premissa maior é a lei e a menor, o enunciado de um fato concreto.

A Escola de Exegese possui diversas características, dentre as quais se destacam: o fato de focar-se exclusivamente na lei; possuir uma concepção estritamente estatal do direito; e interpretar a lei baseando-se na intenção do legislador.

Dentre os autores do Positivismo, o mais importante, ou pelo menos, o mais renomado e comentado é Hans Kelsen – jurista austríaco que se mudou para os Estados Unidos em detrimento da Segunda Guerra Mundial. Segundo Haradja Leite Torrens, Kelsen

³⁵ Teoria Geral do Direito. p. 39-41.

³⁶ Thomas Hobbes. Leviatã. p. 188.

³⁷ Dicionário Jurídico. 3. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 400.

foi um dos principais expoentes da doutrina sistemática e formalista do direito, doutrina esta “que conduz à visualização do Direito como uma pirâmide, ou seja, estrutura hierárquica de normas jurídicas, sistema apto a solucionar o caso concreto sem a ingerência de outros elementos”, de outras instituições e, ou ciências, como: a filosofia, a sociologia, a psicologia, a política etc³⁸.

Segundo Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, o Direito exige uma teoria pura, uma teoria positiva do direito, que se proponha a garantir um conhecimento exclusivamente dirigido ao direito, um conhecimento puro, que exclua “tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”³⁹, trata-se de um conhecimento que exclua todos os outros, tais como a sociologia, a filosofia, a ética, a psicologia, a teoria política, para que com estas não se confunda, nem se misture.

Kelsen afirma que “o juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo”, que implica em dizer que a conduta real (fática) é “boa”. Já “o juízo, segundo o qual uma conduta real não é tal como, de acordo com uma norma válida, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma, é um juízo de valor negativo”, o que implica dizer que a conduta real é “má”⁴⁰. Continua Kelsen dizendo que “uma norma não é verdadeira ou falsa, mas apenas válida ou inválida”⁴¹.

Por fim, vale ressaltar que Kelsen acreditava que o Positivismo jurídico conduzia ao bem, à justiça, àquilo que era bom, pois para ele “bom” era o ser que estava em conformidade com o Dever Ser jurídico, como se verifica na seguinte afirmação:

[...] o conceito de “bom” não pode ser determinado senão como “o que deve ser”, o que corresponde a uma norma. Ora, se definimos Direito como norma, isto implica que o que é conforme-ao-Direito (das Rechtmässige) é um bem⁴².

³⁸ Neo-positivismo e pós-positivismo jurídico nas doutrinas de Herbert Hart e Ronald Dworkin.

³⁹ Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1.

⁴⁰ Teoria Pura do Direito. p. 19.

⁴¹ Teoria Pura do Direito. p. 21.

⁴² Teoria Pura do Direito. p. 75

Luís Roberto Barroso observa que, apesar de algumas variações, o Positivismo Jurídico teve seu ápice no normativismo de Hans Kelsen. Barroso também aponta de modo simplificado algumas das características principais do Positivismo Jurídico, sendo elas: “a aproximação quase plena entre Direito e norma”; a fixação da estatalidade do Direito, de uma ordem jurídica advinda do Estado; a auto-suficiência do ordenamento jurídico, que contém definições conceituais e elementos satisfatórios e adequados para a resolução de todos os casos concretos, fáticos, inexistindo qualquer lacuna e, por fim, o formalismo, que submete o Direito a sua formação, sem vinculá-lo a qualquer conteúdo. “Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão”⁴³.

Barroso critica incisivamente o Positivismo Jurídico por diversos motivos, dentre eles, por acreditar que os ideais positivistas de objetividade e neutralidade são impossíveis de se materializarem, ou seja, de se tornarem efetivos e reais. Mais do que isso, Barroso lembra que foi justamente o Positivismo jurídico que legitimou os regimes ditatoriais mais cruéis do último século, dentre eles a ditadura fascista italiana e a nazista alemã. Segundo o renomado Constitucionalista, esses regimes promoveram e propagaram a barbárie e a crueldade em nome da lei. Afirma ainda que, “até mesmo a segregação da comunidade judaica, na Alemanha, teve início com as chamadas leis raciais, regularmente editadas e publicadas”. Por fim, conclui afirmando que, sem excluir os movimentos filosófico-jurídicos que dele divergiam, “a decadência do positivismo jurídico é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha”⁴⁴.

Crítica semelhante faz Haradja Torrens. A jurista afirma que o paradigma positivista enfrenta sua crise em detrimento de não encontrar soluções para determinados problemas jurídicos de alta relevância, principalmente em relação aos julgamentos das crueldades realizadas pelo Estado Alemão que foram levadas ao Tribunal de Nuremberg logo após o fim da Segunda Guerra. A autora critica também a incapacidade do legislador acompanhar de forma célere e eficiente a velocidade da evolução técnico-científica nas últimas décadas, principalmente nas sociedades “pós-industriais”, ou “pós-modernas”⁴⁵.

⁴³ Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 241.

⁴⁴ Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 241-242.

⁴⁵ Neo-positivismo e pós-positivismo jurídico nas doutrinas de Herbert Hart e Ronald Dworkin. A expansão do direito. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004. P. 147-158.

Em sentido oposto, acompanhado de grande parte dos juristas tributaristas da PUC São Paulo, Cristiano Carvalho rebate as críticas ao Positivismo Jurídico, mais especificamente ao Positivismo Kelseniano, tendo o mesmo grau de acidez das críticas imediatamente passadas, mas, em sentido inverso.

Neste sentido é a lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior que assim encerra o tema em seu artigo

A obra de Kelsen ainda o mantém vivo, suas implicações para a ciência jurídica, para a lógica da norma, para a aplicação do direito são tão fecundas, que, por mais que o critiquemos, não deixam de desvendar novos ângulos, novos encaminhamentos. Seu sistema cerrado não está isento de objeções. Estas, contudo, se postas seriamente, nos mostram como o seu pensamento é capaz de nos empurrar para diante, evitando o parasitismo das concepções feitas. Ao contrário do que se supõe, seu espírito polêmico nunca revelou um obstinado, tanto que, em diversas ocasiões e até mesmo no fim da vida, não teve medo de enfrentar suas próprias convicções, mudando-as quando as percebia insustentáveis racionalmente.⁴⁶

Uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da bênção estatal, da positivação, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. O intérprete deve buscar o Direito, ainda quando não o encontre na norma. A teoria crítica resiste também à idéia de completude, de auto-suficiência e de *pureza*, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos.

Sobre o tema, merece destaque a narrativa de Agostinho Ramalho⁴⁷:

No primeiro caso, afirma-se a existência de um direito supra-social que corresponderia a uma ordem divina ou natural já dada, de que a norma jurídica seria a expressão mais ou menos imperfeita. No segundo, estabelece-se a equivalência entre Direito e norma, o que implica na suposição de que ambos constituem uma só realidade e na consequente negação da existência, no interior do espaço-tempo social, de fenômenos que possam ser investigados sob o enfoque jurídico, gerados por diferenciação das relações sociais.

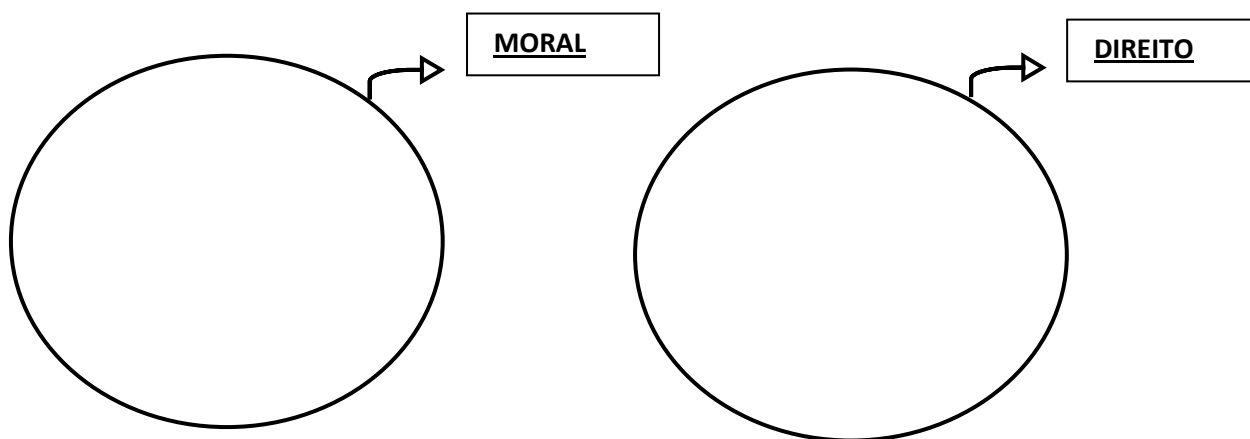
⁴⁶ “Por que ler Kelsen hoje?” publicado pelo jornal O Estado de São Paulo em 1981.

⁴⁷ A Ciência do Direito, conceito, objeto, método. 2ª Ed., Renovar, p. 88.

Pela leitura da crítica, concorda-se com Cristiano Carvalho⁴⁸ quando afirma que a epistemologia jurídica do positivismo tem uma enorme potência cognoscitiva, porém peca pelo reducionismo.

Veja a figura deste modo de pensar o direito.

FIGURA 02 – POSITIVISMO JURÍDICO



A leitura crítica do gráfico remete o leitor ao início desse capítulo quando se afirmou que o direito é uma construção da sociedade e um processo de adaptação social nas lições de Paulo Nader⁴⁹ e, por isso, em determinadas situações, ele não é suficientemente capaz de prever e regular todas as possibilidades.

⁴⁸ Ficções jurídicas no Direito tributário, p. 155

⁴⁹ Introdução ao Estudo do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 16.

Assim, a visão do gráfico evidencia a real existência de lacunas.

1.1.3 O Pós-Positivismo Jurídico

A partir da segunda metade do século passado, inicia-se um movimento de “superação” do Positivismo Jurídico, movimento este que busca incorporar ao ordenamento jurídico, valores morais, princípios políticos, fundamentos econômicos, sociológicos, filosóficos, psicológicos, em suma, que visa incorporar ao Direito tudo aquilo que se entende como importante para se avaliar as relações sociais e principalmente as relações jurídicas. Este movimento tem recebido o nome de Pós-positivismo Jurídico.

Nas palavras de Barroso, o pós-positivismo “inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade”⁵⁰, ou seja, uma reaproximação do Direito com os valores, com a Ética, visando o escopo fundamental do Direito, que é a Justiça.

Existem diversas nomenclaturas e correntes teóricas deste novo paradigma, dentre elas destacando-se: Direito pautado em princípios fundamentais e Constitucionais; Direito Superador da Lei; Direito *extra legem*, Direito *contra legem*, Direito conforme a natureza das coisas; Direito Supra legal, etc. Contudo, insta destacar que todas elas possuem um ponto em comum, que é a busca da valoração do Direito, pois para movimento epistemológico, o conjunto legal possui lacunas, possui falhas e pode conter disposições que criem situações fáticas, “injustas” e é exatamente quando isso acontece que o intérprete deve utilizar desses métodos para conseguir aproximar do que o homem comum conhece por justiça.

Subentende-se que Barroso é adepto deste pensar, porquanto deixa claro que acredita que os princípios possuem um *status* muito maior do que meras disposições

⁵⁰ O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. p. 19.

axiológicas, éticas, sem aplicabilidade jurisdicional. Para ele, os princípios possuem *status* de norma jurídica, não havendo hierarquia entre princípios e regras jurídicas⁵¹.

Segundo Barroso, os valores sociais mais relevantes “materializam-se em princípios, que passam a ser abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente”. Em sua evolução histórica, alguns já constavam na Carta Maior, porém, também, evoluíram e, em alguns casos, “sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito”. Há também os novos princípios, que foram incorporados recentemente, ou pelo menos, “passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça”⁵².

Conforme explica o autor⁵³, com a superação do Positivismo, a Constituição deixa de ser vista como o ápice de uma pirâmide normativa sistemática e formalista e passa a ser vista como o ápice de um sistema jurídico aberto de princípios e regras, que se recheia de valores jurídicos extralegais que visam atingir a justiça e pôr em prática os direitos fundamentais. Uma idéia herdada de Ronald Dworkin, que afirmava que uma proposição jurídica decorre de forma direta dos valores e princípios e que deveria buscar a melhor justificação moral possível, conforme explica Haradja Torrens⁵⁴.

Porém, para Barroso, existe a possibilidade de estes princípios constitucionais virem a se defrontar; neste caso, o intérprete deve buscar harmonizá-los, “deve, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição”⁵⁵. Toda esta harmonização deve se pautar no princípio da razoabilidade – oriundo do princípio da proporcionalidade – e na preservação dos princípios em conflito, ao menos, no que for possível. Barroso, por fim, destaca que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se pautado neste princípio para evitar, coibir, anular e impedir exigências absurdas, vantagens indevidas, discriminações descabidas etc.

⁵¹ O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. p. 19.

⁵² O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. p. 20.

⁵³ Idem. Idem.

⁵⁴ Neo-positivismo e pós-positivismo jurídico nas doutrinas de Herbert Hart e Ronald Dworkin.

⁵⁵ Idem. p. 22.

Barroso⁵⁶ destaca também o princípio da dignidade da pessoa humana, um princípio extremamente discutido nos dias atuais. O princípio da dignidade da pessoa humana assegura a todos uma integridade moral mínima, tanto em termos de liberdade, igualdade e valores individuais, como condições materiais mínimas de sobrevivência digna, *verbi gratia*, renda mínima, saneamento básico, saúde (médica e odontológica), educação, condições de trabalho, acesso à justiça, acesso à cultura, moradia, alimentação saudável, etc. Tudo isso, segundo Barroso, forma um “mínimo existencial” para que o ser humano desfrute da própria liberdade, de forma plena.

Sobre o desenvolvimento do direito superador da lei, Karl Larenz afirma que tal desenvolvimento tem de estar em consonância com os princípios gerais de direito e com a “ordem de valores” constitucionais, tratando-se assim “de um desenvolvimento do Direito certamente *extra legem*, à margem da regulação, mas *intra jus*, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base”⁵⁷. Em análise à obra de Serick, Larenz afirma que a jurisprudência pode e deve utilizar a analogia e o Direito Consuetudinário para assegurar a garantia dos direitos, tais como a propriedade plena – exemplo utilizado por Serick.

Neste sentido e ainda sobre o desenvolvimento do direito superador da lei, Larenz diz que onde a regulação legal falseie a natureza das coisas, mormente de forma grosseira, devem os tribunais corrigir tais regulamentações⁵⁸.

Segundo Larenz, o direito superador da lei desenvolve-se também através de princípios ético-jurídicos, tanto de escalão constitucional, como de escalão legal e até mesmo de princípios não positivados ainda, bem como as novas interpretações dos princípios já existentes, destacando-se os princípios da boa-fé, da proporcionalidade e o da dignidade da pessoa humana. Segundo Larenz, o desenvolvimento do direito superador da lei se dá através do que ele chama de “pensamento orientado a valores”, ou seja, os princípios valorativos desenvolvem o direito⁵⁹.

⁵⁶ O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. p. 22.

⁵⁷ Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 588-590.

⁵⁸ Idem. Idem.

⁵⁹ Metodologia da Ciência do Direito. p.588-590.

Para Larenz, o Direito superador da lei possui condições limítrofes para que possa ser usado, uma espécie de pré-requisito para que seja posto em prática. Segundo Larenz, em primeiro lugar deve-se estar frente a um caso jurídico e, em segundo lugar, deve-se tratar de um caso que não se possa resolver através de uma simples interpretação da lei, nem através de um desenvolvimento do direito, imanente à lei, sem que se crie uma situação esdrúxula ou injusta. Assim, sempre que se estiver frente a um caso que preencha estes requisitos, o que ele chama de “autêntico estado de necessidade jurídica”, deve o intérprete utilizar das ferramentas do direito superador da lei, inclusive julgar contra a lei, se necessário for⁶⁰.

Karl Engisch, em Introdução ao Pensamento Jurídico, acredita que existem regras e princípios de direito, que podem ou não estar positivados no texto Constitucional ou em qualquer outro texto legal, que não dependem de posituação para existir, pois estão acima da lei, por isso pertencem ao Direito Supralegal, *verbi gratia*, o princípio da igualdade, que não necessita estar posto em um texto legal para ter validade. Segundo Engisch, aquele que aplica o direito, o magistrado, tem o poder, ou até mesmo o dever “de declarar inválida, ou então corrigir qualquer estatuição positiva, no caso de ela estar em contradição com o Direito Supralegal”⁶¹. Engisch cita, a título de exemplo, alguns destes princípios, como: princípios supremos da justiça, do bem comum, do Direito justo, da moralidade, etc. A partir desses exemplos, nota-se a preocupação do autor de que o Direito deve focar-se na Justiça, ou em outras palavras, deve tê-la como escopo fundamental. Engisch afirma, inclusive, que em casos especiais, o juiz pode, ou até mesmo, há de julgar *contra legem*.

Engisch põe em cheque o princípio positivista “*fiat iustitia pereat mundus*”, pois segundo ele, sempre que uma lei criar situações relevantemente indesejáveis e inconvenientes, sempre que uma lei contrariar os princípios supremos da justiça, ou ofender o Direito Natural, ou a lei moral, devem os operadores do direito fazerem uso das teorias da interpretação e do preenchimento de lacunas a fim de promover as “correções”. Teorias tais como: Direito Supra legal, Interpretação restritiva, ou extensiva etc⁶².

Por fim, Engisch conclui dizendo que:

⁶⁰ Metodologia da Ciência do Direito. p.588-590.

⁶¹ Introdução ao Pensamento Jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 326–327.

⁶² Introdução ao Pensamento Jurídico. p. 326-327.

[...] quando a jurisprudência dos tribunais superiores se reporta por diversas maneiras ao <<direito natural>> ou a <<lei moral>> ou ainda a uma <<ordem de valores preestabelecida>> situada acima de um <<relativismo destruidor>>, quando outros veem esta tábua de valores manifestar-se nos <<princípios jurídicos gerais>> ou, com alguma reserva, nas linhas superiores de orientação da nossa Lei Fundamental, e ainda outros pensam poder rastrear a decantada <<natureza das coisas>> na estrutura <<imanente>> à relação de vida concretamente em discussão (casamento, parentesco, cargo público, relação laboral, serviço militar, etc.), trata-se aqui certamente em todos os casos de esforços justificados, e que importam ao jurista, de superar um puro <<positivismo legalista>> e de permitir à voz do <<espírito objectivo>> ressonância no Direito⁶³.

Esse modo de ver e pensar o direito percebe a necessidade de superação de aplicação e atuação sobre o texto legal, legal enquanto produto legislado em sentido estrito, para a norma jurídica⁶⁴.

Note que propositadamente trabalhou-se até agora que o modelo em debate ganha vida ao perceber a necessidade de superação do texto legal, e o legal aqui é visto de forma estrita, lei mesmo no sentido de enunciado prescritivo, é que foi dada uma nova interpretação ao conceito de norma jurídica.

Como é sabido, a percepção de norma não está ligada a “lei”, pode-se retirar uma norma de qualquer linguagem que impõe conduta. Neste sentido, Fazzalari⁶⁵ ensina como sempre de forma escoreita:

Sob o plano lógico-formal a norma consiste no padrão de valoração de uma conduta, articulando-se: 1 – pela descrição do comportamento do ato que queira regular (nela os vários elementos e requisitos do ato são apontados); 2 – pela ligação ao ato, de uma das qualificações de “lícito” ou de “obrigatório”.

⁶³ Introdução ao Pensamento Jurídico. p. 387.

⁶⁴ Sobre o conceito explica Humberto Avila em Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 9ª edição, ampliada e atualizada, Malheiros Editora, São Paulo: 2009, p. 30. Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos, não havendo correspondência entre norma e dispositivo, com um detalhe fundamental de aproximação do Direito à noção de Justiça. Pois agora inseriu-se no conceito tanto regras (enunciados prescritivos) quanto princípios.

⁶⁵ Instituições de Direito Processual, Tradução da 8ªed. por Elaine Nassif. p. 77-78.

Assim, por exemplo, o pagamento por parte do devedor é obrigatório; a cultivação do terreno por parte do proprietário é “lícita”. Em razão da importância desta distinção para o que vem pela frente neste trabalho, entende-se imprescindível uma maior investigação da definição de princípios e de regras.

J.J.Gomes Canotilho conceitua assim os princípios constitucionais:

...consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional⁶⁶.

Nucci⁶⁷, por sua vez, pondera que estes princípios possuem diversas funções, tais como: expor as valorações e motivações políticas fundamentais que levaram o legislador constituinte a elaborar a Constituição; orientar a produção legislativa ordinária, atuar como garantia direta aos cidadãos, ou seja, servir como fonte normativa direcionada diretamente ao caso concreto; e auxiliar na interpretação e integração da legislação infraconstitucional com a Constituição.

Em relação à aplicação dos princípios frente aos casos concretos, ou seja, em relação à imperatividade normativa do princípio, afirma Dworkin⁶⁸, que os princípios possuem uma dimensão que avalia o peso, a importância, a relevância frente ao caso concreto, diferentemente das normas, que se aplicam pautadas em um critério de tudo-ou-nada.

Assim, quando “os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força normativa de cada um”⁶⁹. Nesse sentido, Willis Santiago⁷⁰ em análise à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, afirma que há a necessidade de se sopesar os princípios, além da mera subsunção dos fatos às normas, principalmente quando o caso concreto necessita de uma interpretação à luz da Constituição, tudo isso dentro de um critério de proporcionalidade. Pondera ainda o consagrado autor brasileiro que

⁶⁶ Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995. p. 171.

⁶⁷ Guilherme de Souza Nucci. Manual de Processo Penal e Execução Penal, p. 30.

⁶⁸ Levando os Direitos a Sério, p. 42.

⁶⁹ Ronald Dworkin. Levando os Direitos a Sério. p. 42

⁷⁰ Teoria Processual da Constituição. p. 101

[...] os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o direito em vigor caso ele não contenha uma regra que a refira ou que a discipline suficientemente⁷¹.

Nesse sentido, o próprio Alexy afirma que:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento...⁷²

Por sua vez, Karl Larenz afirma que o direito pode se desenvolver superando o simples texto legal-positivo, ou seja, as regras jurídicas ordinárias, o que ele chama de Direito Superador da Lei, porém tal desenvolvimento tem de estar em consonância com os princípios gerais de direito e com a “ordem de valores” constitucionais, tratando-se assim “de um desenvolvimento do Direito certamente *extra legem*, à margem da regulação, mas *intra jus*, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base”⁷³.

Em sentido semelhante, Karl Engisch, em Introdução ao Pensamento Jurídico, afirma que existem princípios de direito que não dependem de posituação para existir, pois estão acima da lei, por isso pertencem ao Direito Supralegal, *verbi gratia*, o princípio da igualdade, que não necessita estar posto em um texto legal para ter validade. Segundo Engisch, aquele que aplica o direito, o magistrado, tem o poder, ou até mesmo o dever, “de declarar inválida, ou então corrigir, qualquer estatuição positiva no caso de ela

⁷¹ Teoria Processual da Constituição. p. 254.

⁷² Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 117 .

⁷³ Metodologia da Ciência do Direito p. 588-590.

estar em contradição com o Direito Supralegal”⁷⁴. Engisch cita, a título de exemplo, alguns destes princípios, como: princípios supremos da justiça, do bem comum, do Direito justo, da moralidade, etc. A partir desses exemplos, nota-se a preocupação do autor de que o Direito deve focar-se na Justiça, ou em outras palavras, deve tê-la como escopo fundamental. Não obstante, após a análise dos textos de Engisch e Larenz, observa-se que os princípios a que eles se referem comumente estão presentes nas Constituições, pois se trata dos mais elevados e valorados princípios do Direito, que já se consagraram há muito tempo, porém não possuíam efetividade factiva, que é o que se pretende atingir.

Segundo Luiz Roberto Barroso, os princípios possuem um *status* muito maior do que meras disposições axiológicas, éticas, sem aplicabilidade jurisdicional. Para ele, os princípios possuem *status* de norma jurídica e, entre os princípios e as regras jurídicas, não há hierarquia. Para Barroso, os valores sociais mais relevantes “materializam-se em princípios, que passam a ser abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente”⁷⁵.

Em sua evolução histórica, alguns já constavam na Carta Maior, porém, também, evoluíram e em alguns casos “sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito”. Há também, os novos princípios, que foram incorporados recentemente, ou pelo menos, “passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça”⁷⁶.

Dito isso, conclui-se que no Pós-Positivismo a norma anteriormente enquadrada apenas nas regras, cede espaço agora também para os princípios. Nessa nova maneira de ver o Direito, a norma passou a ser gênero, do qual são espécies: princípios e regras. Princípios têm força atual de comando e deixou de ser apenas um mandamento ou algo apenas com a intenção informadora.

É como pensa Humberto Ávila, veja:

⁷⁴ Introdução ao Pensamento Jurídico. p. 326-327.

⁷⁵ Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº. 6, setembro, 2001.

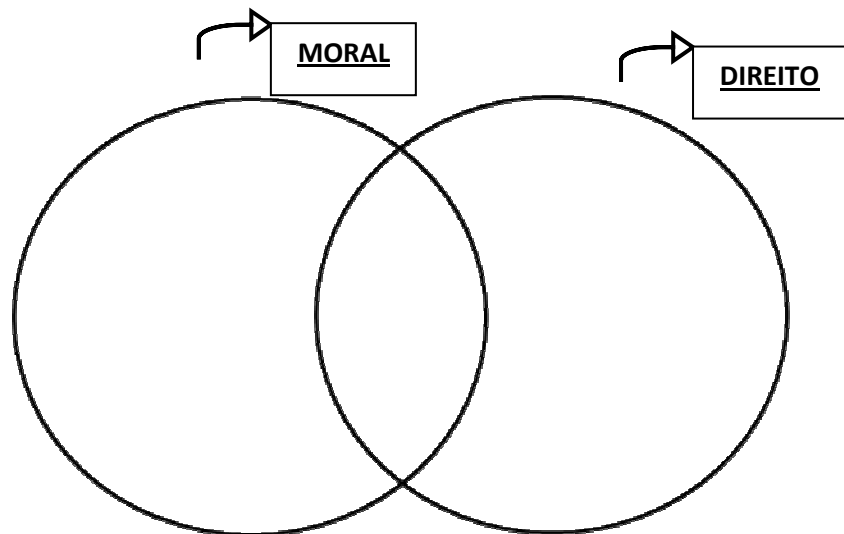
⁷⁶ Luís Roberto Barroso. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. p. 20.

Regras são normas imediatamente descritivas que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada. *Princípios* são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos - determinam a realização de um fim juridicamente relevante⁷⁷.

Nada obstante, como adverte Humberto Ávila, não é porque se elevou a figura dos princípios jurídicos, que se devem deixar as regras jurídicas de lado. Pelo contrário, o que se deve ter é um sistema jurídico cognitivamente aberto ao conhecimento multidisciplinar que preserve e desenvolva as normas jurídicas como um todo, ou seja, tanto os princípios quanto as regras, que possuem a mesma importância para o ordenamento⁷⁸.

Com tais razões é possível idealizar uma figura que contemple uma fusão entre direito e moral.

FIGURA 03 – PÓS-POSITIVISMO



O autor chama a atenção do leitor para dizer que o trabalho não defende que tudo se resolve através do caso em concreto, não é isso, apenas admite-se a possibilidade de inconsistências e lacunas, mas que, na percepção destas, o direito deve encontrar sua própria resposta com a possibilidade da argumentação também nos princípios.

⁷⁷ Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. p.78-79.

⁷⁸ Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.

1.2 Pressupostos conceituais para compreensão do texto

1.2.1 Direito como fenômeno de linguagem

O texto que ora se apresenta repousa no pressuposto de que o direito deve ser visto como um fenômeno de linguagem. Adverte-se já de entrada que é claro e evidente a estreita relação entre o direito, em todas as suas manifestações e níveis de efetivação, e a linguagem, pelo que se assume, como ponto de partida para os estudos que seguirão, que todo o fenômeno jurídico se efetiva através de um uso específico da linguagem, estrategicamente orientado à consecução de certos e determinados objetivos, com caráter de normatividade.

Tratando-se de direito como fenômeno de linguagem Raquel Barradas de Freitas informa que trata-se de “linguagem como veículo de sentidos” ou “linguagem como criação de símbolos”, ou ainda, “linguagem como origem e fim de significados”.⁷⁹

Como dito, integram esse conceito de linguagem para o direito os símbolos, entendidos como a representação material de uma “coisa” por outra. Existem símbolos de diversas naturezas e todos compõem o conceito de linguagem, destacando-se os símbolos fônicos e os símbolos gráficos.

Ainda nesta rota de raciocínio, Barradas esclarece com perfeição que “a palavra escrita ou falada; os seus vários conteúdos; os objectivos e destinatários a que se dirige; o contexto em que surge e é proferida; a forma como é recebida e compreendida pelo receptor”⁸⁰ são típicos “problemas” do ambiente jurídico.

A linguagem, sob um ponto de vista, traduz-se no elo de ligação entre a dimensão “espiritual” do ser humano e a sua dimensão “física”, sendo um veículo de relação entre as suas necessidades de ser pensante e as exigências de ver o seu pensamento expresso através de uma qualquer materialidade.

O direito nasce numa sociedade local qualquer como manifestação da racionalidade humana, imposta por normatividade e através da linguagem. Sendo assim,

⁷⁹ *Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações*, Working Paper 6/02, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano 2002.

⁸⁰ Idem.

pode-se dizer que o direito só existe porque o homem interage com o outro homem e concebe a realidade através de linguagens diferentes. O homem percebe uma realidade e a expõe através da linguagem porque não sendo pela linguagem essa percepção não teria sentido ficando apenas no intelecto daquele ser pensante, não ganharia o mundo dos acontecimentos e, desse modo, para que aquela percepção surja, somente através da linguagem.

Essa forma de pensar e agir do homem precisa de alguma conformação ou até mesmo prevenção contra patologias e assim nasce o direito de forma universalizante de imposição de condutas⁸¹.

O direito é uma instituição eminentemente humana e, como tal, uma realidade da qual não poderia excluir-se a linguagem⁸².

Nesta mesma senda, Paulo de Barros Carvalho explica que

Dou por assente que o estudo do direito positivo, como estrato de linguagem, não implica uma tomada de posição redutora do fenómeno jurídico, mas que supõe admitir que o conjunto de símbolos empregados para a comunicação entre os seres humanos, no contexto social, adquira uma das formas particulares de interação simbólica, compatível com a função reguladora do direito, na alteridade substancial que lhe é imanente. E esse modo específico é o da linguagem prescritiva.⁸³

Para concluir o assunto, encerra-se dizendo que toda e qualquer manifestação de linguagem pede a investigação de seus três planos: a sintaxe, a semântica e a pragmática conforme lição esclarecedora de Marcelo Neves:

⁸¹ Neste sentido: Castanheira Neves: a) O Direito enquanto a intencionalidade a cumprir concretamente mediante a sua realização como quer que se entenda essa intencionalidade, uma axiológica normatividade, uma programático-formal legalidade, uma político-social estratégia; b) O Direito enquanto espaço institucional da decisão- espaço legitimado e demarcado constitucionalmente, definido por um estatuto orgânico e jurisdicionalizado por um processo; c) O Direito enquanto o fundamento e o critério do juízo ou da decisão em que se consubstancia a sua realização- ‘fundamento’ no sentido de elemento racionalmente concludente num discurso problematicamente judicativo, ‘critério’ no sentido de um operador técnico que pré- esquematiza a solução. O Direito, portanto, enquanto o conteúdo intencionalmente fundamentante do juízo ou o critério justificativo da razão..

⁸² Raquel Barradas de Freitas, *Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações*, Working Paper 6/02, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano 2002.

⁸³ A “Interdisciplinarietà” e a Autonomia do Direito: delimitação do conteúdo do “fato jurídico” ”.

[...] no seu aspecto sintático interessam especificamente as interconexões entre os signos normativos, pondo-se entre parênteses os seus significados específicos e os objetos ou situações objetivas a que se referem, como também os emittentes e destinatários da mensagem normativa. A dimensão semântica diz respeito à relação entre o signo normativo e sua significação (aspecto conotativo), ou à relação entre o signo normativo e os objetos ou situações objetivas a que se refere (aspecto denotativo). A pragmática evidencia o relacionamento dos signos normativos com seus utentes, ou seja, os emittentes e destinatários das mensagens, revelando o aspecto discursivo-dialógico da linguagem jurídica.⁸⁴

1.2.2 Direito como sistema social jurídico

Outro pressuposto pelo qual escora-se o texto é o de ver o direito como sistema este entendido como nomoempírico prescritivo, no qual o fenômeno lingüístico é de índole diretiva, além de ser construído em linguagem técnica tendo como direção a interferência efetiva no plano da conduta humana.

Quando se admite o termo “sistema”, não se está admitindo algo lógico dotado de consistência, sem contradições, tal como um sistema complexo de uma usina nuclear, não é isso. Mas sim, conforme dito por Paulo de Barros Carvalho, como sendo um conjunto de proposições lingüísticas que se dirigem a certa e determinada região material – região material da conduta⁸⁵.

O sistema jurídico⁸⁶ é dotado de um aparato peculiar e com funções bem específicas e conforme Celso Fernandes Campilongo explica, “na rede comunicacional da sociedade, o direito se especializa na produção de um tipo particular de comunicação que procura garantir expectativas de comportamentos assentadas em normas jurídicas.”⁸⁷

⁸⁴ Teoria da Inconstitucionalidade das Leis. São Paulo: Saraiva, 1999. p.21.

⁸⁵ A “interdisciplinariedade” e a autonomia do direito: delimitação do conteúdo do “fato jurídico”.

⁸⁶ O sistema do direito positivo é nomoempírico prescritivo, no qual o fenômeno lingüístico é de índole diretiva, além de ser construído em linguagem técnica. Tem como direção a interferência efetiva no plano da conduta humana.

⁸⁷ O direito na sociedade complexa. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.162.

Fabiana Del Padre Tomé explica que esta visão sistêmica para o direito mediante a aplicação da teoria geral dos sistemas permite a identificação da estrutura fundamento do ordenamento jurídico e a compreensão da sua autoformatação.⁸⁸

Quando se pensa em estrutura e formatação é porque o direito grosseiramente falando é um emaranhando de leis, entendidas como documentos nos mais diversos tipos de suportes físicos na visão de Cristiano Carvalho⁸⁹.

Este ambiente pode ser considerado um sistema comunicacional porquanto estruturado em forma de *código* e *programa*. Nesta estruturação os *códigos* cumprem uma função dentro do sistema que é a de estabilizar as expectativas normativas e para que cumpram a sua função, necessário a existência de programas que determinem de que forma deverão ser utilizados.⁹⁰

Assim, no direito esses programas informarão em que hipóteses este ambiente qualificará como lícito ou ilícito um fato social qualquer. Conforme explica Fabiana Del Padre, caracterizam-se por serem *condicionais*, regulando a alocação dos valores ao código binário, segundo a relação implicacional “se...então”.⁹¹

Falta concluir ainda que o direito é um sistema auto-regulativo com capacidade de corrigir suas falhas através do processamento das informações que recebe do ambiente, todavia para que possa se auto-regular, ele precisa se autogerar.⁹²

Este é o funcionamento de todo sistema complexo, ele interage com o ambiente, na busca de manter-se equilibrado e, para tanto, processa as mensagens recebidas para produzir seus próprios elementos, o que conduz a sua auto-regulação. Com base nesse raciocínio, Cristiano Carvalho explica que a produção dos atos de fala jurídicos, cujo outro nome mais usual é “norma” está prevista pelo próprio sistema. Assim, não é a economia, a política, a religião ou a moral que fabricam direito, mas sim ele próprio, ainda que receba

⁸⁸ A prova no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2005, p. 41.

⁸⁹ Ficções jurídicas no Direito tributário. São Paulo: Editora Noeses, 2008, p. 157.

⁹⁰ Fabiana Del Padre Tomé, A prova no direito tributário, p. 42.

⁹¹ Idem. p.42.

⁹² Cristiano Carvalho. Ficções. 2008. p. 159.

influência destes e outros setores da sociedade. Todo sistema que “fecha os olhos” perante a sociedade, historicamente acaba sendo trocado por outro.⁹³

Quando se comenta em “fechamento”, é preciso explicar que de acordo Celso Fernandes Campilongo⁹⁴, em todos os sistemas funcionalmente diferenciados que possuem códigos próprios como é o sistema jurídico, há necessidade de unidade e fechamento, sendo que este último é apenas condição para a abertura do sistema às referências do ambiente e aos programas de mudança no sistema.

Entende-se que o sistema jurídico é fechado operacionalmente e aberto em termos cognitivos, o que conduz a informar que mantém comunicação com outros ambientes, por exemplo, economia e política, porém, pela condição de auto-reprodução, tem regras próprias para a interferência deste contato o que dá o caráter de fechamento para a interpenetração.

⁹³ Ficções jurídicas no Direito tributário. São Paulo: Editora Noeses, 2008, p. 157.

⁹⁴ Política, sistema jurídico e decisão, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75.

2 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

O capítulo que segue mantém coerência com aquilo que serviu de premissa no capítulo anterior, ou seja, com relação às conclusões do conceito de norma, regras e princípios e o modo de ver o direito inserido na pós-modernidade⁹⁵.

No mundo pós-moderno, concordamos com a melhor doutrina que toda interpretação jurídica deve-se começar por uma interpretação constitucional. Inserida no ápice do sistema, a Constituição passa a ter supremacia axiológica conforme leciona Luis Roberto Barroso⁹⁶

O constitucionalismo chega vitorioso ao início do milênio, consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático. A razão de seu sucesso está em ter conseguido oferecer ou, ao menos, incluir no imaginário das pessoas: (i) *legitimidade* – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) *limitação do poder* – repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) *valores* – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.

⁹⁵ Termo utilizado por Jean-François Lyotard em *A Condição Pós-Moderna*. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006. Segundo o autor, pós-moderno é usado, no continente americano por sociólogos e críticos e designa o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência. No mesmo sentido ver também Stuart Hall, *A identidade cultural na pós-modernidade*, 10ª ed., Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

⁹⁶ Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista *Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2010.

Na esteira de Konrad Hesse, pode se dizer que:

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma ("Gebot optimaler Verklichung der Norm"). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o Direito e, sobretudo a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça desta tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.⁹⁷

Nesta rota de pensar, foi possível perceber que o enunciado prescritivo desenhado no §1º do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, por exemplo, alberga não só aqueles “direitos” ali prescritos, como todo e qualquer pedaço de texto que conduza uma construção normativa de direitos fundamentais⁹⁸.

Partindo deste pressuposto, tem-se que as normas processuais estão primeiramente insculpidas no texto constitucional, de lá devendo ser retirada toda a interpretação, princípios e regras que irão compor a processualidade.

É o que conclui Willis Santiago

A constituição cabe, portanto, fornecer o fundamento último do ordenamento jurídico, uma vez desaparecida a crença na fundamentação “sobrenatural” de um direito de origem divina, e também a confiança na “naturalidade” do direito, que não se precisa tornar objetivo pela positivação, por auto-evidente ao sujeito dotado de racionalidade. Os valores fundamentais, sob os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional. A consecução desses valores,

⁹⁷ A Força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

⁹⁸ O conceito de “direitos fundamentais” será construído no capítulo 4, momento em que falará sobre o direito fundamental à prova, porém, invariavelmente ele aparece no decorrer do trabalho e sempre com alguma explicação contextual.

por sua vez, requer a intermediação de procedimentos, para que se tome decisões de acordo com eles, sendo esses procedimentos, igualmente, estabelecidos com respeito àqueles valores. O processo aparece, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o direito moderno.⁹⁹

Desse modo, surge o problema, é possível falar num modelo constitucional de processo? Se sim, como e qual é a sua caracterização?

Se é que existe este modelo, ele deverá ser publicizado e irradiar seus efeitos garantistas a todo e qualquer cidadão pertencente ao “Estado Democrático de Direito” e não a uma parcela específica da sociedade.

Apesar disso, abre-se parêntese para informar ao leitor que o trabalho em apreço foi concebido com um pré-conceito, em virtude da visão prática processual do autor e das leituras de inúmeros processualistas, que as mudanças inseridas no sistema normativo pelo legislador infraconstitucional, principalmente em matéria de processo civil, têm representado uma exclusão cada vez maior da participação dos membros da sociedade com menor capacidade de poder, sendo que dentre estas normas, poder-se-ia citar, apenas a título de especulação, a criação da “súmula vinculante”, “recursos repetitivos”, “repercussão geral”.

Voltando ao tema, entende-se como necessário que qualquer cidadão tenha conhecimento de que a Carta Maior de seu país prescreve normas vitandas para a construção de um Estado Democrático, como idealizou José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁰⁰:

Admite-se que o direito processual tem linhagem constitucional, circunstância que dá maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todas as instâncias. As apreciações sobre as instituições essenciais do direito processual civil levam à compreensão da sua importância para a concretização dos direitos fundamentais. Os trabalhos de processo constitucional, tecendo considerações em torno da Constituição e do Processo, ao ressaltarem o direito ao devido processo (*El derecho al proceso debido*), destacam alguns pontos essenciais:

- o direito constitucional de ação;

⁹⁹ Teoria Processual da Constituição. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 20.

¹⁰⁰ Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 14.

- o direito constitucional de defesa;
- o direito à prova: acolhimento e prova proibida;
- o direito de tutela a um processo, sem dilações indevidas;
- o direito aos recursos.

Antes de adentrar no processo constitucional, principalmente o brasileiro, uma breve viagem histórica sobre o processo.

2.1 A evolução histórica do processo

A incursão começa a partir do direito processual medieval, vigente até o século XVII, trata-se do *ordo iudiciarius* ou *iudicium*, terminologias da época – fartamente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica, concebido e pensado como *ars dissedendi* e *ars opponendi et respondendi* tudo com vistas a resolver o problema, que ocupava o centro da discussão ou debate¹⁰¹. De acordo com Dierle Nunes,¹⁰² o processo encontrava fundamento na dialética e na ética, não na vontade daqueles que governavam a sociedade. O processo, em outros termos, constituía um complexo de conhecimentos e de regras deontológicas¹⁰³ e técnicas, transmitidas no tempo pelos antigos juristas e, posteriormente, reorganizadas, aperfeiçoadas, corrigidas e atualizadas pelas gerações sucessoras.

Em razão disso, aquele modelo de procedimento era reconhecido por sua natureza originária e não Estatal e ninguém, nem mesmo o papa, poderia alterar as regras do procedimento.

¹⁰¹ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, disponível em <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir2.htm>.

¹⁰² Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais. p. 14.

¹⁰³ Deontologia (ingl. deontology. do gr. deon: que é obrigatório, e logos: ciência, teoria) Termo criado por Bentham em 1834 para designar sua moral utilitarista, mas que passou a significar, posteriormente, o código moral das regras e procedimentos próprios a determinada categoria profissional. (Dicionário Básico de Filosofia, terceira edição revista e ampliada, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001).

Nas palavras de Dierle¹⁰⁴, o processo representava o resultado de uma autônoma elaboração doutrinária e jurisprudencial da classe dos juristas e era completamente independente do poder político.

O *iudicium* era imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer fundamento em norma escrita. Alguns autores informam que essa “ordem isonômica” visava a garantir a igualdade entre todos os envolvidos de forma direta ou indireta com o *iudicium*, governantes e governados, entre o juiz e as partes e entre as próprias partes.¹⁰⁵

De acordo com Nicola Picardi,¹⁰⁶ no direito comum clássico, o eixo do juízo era constituído pela regra *audiatur et altera pars*, o que convencionamos chamar de contraditório, tratava-se da busca da “verdade” que podia ser alcançada através do ‘provável’.

Ainda segundo Picardi¹⁰⁷, o contraditório era realizado de forma contundente, com base no diálogo que garantia reciprocidade e igualdade fundamental às partes e em relação ao juiz. A construção interna do procedimento, em outros termos, era marcada pela isonomia, ou seja, pela paridade de tratamento entre governantes e governados (*princeps citationis defectum supplere non potest*), entre juiz e partes (*iudex non potest supplere in factum*), entre as próprias partes (*ordini.....tradito renuntiari non potest etiam consensu partium*).

A partir do século XVII, poder-se-ia dizer que o processo foi estatizado, com a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo Poder Soberano, que passa a entender que o monopólio da legislação em matéria processual deveria ser centralizada, tendência incrementada depois pelas idéias do iluminismo e dos comandantes da “Revolução” Francesa.

Termina nesse período a tal dimensão retórica do processo. Este é o momento histórico processual em que o órgão judicial assume uma posição de dominação e

¹⁰⁴ Dierle José Coelho Nunes. Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise Crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 14.

¹⁰⁵ Sobre o assunto: Nicola Picardi, Processo Civile (dir. moderno), in Enciclopedia del Diritto, XXXVI p. 101-118.

¹⁰⁶ Processo civile, diritto moderno, em ‘Enciclopedia del Diritto, vol. XXXVI, p. 116.

¹⁰⁷ Processo civile, diritto moderno, em ‘Enciclopedia del Diritto, vol. XXXVI, p. 117.

superioridade em relação às partes. Desse modo, o processo vai surgir de forma “assimétrica”¹⁰⁸, passando a basear-se na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática.

Além das mudanças significativas no nível da argumentação e do ambiente procedimental, quem foi mais afetado foi a figura do juiz, ele transmudou de um simples fiscal do procedimento para assumir a condução de um processo fundamentado sobre a autoridade e sobre a hierarquia.

O que Dierle¹⁰⁹ chamou da transmutação da ordem isonômica à ordem assimétrica, corroborando-se uma concepção formal do contraditório e do processo. O direito processual foi definido como direito formal, até o nome foi alterado passando de *iudicium* e *ordo iudicium* para procedimento e processo.

A verdade é que, nesse período, o processo, que antes era uma base dialética de argumentação intra-partes, foi reduzido à mera técnica, um ambiente de regras que nascem unicamente para a resolução das controvérsias, importando naquele momento o respeito às formas.

Entre os séculos XVIII e XIX, a jurisdição fica monopolizada pelo Estado, uma vez que a pluralidade de jurisdições (senhoris, cidadãs, corporativas etc.) foi abolida¹¹⁰. É neste período que surgem os códigos criados pelo Estado, ganha vida o Código de Processo Civil e Penal.

Após isso, a partir da segunda metade do século XIX a meados do século XX, viu-se uma nova mudança no modo de pensar o processo, assistiu-se à transição de uma visão liberal do processo (liberalismo processual) para uma visão socializadora (socialização do processo), mas que enxergava, especialmente nos primeiros períodos, o processo como mero instrumento técnico de resolução de conflitos de interesses, o processo seria um mero instrumento de jurisdição.

¹⁰⁸ Diz-se que algo é assimétrico por não manter correspondência em tamanho, forma ou arranjo, das partes em lados opostos de um plano, seta ou ponto.

¹⁰⁹ Dierle José Coelho Nunes. Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise Crítica das reformas processuais. p. 16.

¹¹⁰ Dierle José Coelho Nunes. Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise Crítica das reformas processuais . p. 17.

Somente no século XX, com o nascimento do constitucionalismo é que se passou a perceber que o processo não deve ser visto como um ambiente eminentemente técnico, mas sim, uma estrutura democratizante de participação dos interessados em todas as esferas de poder, de modo a balizar a tomada de qualquer decisão no âmbito público¹¹¹.

A partir desse movimento de constitucionalização processual, o processo ganha em importância, porquanto o cidadão passa a influenciar na tomada de decisão e esse processo com suporte na Constituição diminui a possibilidade de decisões centralizadora, pautada no entendimento de um só.

Podem ser inúmeros os caminhos na tentativa de dar o conceito de processo, porém, elegeram-se, sem qualquer juízo de valor, as teorias de “processo como relação jurídica”, “processo enquanto procedimento em contraditório” e “processo enquanto instituição constitucionalizadora”.

2.1.1 Processo como relação jurídica

Segundo Bedaque¹¹², o direito processual passou a ser estudado cientificamente a partir da polêmica iniciada em 1856, entre Windscheid e Muther, a respeito do direito de ação, bem como da obra de Oskar Von Bulow¹¹³ que entendia que o processo seria uma relação jurídica que se desenvolvia perante funcionários públicos atrelando Estado-Juiz, autor e réu.

Foi a partir de Bulow que se inseriu o processo no âmbito do Direito Público, também a partir dele que começou a estudar a principiologia processual e a perceber regras próprias daquela estrutura, normas estas totalmente fora do contexto de Direito Material como antes mantinha o entendimento.

¹¹¹ Dierle José Coelho Nunes. Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise Crítica das reformas processuais . p. 39.

¹¹² Efetividade do processo e técnica processual, p. 19.

¹¹³ Excepciones y presupuestos procesales, Buenos Aires: Europa-America, 1964, p. 1.

Para entendimento do raciocínio de Bulow necessário lembrar que o Estado carregou para si o poder de solucionar os conflitos e passou a ser o único detentor da jurisdição, muito embora não aja de ofício, ficando sempre aguardando a provocação do particular. Bülow então afirma que, no processo, existem duas relações jurídicas, uma relação jurídica é havida entre os particulares antes mesmo do ajuizamento da ação ou da provocação do Estado-Juiz e outra se iniciando com a relação jurídica processual que só se completa com o chamamento do réu a juízo.

Bülow, em sua teoria, faz a distinção de processo e procedimento. Processo é um instrumento da jurisdição, motivo este que levou alguns doutrinadores a considerar a teoria de Bülow como instrumentalista do processo.

2.1.2 Processo enquanto procedimento em contraditório

Teoria capitaneada por Elio Fazzalari¹¹⁴ pode-se apreender que processo é uma estrutura no qual se desenvolve a jurisdição, ambiente no qual o Estado cumpre a função de oficializar um provimento. Nesta estrutura, a regra é o desenvolvimento das atividades preparatórias com a participação dos interessados em contraditório.

Partindo-se de um critério lógico, Fazzalari buscou distinguir o processo do procedimento, chegando à conclusão de que o processo é espécie de procedimento realizado em contraditório, entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do provimento final.

Fazzalari trabalha com a figura do Estado-Juiz em sua teoria e menciona que este assume para si o exercício da jurisdição, segundo o autor, o juiz como sujeito no processo e funcionário do Estado deve sempre ser terceiro no conflito de interesse das partes, simplesmente porque ele será o autor do provimento.

¹¹⁴ Instituições de Direito Processual, Tradução da 8ªed. por Elaine Nassif. p. 36

2.1.3 Processo enquanto instituição constitucionalizadora

Para Romeriro Pereira Leal,¹¹⁵ o processo é mais do que uma espécie de procedimento em contraditório, é uma instituição constitucionalizada, definido pela conjugação dos princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa, bem como pelo instituto do devido processo legal, consubstanciando-se “como condição democratizante e jurídico-discursivo regente da realização, recriação e aplicação dos direitos assegurados no discurso constitucional”.

Para o autor, o procedimento funciona como atividade preparatória do provimento, numa estrutura constituída da seqüência de normas, atos e posições subjetivas, em uma conexão, ao qual o cumprimento de uma norma na seqüência é pressuposto da incidência da outra norma e da validade do ato nela previsto.

Em razão disso, o que pode ser entendido da fala de Rosemiro Pereira Leal¹¹⁶ é que procedimento é a estrutura técnica de atos jurídicos sequenciais numa relação espaciotemporal, segundo o modelo legal, em que o ato inicial é sempre pressuposto (condição) do ato consequente e este como extensão do ato antecedente e assim, sucessivamente, até o provimento final. Estrutura espaciotemporal (relação normativa, não entre pessoas). Espaço medido pelo tamanho (duração) do tempo. Não é espaço físico, mas enunciativo-estruturante: espaço tempo conceitual e oportunidade legal de realização ou não de ato jurídico.

E o processo pode ser considerado como sendo uma conjunção de princípios (contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e à gratuidade judicial) que é referente lógico-jurídico da procedimentalidade ainda que esta, em seus modelos legais específicos, não se realize expressa e necessariamente em contraditório. O Processo é concebido, portanto, como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda a criação,

¹¹⁵ Teoria Geral do Processo. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 89.

¹¹⁶ Teoria Geral do Processo. p. 287.

transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos.¹¹⁷

Em que pese às inúmeras tentativas de definição da natureza jurídica de processo e sua conceituação, dúvida não há, atualmente, quanto à percepção do processo inserido na Constituição como garantia fundamental.

É o que se discutirá a seguir.

2.2 O processo com fundamento na Constituição

O final dos anos sessenta e princípio da década de setenta do século passado marcaram o advento de uma virtual renovação dos estudos do Direito Processual, passando a enfatizar a consideração da raiz constitucional dos institutos processuais básicos.

Os valores fundamentais, sob os quais se erige um determinado ordenamento, passam a integrar esse mesmo, ao serem inscritos no texto constitucional. Nos EUA, Robert Cover, Owen Fiss e Judith Resnik lançam em 1988 o primeiro manual tratando conjuntamente do Processo Civil, Penal e Administrativo, o que chamaram de Sistema Processual Federal, atentando para a conexão deles com o Direito Constitucional.

Mas, até por uma questão histórica, foi na Europa ocidental em que se percebeu, com maior nitidez, a movimentação científica se consolidar. Essa apropriação do tema processo como garantia constitucional é marco dos processos de redemocratização dos Estados; tendência identificada no constitucionalismo da época, principalmente a partir da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, além das Constituições de Portugal (1976), Espanha (1978), Turquia (1982) e da Holanda (1983).

Note que, após a Segunda Guerra Mundial, o sistema europeu passou por nova fase, com grande repercussão na estruturação do processo constitucional. Tratando do

¹¹⁷ <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4519/uma-visao-do-direito-processual-segundo-a-teoria-neo-institucionalista-do-processo>.

assunto, Hector Fix-Zamudio¹¹⁸ narra o surgimento de duas disciplinas: “direito processual constitucional” e “direito constitucional processual”. A primeira estaria relacionada à chamada “justiça constitucional”, isto é, uma nova concepção da jurisdição que busca dar efetividade à Constituição através do processo. O marco inicial desta disciplina estaria na obra de Kelsen e seus estudos sobre os meios processuais que garantiriam a efetividade da Constituição.

A segunda disciplina “direito constitucional processual” se relaciona com o que Fix-Zamudio chama de “constitucionalização da justiça”, ou seja, o fenômeno da regulação constitucional das instituições. Assim, o “direito processual constitucional” estuda os chamados “remédios constitucionais” (v.g., mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus e habeas data), chamados de “jurisdição constitucional da liberdade” e a “jurisdição constitucional orgânica”.

Em outra linguagem, mas também mantendo critérios de diferenciação, Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹¹⁹ fala em *processo constitucional em sentido estrito* e está ligado à fiscalização constitucional de modelo concentrado. Trata-se, pois, de um *processo autônomo*, tendo uma finalidade precípua que é a “proteção da ordem constitucional, objetivamente considerada”.

Em sentido amplo, todavia, o mesmo autor ensina que o processo constitucional serve também para explicar as normas de controle de constitucionalidade no modelo difuso, concreto. Isto levou ao *emprego genérico* da expressão *processo constitucional*, como designativa das normas da fiscalização de inconstitucionalidade, tanto no caso do processo autônomo, como no caso do processo não autônomo, quer em face do processo objetivo, quer em face do processo subjetivo. Com efeito, no sistema difuso, o *processo não é autônomo*. As normas processuais aplicáveis ao controle de constitucionalidade são normas comuns do processo comum, previstas para que, no curso deste, se faça o crivo. Nem é objetivo, mas sim *subjetivo*. Visa à tutela dos interesses juridicamente protegidos, dos direitos subjetivos do cidadão, aqui incluídos os direitos fundamentais.¹²⁰

¹¹⁸ Latinoamérica : constitución, proceso y derechos humanos. México: Porrúa, 1968. p. 219.

¹¹⁹ Os princípios do processo constitucional, R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa.

¹²⁰ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Os princípios do processo constitucional, R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa.

E, por último, *processo constitucional em sentido amplíssimo*, que abrange tanto a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária, quanto a jurisdição constitucional, estando inseridos neste último o controle de constitucionalidade das leis e atos da administração, bem como a chamada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais processuais – habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular.

Cattoni de Oliveira¹²¹ questiona as distinções já que no entender do autor todo direito processual também é direito “constitucional” em nosso ordenamento, uma vez que aquele se origina deste.

Canotilho¹²² define o processo constitucional como sendo o “complexo de atos e formalidades tendentes à prolação de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade constitucional de atos normativos públicos”. Note que o autor reconhece a existência de um direito processual constitucional, em que se busca a proteção da constituição através de procedimentos próprios. Diz ainda o autor português

Por direito processual constitucional entende-se o conjunto de regras e princípios positivados e noutras fontes de direito que regulam os procedimentos jurídicos ordenados à solução de questões de natureza jurídico-constitucional pelo tribunal Constitucional.¹²³

O que importa é que, no Brasil e cada vez mais em toda parte dos países pelo menos formalmente democráticos, a Constituição estabelece um verdadeiro “modelo constitucional do processo”, estruturante do Direito processual, que não pode ser desconsiderado sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal¹²⁴.

Fruto do Neoconstitucionalismo e influenciado pelo paradigma pós-moderno do Direito (Pós-Positivismo Jurídico), o Modelo Constitucional do Processo surge como um modelo acautelador, que visa efetivar as garantias do texto constitucional, mas

¹²¹ Direito processual constitucional. p. 212.

¹²² Direito Constitucional. 5^a ed. Coimbra: Editora Almeida, p. 955.

¹²³ Op.cit. p. 955.

¹²⁴ Cattoni de Oliveira. Direito processual constitucional. p. 212.

também, como um modelo que almeja constitucionalizar o sistema processual, ou seja, tornar o Processo um espaço de concretização das garantias constitucionais, fazendo-o transcender uma realidade pretérita de simples instrumento técnico, para uma estrutura dialógica de formação de provimentos e garantidora de direitos fundamentais¹²⁵.

No Brasil, Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco¹²⁶ afirmam que a Constituição incumbe-se em tornar o direito processual um “instrumento público de realização da justiça”, fazendo-o deixar de ser um “mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material”.

O Modelo Constitucional do Processo, ou Direito Processual Constitucional, conforme explicam Araujo Cintra, Ada Pellegrini e Candido Dinamarco, consiste “em uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição” que, por um lado abrange “a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo” e, por outro, “a jurisdição constitucional”¹²⁷.

Em consonância com o parágrafo anterior, Willis Santiago Guerra Filho¹²⁸ explica que há, hoje, um duplo movimento um visa realizar uma materialização constitucional do processo, e outro visa atingir uma procedimentalização do Direito Constitucional a fim de pôr em prática a Constituição, como instrumento maior do ordenamento jurídico e da Justiça.

Candido Rangel Dinamarco, citado por Humberto Theodoro Júnior¹²⁹, em seu artigo Constituição e Processo, afirma que é “indispensável que cada processo produza os resultados substanciais que melhor atendam à justiça do caso concreto” fazendo valer os valores sociais de alta magnitude, ou seja, aqueles valores mais consagrados na consciência da coletividade que, segundo o autor, “no Estado Democrático de Direito, se confundem basicamente com as garantias e direitos fundamentais tutelados na Constituição”.

¹²⁵ Dierle José Coelho Nunes. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise Crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 45.

¹²⁶ *Teoria Geral do Processo*. p. 86.

¹²⁷ *Teoria Geral do Processo*. p. 85.

¹²⁸ *Teoria Processual da Constituição*. p. 28.

¹²⁹ *Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: *Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. p. 240

Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque, também citado por Theodoro Júnior¹³⁰, afirma que é insuficiente, ou melhor, de nada serve o processo regular determinada matéria se ele não o fizer em consonância com os princípios e valores constitucionais pelos quais é regido.

Flaviane Barros¹³¹ comenta sobre a locução “modelo constitucional de processo” assim:

Em uma perspectiva que toma como marco o Estado Democrático de Direito, através de sua compreensão procedimentalista (HABERMAS, 1997), é possível sustentar processo como garantia constitucional, principalmente, se formos levar a sério o texto constitucional de 1988 e partir para uma interpretação do processo constitucionalmente adequada.

A autora parte de uma premissa da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório nos moldes de FAZZALARI que utiliza os conceitos de procedimento, processo e contraditório. Essa noção abrange tudo aquilo que é procedimento visto em seu conjunto de atos e posições com a finalidade do provimento final. Argumenta, então, que o processo seria visto como um procedimento caracterizado pelo contraditório, entendido como “garantia de construção participada da decisão”.

Flaviane Barros comenta que o modelo atual de processo com estrutura constitucional, pretende-se superar a idéia de uma teoria geral do processo, definida apenas como teoria do processo jurisdicional, consubstanciada nos institutos da Jurisdição, Ação e Processo como relação jurídica entre juiz e partes.

Comenta ainda que

¹³⁰ Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.

¹³¹ O Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. p. 333.

Neste contexto, à compreensão de processo como garantia pode-se agregar a definição de modelo constitucional de processo que teve uma proposição inicial para o processo civil italiano por Andolina e Vignera (1997), mas aqui apropriada para um modelo de processo e para construção de uma teoria geral de processo, que supere sua vinculação estrita aos institutos da Jurisdição, Ação e Processo e se constitua sob uma base constitucional fundada nos princípios do processo.¹³²

Flaviane de Magalhães Barros¹³³, discorrendo sobre o Modelo Constitucional do Processo proposto por Italo Andolina e Giuseppe Vignera, afirma que tal modelo consiste em:

[...] um esquema geral de processo” que possui três importantes características: a expansividade, que garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microssistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo; a variabilidade, como a possibilidade da norma processual se especializar e assumir forma diversa em função de característica específica de um determinado microssistema, desde que em conformidade com a base constitucional; e, por fim, a perfectibilidade, como a capacidade do modelo constitucional se aperfeiçoar e definir novos institutos através do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral.

Especificadamente sobre Modelo Constitucional do Processo comunga-se com a idéia de Cassio Scarpinella Bueno¹³⁴ que afirma que hoje já não há espaço para uma Teoria Geral do Direito Processual Civil que não tenha origem no texto constitucional, que não seja diretamente ligada, submetida e fundamentada pela Carta Maior. Conclui o autor que “todos os ‘temas fundamentais do direito processual civil’ só podem ser construídos a partir da Constituição”.

¹³² O Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. p. 333.

¹³³ Idem. p. 334.

¹³⁴ O Modelo Constitucional do Direito Processual Civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. In: Processo Civil: Novas Tendências. p. 159.

José Alfredo de Oliveira Baracho¹³⁵ reconhecidamente como um ou o precursor da discussão do direito em debate informa que:

Entende-se constitucional e processualmente a razoável oportunidade de se fazer valer o direito, para execução de garantias que: o demandado (o demandante também) tenha tido a devida notícia ou citação, que pode ser atual ou implícita; todos devem ter oportunidade adequada para comparecer e expor seus direitos, inclusive o de declará-lo por si próprio; apresentar testemunha, documentos relevantes ou outras provas; o Tribunal, perante o qual os direitos são questionados, deve estar composto de maneira tal que estejam presentes as condições de honestidade (prefiro independente) e imparcialidade; deve esse Tribunal ser competente para examinar os conflitos constitucionais.

O autor introduz a idéia de que as garantias constitucionais do processo alcançam todos os participantes do mesmo.

Que garantias fundamentais são essas?

Tem determinadas garantias que são realmente básicas, na dicção de Baracho¹³⁶, para a compreensão de pontos essenciais à tutela constitucional do processo, dentre elas, a correta citação (*audiatur altera pars*), sendo que a falta de citação, nos casos concretos, gera nulidade; inconstitucionalidade por falta do respeito aos prazos; inconstitucionalidade por sonegação do direito de audiência ou de ser ouvido; inconstitucionalidade pela privação de provas, inconstitucionalidade por supressão ou privação de recursos; inconstitucionalidade por privação de revisão judicial; inconstitucionalidade por impedimento ou supeição do magistrado, pelo que é uma garantia fundamental a existência de um Tribunal competente e imparcial que não viole a garantia do *due process of Law*.

Admiti-se que o direito processual tem linhagem constitucional por entender que os pontos essenciais do processo estão prescritos na Constituição e o Brasil não discrepou

¹³⁵ Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos. p. 12.

¹³⁶ Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos. p. 13.

do restante do mundo, é direito processual constitucional o direito de ação, de defesa, a prova, a recursos.

Assim como informou Baracho¹³⁷, “o modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional.”

Além disso, a idéia de isonomia, princípio constitucional garantidor, traduz-se na obrigação do legislador infraconstitucional de manter as partes no processo em posição paritária, voltando a se falar em simetria, sendo impensável o contrário.

A teoria geral do processo fornece ao processo constitucional dados essenciais para sua estruturação, principalmente no que se refere aos seus princípios básicos (princípios informativos do processo e os princípios gerais): o princípio lógico (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar descobrir a verdade e evitar o erro); princípio jurídico da igualdade no processo e na justiça da decisão; princípio político (o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade); o princípio econômico (processo acessível a todos, com vistas ao seu custo e à sua duração); princípio da imparcialidade do juiz; princípio do contraditório; princípio da ação; da disponibilidade e indisponibilidade; princípio dispositivo e princípio da livre investigação das provas; princípio do impulso processual oficial; princípio da oralidade; princípio da persuasão racional do juiz; princípio da publicidade; princípio da lealdade processual; princípios da economia e da instrumentalidade das formas; princípio do duplo grau de jurisdição.

A Constituição requer que o juiz motive suas decisões, antes de tudo, para permitir o controle da atividade jurisdicional. Os fundamentos da sentença dirigem-se ao convencimento não só do acusado, mas das partes do processo, demonstrando a correção e justiça da decisão judicial sobre direitos da cidadania.

Os estudos dos institutos do processo não podem ignorar seu íntimo relacionamento com a Constituição, principalmente tendo em vista os instrumentos indispensáveis à garantia e à modalidade de defesa dos direitos fundamentais do homem.

¹³⁷ Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos. p. 15.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹³⁸ também elenca um rol de garantias que merecem apreço

Ao tratar do *processo constitucional*, oferece o Mestre da Universidade de Lisboa uma distinção clara e importante. O Mestre de Lisboa, (MIRANDA, 2005) aponta que, além de “princípios comuns a todas as formas de processo”, outros há específicos, decorrentes da “função de garantia” e da “estrutura do órgão” fiscalizador. Indo mais fundo, distingue entre princípios “*estruturantes*” e princípios “*instrumentais*”, que são “todos reconduzíveis à idéia-força de processo equitativo (art. 20º, nº 4º, 2ª parte da Constituição e art. 6º da Convenção Européia dos Direitos do Homem)”. São princípios estruturantes: 1) O princípio da igualdade dos intervenientes processuais; 2) O do contraditório; 3) O da legalidade dos atos do processo; 4) O da fundamentação das decisões que não sejam de mero expediente. São princípios instrumentais: 1) O princípio do pedido; 2) O do conhecimento oficioso do Direito; 3) O da utilidade da decisão; 4) O da economia processual; 5) O da celeridade; 6) O do processo escrito; 7) O da subsidiariedade do direito processual.

A garantia jurisdicional da Constituição ou a Justiça Constitucional pertence a um sistema de técnicas, que tem como objetivo a correta aplicação da Constituição.

Conforme explica Baracho¹³⁹, as garantias são meios que a técnica jurídica moderna desenvolveu, em relação à regularidade dos atos estatais em geral. Essas garantias podem ser preventivas ou repressivas, pessoais ou objetivas:

a) as garantias preventivas tendem a prevenir e impedir a realização de atos irregulares;

b) as garantias objetivas têm ao mesmo tempo caráter repressivo acentuado, dando como consequência a nulidade ou anulabilidade do ato irregular.

Assuntos como jurisdição, garantias constitucionais, instrumentos processuais de defesa do ordenamento jurídico constitucional, dos direitos fundamentais, as noções de processo e dos órgãos constitucionais tomam a atenção de diversos estudiosos.

¹³⁸ Os princípios do processo constitucional, R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa.

¹³⁹ Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos. p. 23.

O processo constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista. É notório que o processo deixa de ser apenas um instrumento técnico, passando para uma estrutura democrática, de ampla participação dos interessados em qualquer esfera, de modo a construir a decisão vinculante.

Cuida-se de um processo que, se em algum momento teve o caráter eminentemente instrumental técnico formal, com a virada constitucional, passou a dar garantias ao cidadão de que sua participação durante a cognição irá influir na decisão.

Concorda-se mais uma vez com a conclusão de Dierle Nunes¹⁴⁰ quando afirma que

E a função do processo, em um país que não assegura a implementação de direitos fundamentais e nem um cidadania com participação consciente nas esferas de decisão (MAGALHÃES, 2002, p. 63), diversamente dos efetivos Estados Sociais europeus, é ainda mais potencializada, pois atribui-se a este uma esfera institucional de obtenção destes direitos fundamentais não assegurados ordinariamente.

Percebe-se, no processo, um ambiente de participação do cidadão que garantiria a tomada de consciência e de busca de direitos num espaço local, no qual deve imperar a ampla possibilidade de influência na formação de decisões, com a adoção de um contraditório forte e principalmente isonômico.

Este é o modelo processual constitucional que merece a atenção do leitor.

¹⁴⁰ Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise Crítica das reformas processuais. p. 42.

2.3 O processo na Constituição brasileira

No que é pertinente ao processo na Constituição, Luiz Carlos Figueira de Melo¹⁴¹ ensina que “a Constituição brasileira de 1988 também sedia a modelagem ampla do processo, como se vê da redação contida no inc. LV, do art. 5º e 59 do referido estatuto”. Complementa o autor que “no primeiro, explicita de forma genérica os princípios delineadores dos modelos processuais administrativos e judiciais, e, no segundo, do processo legislativo.

Numa imersão não muito profunda no texto constitucional pátrio, mais especificamente no artigo 5º que trata dos direitos e garantias fundamentais, é possível perceber que elas se estendem claramente ao processo, dentre eles os incisos XXXV¹⁴², XXXVII¹⁴³, LIV¹⁴⁴, LV¹⁴⁵, LXXVIII¹⁴⁶.

Note que são inúmeras as garantias, a seguir, elegeu-se de forma proposital os princípios e garantias fundamentais processuais constitucionais do “contraditório” e da “ampla defesa” para tratar de uma forma um pouco mais acurada, diz-se proposital porque entende o autor que tais princípios somados ao da “isonomia” são responsáveis diretos pela garantia do conceito de “processo constitucional”.

2.3.1 O princípio do contraditório

Entende-se que a investigação pode começar pela doutrina considera como sendo a instrumentalista do processo, que não merece ser rechaçada, ao contrário, mas que por si só não explica ou não dá a dimensão completa da importância do tema.

¹⁴¹ Novos Paradigmas da Processualidade Administrativa no Brasil, Tese de doutorado UFMG. p. 98

¹⁴² XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁴³ XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção.

¹⁴⁴ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹⁴⁵ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁴⁶ LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O Princípio do Contraditório, também identificado como o Princípio da Paridade de Tratamento ou Princípio da Bilateralidade da Audiência, conforme explicam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini¹⁴⁷, consiste na garantia constitucional de que é necessário dar-se às partes a possibilidade de conhecimento daquilo que é posto desfavor, significa, “dar ciência dos atos processuais subsequentes” a ambas as partes, e, também, “garantir possíveis reações contra decisões, sempre que desfavoráveis”.

Com o devido respeito aos processualistas, veja que não foram adiante na conclusão, diz-se isto porque a garantia constitucional do contraditório não consiste apenas em dar conhecimento às partes daquilo que é posto em seu desfavor, é muito mais que isso, é dar conhecimento com ampla possibilidade de participação e argumentação, é contraditar com base em provas.

O consagrado jurista italiano Francesco Carnelutti¹⁴⁸, por sua vez, afirma que o Contraditório é o instrumento processual que possibilita o aparecimento da verdade, pois é ele que instiga “as partes combaterem uma com a outra, batendo as pedras, de modo que termina por fazer com que solte a centelha da verdade”. O autor incorpora na explicação do princípio ou da garantia, como queira, outro conceito (verdade) totalmente ambíguo e, só por isso, também não explica o conceito do contraditório.

No mesmo caminho dos anteriores, em análise ao Contraditório, o constitucionalista José Afonso da Silva¹⁴⁹ afirma que, tal princípio é “pressuposto indeclinável de realização de um processo justo”, sem o qual a apreciação decisória é ausente de valor. Pondera ainda, que a natureza processual do Contraditório encontra-se na regra: *audiat altera pars*. Segundo tal regra, deve-se dar ciência a cada litigante “dos atos praticados pelo contendor, para serem contrariados e refutados”.

O processualista Edílson Mougenot Bonfim¹⁵⁰ afirma ser o contraditório uma garantia conferida às partes dando a elas efetiva participação na formação da decisão. De forma escoreita, informa o autor que não basta dar ciência às partes de cada ato praticado, faz-se necessário que elas tenham participação ativa em cada um desses atos no decorrer do processo.

¹⁴⁷ Curso Avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. p. 82.

¹⁴⁸ Como se faz um Processo. p. 67.

¹⁴⁹ Comentário Contextual à Constituição. p. 154.

¹⁵⁰ Curso de Processo Penal. p. 73-74.

Deve-se assegurar às partes não só a igual oportunidade de se manifestarem, mas também, dar às partes iguais direitos de participação da produção da prova, bem como de manifestar sobre os argumentos ou alegações apresentados no processo. Seja qual for a “fala” endoprocessual, dever-se-ia observar o processo e conceder ampla participação aos envolvidos.

Nesse sentido ponderam Araujo Cintra, Ada Pellegrini e Candido Dinamarco¹⁵¹ que o contraditório é composto por dois elementos essenciais: a informação e a reação.

Em sua Teoria Processual da Constituição, Willis Santiago¹⁵² lembra que a mais moderna doutrina italiana, representada principalmente pelos professores Picardi e E. Fazzalari, da Universidade de Roma, em relação à natureza jurídica do processo, deve-se sempre “buscar a participação daqueles, cuja esfera jurídica pode vir a ser atingida pelo ato final desse procedimento”, portanto, conclui Santiago, “não há processo sem respeito efetivo ao contraditório”. No mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara¹⁵³ afirma que o Contraditório integra o conceito de processo, sendo que “não existe processo, onde não existir contraditório”.

Humberto Theodoro¹⁵⁴ afirma que a concepção moderna do processo é “dominada pela participação ativa de seus sujeitos” e não permite que aquele que decide, aja sem chamar com antecedência as partes para se manifestarem sobre a questão em debate e sem conceder a elas um prazo razoável para prepararem suas alegações. Pondera também que não se admite a decisão de surpresa, ou seja, fora do contraditório, pois a decisão tem de ser fruto do debate entre as partes.

Afirma ainda o autor que é através do contraditório que se realiza “o principal consectário do tratamento igualitário das partes”, não podendo haver privilégios a

¹⁵¹ Teoria Geral do Processo. p. 61-63.

¹⁵² Teoria Processual da Constituição. p. 28-29.

¹⁵³ Lições de Direito Processual Civil. p. 55.

¹⁵⁴ Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. p. 253.

nenhuma das partes¹⁵⁵. Segundo Theodoro, o Contraditório é absoluto, devendo “sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo”.

Dierle¹⁵⁶, citando a doutrina processual alemã, consegue explicar o conceito de forma mais completa, porque condensa a necessidade de tratamento isonômico, à não surpresa e à participação.

O delineamento de uma moderna concepção isonômica do contraditório somente se inicia de modo mais efetivo a partir desse momento, mediante a percepção da doutrina processual germânica de que este não poderia mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o conteúdo das decisões (BAUR, 1954, P. 403) e sobre o desenvolvimento do processo, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa (BENDER, STRECKER, 1978, p. 554).

Por tais razões é possível concluir que, sem a presença dessa garantia, toda a fundamentação construída no capítulo perde seu sentido.

2.3.2 O princípio da ampla defesa

Na Constituição brasileira, o Princípio da Ampla Defesa está tutelado no mesmo dispositivo que o Contraditório, devido a sua essência, que os torna intimamente ligados e dependentes. Não obstante, a Ampla Defesa tem respaldo especificadamente também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Artigo XI, e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu Artigo 8º que trata das garantias judiciais.

¹⁵⁵ Humberto Theodoro Juniot. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. p 27-29.

¹⁵⁶ Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise Crítica das reformas processuais. p. 226.

Por força do § 2º do art. 5º da própria Constituição Federal, os Tratados e Convenções Internacionais das quais o Brasil é signatário complementam a legislação federal, além de que aqueles que versem sobre direito humanos, que forem aprovados no Congresso Nacional por um processo similar ao da Emenda à Constituição, serão equivalentes a elas, conforme o § 3º da nossa Carta Magna.

Segundo Edílson Mougenot¹⁵⁷, o Princípio da Ampla Defesa consiste no direito dado à parte acusada, dentro dos limites legais, de oferecer argumentos em seu favor, bem como constituir prova para demonstrá-los. Pondera ainda que tal princípio não supõe “uma infinidade de produção defensiva a qualquer tempo”, pois essa produção deve realizar-se “pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado pela lei”.

No mesmo sentido, Vicente Greco Filho¹⁵⁸ afirma que “a lei estabelece os termos, os prazos e os recursos suficientes, de forma que a eficácia, ou não, da defesa dependa da atividade do réu, e não das limitações legais”, ou seja, a lei estabelece os parâmetros para a defesa, devendo o réu, dentro desses parâmetros, produzir sua defesa, bem como as provas inerentes a ela, sendo que o resultado (condenação ou absolvição) será consequência única e exclusivamente de sua atividade.

Em consonância com o processualista brasileiro, Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁵⁹ afirmam que a ampla defesa implica o direito de o réu intervir no processo e se pronunciar e contraditar os testemunhos, depoimentos ou outros elementos de prova ou argumentos jurídicos trazidos ao processo, o que impõe designadamente que ele seja o último a intervir no processo.

Inocência Mártires Coelho, citando Rogério Tucci¹⁶⁰, afirma que a garantia da ampla defesa, segundo a concepção moderna, compreende: “o direito a informação (*nemo inauditus damnari potest*); a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e o direito a prova legitimamente obtida ou produzida”.

¹⁵⁷ Curso de Processo Penal. p. 75.

¹⁵⁸ Direito Processual Civil Brasileiro. p. 56.

¹⁵⁹ Constituição da República Portuguesa Anotada. p. 206.

¹⁶⁰ O Acusado e seu Defensor – a garantia da ampla defesa e os recursos inerentes a ela. p. 107.

No caso da produção probatória, com base nos ensinamentos apresentados, caso o agente público vede a produção de alguma prova que seja essencial para a apuração da ocorrência de um determinado fato que seja objetivamente relevante para o processo, “configura-se o cerceamento ao exercício do direito a ampla defesa”, o que deverá causar a nulidade do processo sem qualquer argumentação em sentido contrário.

De tudo isso, pode-se afirmar que o Princípio da Ampla Defesa apresenta-se enquanto um princípio garantidor de direitos, que tem como essência evitar que alguém seja condenado sem poder antes se defender de forma plausível, coerente e justa, o que poderia resultar em um ato autoritário e ditatorial, ferindo o Estado Democrático de Direito e solapando a Constituição Federal.

Os dizeres de Dierle¹⁶¹ conclui bem o assunto

O processo lastreado em um modelo constitucional (ANDOLINA, VIGNERA, 1991) constitui a base e o mecanismo de aplicação e controle de um direito democrático.

Processo democrático não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional.

O processo com raízes constitucionais inicia-se por entender a participação de todos na procedimentalidade, sendo atingidos pelos princípios que encontram suporte naquela base normativa.

¹⁶¹ *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais.*

2.3.3 O princípio do devido processo legal

Num breve esboço histórico, no direito inglês a garantia do devido processo legal surgiu no reinado de John, chamado de Sem-Terra, cujo reinado “herdou” de seu irmão Ricardo Coração de Leão morto por um ferimento recebido em uma batalha.

John, assim que assumiu a coroa em demonstração clara de abuso de poder passou, dentre outras condutas irreprováveis, a exigir sufocantes tributos, o que levou a sociedade local da época a se insurgir contra o governo, o que mais tarde o levaria a concordar com as reivindicações e confeccionar um documento normativo com previsão de direitos e garantias, praticamente nos mesmos moldes fustigadas.

Em razão desse documento o monarca prometeu respeitar os direitos e garantias que ali foram outorgados, com a preservação da liberdade dos insurretos e a introdução da cláusula do devido processo legal (*due process of law*).

Naquele documento evidenciou-se pela primeira vez, de modo inequívoco, que nenhuma pessoa, por mais poderosa que fosse, estaria acima da lei, ao assegurar, em seu § 39, com as alterações da Carta de 1225, com regra absoluta a ser observada, o devido processo legal².

É o que se tem nos dias atuais que nenhum homem livre terá restrição a liberdade ou ficará sujeito a prisão ou privado dos seus direitos ou seus bens, reduzido em seu *status* de qualquer forma, senão mediante um julgamento legal pelas pessoas políticas competentes.

O conceito do “devido processo legal” e sua aplicação é pautado em um denso enunciado de limitações constitucionais implícitas ou explícitas direcionado a qualquer agente político.

A garantia é usada tanto para explicar e ampliar o direito aos bens jurídicos tutelados pelo Estado Democrático de Direito (vida, liberdade, patrimônio) como também para proteção destes bens contra normas inauguradas no sistema tendentes a anulá-los ou diminuí-los.

A Corte Suprema Norte-Americana por diversas vezes já se manifestou sobre essa garantia expressamente em *Holden v. Hardy* – 1898 e *Solesbee v. Balkcon* – 1950.

Entre nós Luiz Guilherme Marinoni lembra que

[...] convém recordar que o Estado, ao proibir a autotutela privada e assumir o monopólio da jurisdição, obrigou-se a tutelar de forma adequada e efetiva todos os conflitos de interesses, sabendo que para tanto necessitaria de tempo para averiguar a existência do direito afirmado pelo autor¹⁶².

Paulo Henrique dos Santos Lucon aduz que

[...] a igualdade interage com o devido processo legal, pois o exercício do poder estatal só se legitima através de resultados justos e conformes com o ordenamento jurídico, por meio da plena observância da ordem estabelecida, com as oportunidades e garantias que assegurem o respeito ao tratamento paritário das partes. Tal é o direito ao processo justo, ou seja, o direito a efetividade das normas e garantias que as leis do processo e de direito material oferecem.

Comenta ainda o autor que

[...] a garantia constitucional do devido processo legal exige que se dê às partes a tutela jurisdicional adequada. Além disso, aos sujeitos do processo devem ser conferidas amplas e iguais oportunidades para alegar e provar fatos inerentes à consecução daquela tutela¹⁶³.

Pelas premissas alinhavadas ao longo deste capítulo é possível concluir que, o princípio-garantia do devido processo legal não é “devido” apenas para garantir o direito ao processo, mas para fornecer todos os elementos necessários para a mais ampla e completa participação isonômica dos interessados.

¹⁶² Garantias Constitucionais do Processo Civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: R T, 1999, p. 224.

¹⁶³ Garantias Constitucionais do Processo Civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 98-100.

3 A RELAÇÃO ENTRE VERDADE E PROCESSO

O texto até agora denunciou ao leitor através de metalinguagem fixada nos fundamentos do direito, as diversas correntes do pensamento jurídico; foi demarcado o entendimento do direito enquanto fenômeno de linguagem, enquadrado no sistema social, após, mostrou que as normas jurídicas processuais foram alçadas ao altiplano constitucional, cujo núcleo passa a dar fundamento de validade a todos os outros subsistemas.

Arrancando em direção ao núcleo da investigação proposta, importa considerar que, se por um lado, o objetivo geral aqui é mostrar que a prova é um instituto jurídico garantido constitucionalmente e imprescindível no âmbito do processo e com status de garantia fundamental ao cidadão, por outro lado, tem-se como objetivo específico é conhecer a relação entre verdade e processo, ou mais especificamente, entre verdade e prova; este é, então, o momento de perquiri-lo.

O tema “verdade” encaixa-se perfeitamente com a linguagem processual, afinal, todos os participantes do processo argumentam em nome da “verdade” e, não sem propósito, os legisladores processuais civis do sistema *Civil Law* quase que unanimemente, mencionam em seus textos a palavra “verdade”. Anote-se que o legislador brasileiro citou o termo 11 (onze) vezes¹⁶⁴, o legislador português escreveu 16 (dezesesseis)¹⁶⁵; o argentino 9 (nove)¹⁶⁶; o espanhol 8 (oito)¹⁶⁷ e o italiano 9 (nove) vezes¹⁶⁸, conforme abaixo ilustrado.

¹⁶⁴ Art. 282. A petição inicial indicará:

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados

¹⁶⁵ Art. 456.º (Responsabilidade no caso de má fé - Noção de má fé)

b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa;

¹⁶⁶ Art. 36. - Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán:

Não se concebe a idéia de que o Código de Processo Civil utilize para estabelecer prescrições normativas um vocábulo carregado de imprecisão, por durante longas 11 (onze) oportunidades, e, de modo geral, tenha se discutido tão raras vezes e com pouca profundidade o tema.

A partir de tais constatações, viu-se a necessidade de formular os seguintes problemas: o que é verdade? Qual a relação entre linguagem e verdade? E qual é a verdade na estrutura processual?

Entende-se que os integrantes da atual sociedade considerada “globalizada” e com um nível de informação nunca antes visto, deveriam viver com incômoda angústia, que é de saber onde está a verdade. Quando se diz “deveriam” é pura provocação porquanto ao que parece quanto mais oportunidade menos é o desejo e o despertar das pessoas para a busca da verdade. Desse fato se depreende que, talvez, seja mais conveniente a incerteza.

Não deveria, mas é normal admitir-se como verdade aquilo que é divulgado nos jornais, rádios, televisões, propagandas, “outdoor”. A sociedade passou a acreditar, quase que de forma infalível, em mensagens expedidas em redes sociais como: “orkut” ou “facebook”. Uma nota em um veículo de comunicação é capaz de fazer com que direitos consagrados após anos de luta simplesmente virem pó e tal fato tem importância direta no processo ante os pré-conceitos por parte dos envolvidos.

Esta investigação sobre a verdade caminha pelo Velho Testamento, percorre sobre os trilhos do direito e pega vôo no pensamento filosófico ao longo do tempo.

O desejo neste trabalho é investigar as diversas possibilidades desse conceito deixando ser afetado pelo debate filosófico, ou como preferir, recebendo influxos do termo sob a ótica filosófica, permitindo-o de forma proposital no direito, com ênfase no direito processual.

4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.

¹⁶⁷ Art. 373.- (Medios Probatorios En General).

Todos los medios legales así como los moralmente legítimos aunque no especificados en este Código, serán hábiles para probar la verdad de los hechos en que se fundare la acción o la defensa. (Art. 374).

¹⁶⁸ Art. 193 (Giuramento del consulente):

All'udienza di comparizione il giudice istruttore ricorda al consulente l'importanza delle funzioni che è chiamato ad adempiere, e ne riceve il giuramento di bene e fedelmente adempiere le funzioni affidategli al solo scopo di fare conoscere al giudice la verità.

Sabe-se que um estudo para ser científico requer a delimitação de conceitos e que estes sejam definidos de forma clara ao leitor ou intérprete e é o que se propõe a experimentar.

O que se vê atualmente é que o termo “verdade” além de ser pouco investigado é propalado indiscriminadamente, neste sentido, expressões como: “a busca da verdade real”, “o processo enquanto verdade formal”, “a verdade lógica do direito”, fazem parte da linguagem sem qualquer critério científico.

Se for possível pensar em um direito que busque atingir a verdade, é com urgência que ele necessita de debate mais substancial ante a carga semântica do termo.

O tema “verdade” insere-se de forma ativa em todos os elementos da teoria da comunicação¹⁶⁹, refere-se ora como fonte geradora da mensagem quando o sujeito emissor transmite sua verdade ao receptor, ora como receptor, quando a mensagem é decodificada por um destinatário, ora como emissor e receptor quando o destinatário é o mesmo sujeito.

Serão examinadas neste capítulo algumas teorias da verdade na filosofia, obviamente sem a pretensão de esgotar o assunto, visando apenas expor algumas posições que interessam ao estudo proposto.

Adequa-se às pretensões do presente texto, o pensamento de Paulo de Barros Carvalho¹⁷⁰ que apesar de não se sentir filósofo, age como tal ao assim dizer: “estou convicto de que o discurso da Ciência será tanto mais profundo quanto mais se ativer, o autor, ao modelo filosófico por ele eleito para estimular sua investigação.”

Passa-se a seguir a investigação do tema “verdade” sob interferência da filosofia.

¹⁶⁹ Shannon, C.E. e Weaver, W. (1949) apud Marcio Pugliesi, *Teoria do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.

¹⁷⁰ Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2009. p. 3.

3.1 Filosofia e verdade – filosofia da verdade¹⁷¹

Pode-se dizer que o tema da verdade traduz o desejo que move a filosofia e que, como leciona Marilena Chaui¹⁷², suscita filosofias. É diante da incerteza ou das incertezas que começa a busca pela verdade.

Marilena Chaui em sua obra *Convite a Filosofia*, no Capítulo 3 – As concepções de verdade – inicia seu estudo informando ao leitor que a idéia de verdade foi construída no decorrer do tempo a partir de três concepções diferentes vindas da língua grega, latina e da hebraica.¹⁷³

Em grego, verdade se diz *aletheia*, significando: não-oculto, não-escondido, não-dissimulado. O verdadeiro é o que se manifesta aos olhos do corpo e do espírito; a verdade é a manifestação daquilo que é ou existe tal como é. O verdadeiro se opõe ao falso, *pseudos*, que é o encoberto, o escondido, o dissimulado, o que parece ser e não é como parece. O verdadeiro é o evidente ou o plenamente visível para a razão.¹⁷⁴

Explica Chaui que em latim a verdade se diz *veritas* e se refere a precisão, ao rigor e a exatidão de um relato, no qual se diz com detalhes, pormenores e fidelidade o que aconteceu. Conclui a autora que

Verdadeiro se refere, portanto, a linguagem enquanto narrativa de fatos acontecidos, refere-se a enunciados que dizem fielmente as coisas tais como foram ou aconteceram. Um relato é veraz ou dotado de veracidade quando a linguagem enuncia os fatos reais.¹⁷⁵

Já em hebraico, verdade se diz *emunah* e significa confiança. Não são as pessoas ou as coisas, é Deus quem é verdadeiro. Um Deus verdadeiro ou um amigo

¹⁷¹ Título inspirado na Terceira Parte da obra “Retóricas” de Chaim Perelman. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁷² *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p. 123.

¹⁷³ *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p. 123.

¹⁷⁴ *Convite à filosofia*. p. 123.

¹⁷⁵ *Convite à filosofia*. p. 123.

verdadeiro são aqueles que cumprem o que prometem, são fieis a palavra dada ou a um pacto feito; enfim, não traem a confiança.

Desse modo, conclui Chaui com perfeição

A nossa concepção da verdade é uma síntese dessas três fontes e por isso se refere às coisas presentes (como na *aletheia*), aos fatos passados (como na *veritas*) e às coisas futuras (como na *emunah*). Também se refere à própria realidade (como na *aletheia*), à linguagem (como na *veritas*) e à confiança-esperança (como na *emunah*).¹⁷⁶

Descartes - um dos filósofos que também merece destaque na busca sobre a verdade - fez um balanço de tudo o que sabia e que apreendido pelos seus antecessores, pelos livros, pelas viagens, pelo convívio com outras pessoas e ao final, conclui que tudo quanto aprendera, tudo quanto sabia e tudo quanto conhecera pela experiência era duvidoso e incerto, decidindo, então, não aceitar nenhum desses conhecimentos, a menos que pudesse provar racionalmente que eram certos e dignos de confiança.

Para isso, submete todos os conhecimentos existentes em sua época e os seus próprios a um exame crítico conhecido como “dúvida metódica”, declarando que só aceitará um conhecimento, uma idéia, um fato ou uma opinião se, passados pelo crivo da dúvida.

Descartes submeteu à evidência, à análise, à síntese e ao teste da enumeração exaustiva (regras do método cartesiano) e concluiu que, até o momento, havia uma única verdade indubitável que poderia ser aceita e que deveria ser o ponto de partida para a reconstrução do edifício do saber, sendo ela traduzida em sua célebre frase: “Penso, logo existo”, pois, se eu duvidar de que estou pensando, ainda estou pensando, visto que duvidar é uma maneira de pensar.

Concorda-se com René Descartes ao concluir que a consciência do pensamento é a primeira verdade intransponível e que servirá de alicerce para todos os conhecimentos futuros, essa é a premissa cravada de agora em diante.

¹⁷⁶ Convite à filosofia. São Paulo: Ática, 2000. p. 124.

Ainda neste espaço introdutório importante as considerações do Prof. Ivo Zanlorenzi quando aduz que o critério da verdade é o sinal pelo qual admite-se nosso conhecimento ser verdadeiro ou falso. Esse sinal consiste em perceber a coisa conhecida, sua representação mental e a conformidade dela com a coisa¹⁷⁷.

Ainda explica o filósofo que no conhecimento há, pois, verdade, quando aquele reflete corretamente a realidade na mente. Continua dizendo que a verdade nada mais é, pois, do que a adequação, a correspondência, a concordância do pensamento com o ser¹⁷⁸.

A seguir, algumas das diferentes teorias sobre a verdade.

3.1.1 Verdade como correspondência

Newton C.A. da Costa¹⁷⁹ informa que a teoria da verdade como correspondência é a teoria clássica da verdade em filosofia e tem como seu maior pensador Aristóteles que em *Metafísica IV*, 110 propala que “uma afirmação é verdadeira se diz do que é que é, e do que não é que não é”, conclui o autor que determinada sentença é verdadeira se corresponde a um estado de coisas real; falsa, em caso contrário¹⁸⁰.

Cristiano Carvalho¹⁸¹ informa que a moderna teoria da verdade como correspondência, por excelência, é a de Alfred Tarsky¹⁸². Segundo o autor a teoria tarskiana introduz a noção de metalinguagem e linguagem-objeto na sentença conhecida “A neve é branca” se e somente se a neve é branca. A afirmação entre aspas é uma metalinguagem em relação à afirmação sem aspas.

A relação entre as sentenças é que constitui o conceito do filósofo e o que foi dito, pode ser assim enunciado “uma sentença é verdadeira se é satisfeita por todos os objetos”. De modo tal que a neve satisfaz a função “X é branca”, uma vez que a sentença “a

¹⁷⁷ Lições de filosofia. Curitiba: Vicentina, 1980. p. 74.

¹⁷⁸ Lições de filosofia. Curitiba: Vicentina, 1980. p. 75.

¹⁷⁹ Ensaio sobre os fundamentos da Lógica, São Paulo: HUCITEC, Universidade de São Paulo. 1980. p. 172.

¹⁸⁰ Newton C.A. da Costa em Ensaio sobre os fundamentos da lógica, p. 172.

¹⁸¹ Ficções jurídicas no Direito tributário. p. 103.

¹⁸² Ver Der Wahrheitsbegriff in den formalisierten Sprachen, *Studia Philosophica*, 1 (1936), 261-405.

neve é branca” é verdadeira.¹⁸³ Por isso se diz que a teoria da verdade como correspondência, parte-se do pressuposto de que a verdade de uma sentença consiste na correspondência com a realidade, o que provavelmente serviu de arrimo para Tarski batizar sua reformulação da teoria clássica da correspondência de *teoria semântica da verdade*¹⁸⁴.

Newton da Costa referindo-se a teoria tarskiana informa que por correção formal da definição, explicitou a linguagem cujas sentenças deverão ser classificadas em verdadeiras ou falsas, bem como os recursos lógicos e os termos é que servirão de base à definição¹⁸⁵.

No objetivo de aclarar a verdade como correspondência traz a colação as lições de Fabiana Del Padre Tomé¹⁸⁶ que aduz que “classicamente, define-se a verdade como adequação de determinada sentença à realidade, exigindo-se identidade entre a proposição afirmativa ou negativa de algo e a realidade por ela referida.”

Fabiana Del Padre, tece duas críticas a esta teoria que merece atenção.

Diz a autora que o primeiro problema dessa teoria é que ela ignora o fato de que o mundo da experiência não pode ser integralmente descrito pela linguagem e, portanto, de que a proposição não o espelha de forma completa. De acordo com a autora, o real é infinito de determinações. Por isso o sujeito cognoscente tem sempre percepções parciais do mundo.¹⁸⁷

O segundo problema consiste no fato de que as coisas só existem para o ser humano a partir do instante em que se tornam intelegíveis para ele, dependendo assim da constituição da linguagem.

Sendo assim, conclui a autora: “disso decorre, que a proposição cuja veracidade se examina não se refere ao objeto-em-si, mas ao enunciado lingüístico que a compõe, inexistindo aquela suposta correspondência entre a linguagem e algo exterior a ela”.¹⁸⁸

¹⁸³ Cristiano Carvalho. Ficções jurídicas no Direito tributário. p. 104.

¹⁸⁴ Op.cit. p. 172.

¹⁸⁵ Idem, idem.

¹⁸⁶ A prova no direito tributário. p. 11.

¹⁸⁷ Idem. Idem.

¹⁸⁸ A prova no direito tributário. p. 12.

Esclarece-se que o termo “veracidade” trazido por Fabiana Del Padre refere-se a verdade e, possivelmente não tenha sido feito a distinção entre “verdade” e “veracidade”.

3.1.2 Verdade lógica

O conceito de verdade pode também ser extraído da lógica que como Paulo de Barros Carvalho¹⁸⁹ bem explicou, trata-se de mais um ponto de vista sobre o conhecimento, mas que dada a sua cientificidade importa e ajuda na criação do argumento ora objetivado.

A lógica formal, lógica clássica de Aristóteles, é uma forma de pensar, de conhecer, de organizar o raciocínio sem considerar o conteúdo. O raciocínio se faz com o relacionamento de duas idéias contidas nas premissas e de que decorre a conclusão, em lógica, denomina-se inferência. Explicando melhor: se de uma ou mais proposições deduz-se a afirmação de certa proposição (conclusão) está construída uma inferência.

Ocorre que nem todo raciocínio é lógico. Para Paulo de Barros¹⁹⁰, essas formas ideais só existem onde houver qualquer manifestação de linguagem, mesmo que insignificante. De acordo com o autor, não há lógica na floresta, no fundo dos oceanos ou no céu estrelado: torna-se impossível a investigação de entes lógicos em qualquer outra porção da existência real que não seja um fragmento de linguagem.

Para um raciocínio ser lógico (formal – Aristotélico) é necessário atender aos seguintes princípios ou leis:

1) Não-contradição:

“Efetivamente, é impossível a quem quer que seja acreditar que uma mesma coisa seja e não seja” em ARISTÓTELES, *Métaphísica*, Γ3, 1005, b 22-44.

¹⁸⁹ Linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2009. p. 159.

¹⁹⁰ Linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2009. p.160.

De acordo com o princípio, uma proposição verdadeira não pode ser falsa e uma proposição falsa não pode ser verdadeira. Nenhuma proposição, portanto, pode ser os dois ao mesmo tempo. Exemplo: a bola é redonda e a bola não é redonda.

2) Terceiro excluído:

"Quem diz de uma coisa que é ou que não é, ou dirá o verdadeiro ou dirá o falso. Mas se existisse um termo médio entre os dois contraditórios nem do ser nem do não ser poder-se-ia dizer que é o que não é". ARISTÓTELES, *Metafísica*, Γ7, 1011 b 28-30.

O enunciado consiste no seguinte: "ou A é x ou é y e não há terceira possibilidade". Uma proposição só pode ser verdadeira se não for falsa e só pode ser falsa se não for verdadeira, porque o terceiro valor é excluído.

3) Identidade

“(Todo) A é A”.

“Cada coisa é aquilo que é” segundo LEIBNIZ em *Novos Ensaio sobre o Entendimento Humano*.

Apesar de frequentemente atribuído à Aristóteles, não há referências ao Princípio de Identidade até o século XIII. De qualquer forma, ele está inserido nos estudos de lógica tradicional.

Pode-se dizer que a lógica é forma e não tem conteúdo ou relação com a realidade. Aristóteles criou uma linguagem de símbolos, propondo o clássico silogismo no raciocínio lógico, onde qualquer que fossem os termos substituídos pelas letras, seria válido: "Se todos os B são C e se todos os A são B, todos os A são C".

O argumento é a exteriorização do raciocínio, realizado através de conjunto de proposições encadeadas por premissas e conclusão.

A validade ou invalidade dos argumentos e a veracidade das proposições não têm relação direta. Pode-se ter argumentos válidos com proposições falsas ou argumentos inválidos com proposições verdadeiras.

Sobre esse viés lógico Fábio Ulhôa Coelho¹⁹¹ comenta que

[...] os lógicos não se ocupam da veracidade ou falsidade da proposição. Interessam-se apenas pela validade ou invalidade do argumento. Estudam, em outros termos, as condições segundo as quais se pode considerar lógica uma inferência, isto é, obediente aos princípios e regras do pensamento lógico. Por essa razão, inclusive, e para propiciar maior agilidade no raciocínio, desenvolvem os lógicos uma linguagem própria, uma notação específica. Como não se preocupam com a realidade do que está sendo afirmado, os lógicos dispensam os ‘mamíferos, asiáticos, Sócrates, ruminantes e tartarugas’ e adotam uma idéia geral de ‘ser’, representada por letras (A, B, C...). O argumento lógico ganha, então, a seguinte forma: Todo A é B; todo B é C; logo, todo A é C.

Ao que parece, a lógica clássica fica do lado da formalização que opera com o conceito mais restritivo de verdade que se pode conceber.

3.1.3 Verdade consensual

Filósofos contemporâneos como Habermas e Gadamer adotam posição próxima ao conceito de verdade como consenso.

Desse modo de pensar a verdade decorre-se que uma conclusão consensual não é verdadeira porque foi atingida pela experimentação ou através de um método científico, mas sim, porque há um acordo universal em relação à conclusão retirada.

Admite-se, então, algo como sendo verdadeiro pelo fato de uma sociedade acreditar que aquilo é verdadeiro.

Essa forma de pensar corre o risco de incorrer em erros evidentemente possíveis, porquanto o consenso ser absolutamente falível, ainda há povos no mundo que acreditam serem os relâmpagos no céu manifestações divinas; ainda há povos no mundo que

¹⁹¹ Roteiro de Lógica Jurídica. 5ª ed., São Paulo: Editora Max Limonad, 2004. p. 21.

sacrificam crianças em cumprimento a crenças religiosas dentre outras muitas hipóteses de consenso.

Não se trata simplesmente de discordar do posicionamento dos “consensualistas”; apenas apresenta-se questionamentos, até porque, neste trabalho não se tem a “verdade”.

Neste sentido, Cristiano Carvalho¹⁹² traz informação importante a respeito da crítica. Segundo o autor os céticos e relativistas, argumentam que a verdade é relativa e que não se pode afirmar que a nossa verdade é mais correta do que a dos povos retro citados e, agora sim, expõe-se opinião no sentido de concordar com os eles.

3.1.4 Verdade como desvelamento

Um dos mais importantes filósofos a desenvolver o tema foi Martin Heidegger¹⁹³. O autor antes de trazer sua nova maneira de ver o termo, descreve que o verdadeiro é aquilo que está de acordo, que concorda. Ser verdadeiro e verdade significam aqui: estar de acordo, e isto de duas maneiras: de um lado, a concordância entre uma coisa e o que dela previamente se presume, e, de outro lado, a conformidade entre o que é significado pela enunciação e a coisa.

Ressalte-se que na citação Heidegger apenas informa como era a definição da essência da verdade até a sua proposição de verdade enquanto desvelamento.

Em *sobre a essência da verdade*, Heidegger divide sua obra em nove partes e o texto obriga de início uma crítica à noção mais tradicional de verdade, entendida como concordância de um enunciado com o objeto ao qual se refere, com o perdão do trocadilho na verdade o autor tece crítica direta à verdade construída como adequação¹⁹⁴.

¹⁹² Ficções jurídicas no direito tributário. p. 98.

¹⁹³ Sobre a essência da verdade.

¹⁹⁴ O conceito mais tradicional de verdade, define-a como conformidade ou adequação entre o pensamento e a realidade. Este conceito tem origem em Platão que definia a verdade em termos ontológicos, quando afirmava

Heidegger volta-se para a *alétheia* grega, por ele compreendida como “desvelamento” (*Unverborgenheit*) – espécie de fluxo de vir-a-ser e permanecer que dá ao ente a sua presença.

Edgar Lyra¹⁹⁵ em brilhante texto sobre Heidegger expõe que

Sobre a essência da verdade explora mais especificamente a questão do desvelamento nos moldes de um comportamento (*Verhalten*), espécie de perspectiva ontológica definida pelo modo de o *Dasein* dispor-se em relação aos outros entes, comportamento esse que pode ser mais ou menos constante. Deixando ainda de lado os fatores que, em maior ou menor grau, restringem ou predeterminam essa “liberdade de comportamento” que, essencialmente, concerne à possibilidade de história, vê-se que, para Heidegger, ela é aí, em última instância, tributária da impossibilidade de desnudamento do ente em sua plenitude.

Por sua vez, Demerval Figueira¹⁹⁶ ao interpretar Heidegger informa que de acordo com o filósofo, o ser humano é aquele que não existe nem é, situando-se "entre os dois", existindo, na medida em que é o único capaz de formular uma interrogação sobre o Ser.

Segundo o autor essa é uma interrogação que para Heidegger é a própria filosofia, o que faz com que o Ser saia de sua solidão eterna. Não fosse por esta interrogação, o Ser permaneceria perpetuamente "fechado em si mesmo".

Conforme Demerval J. Figueira

[...] a verdade do ser humano, sua essência, aparece na denominação *Dasein* ("ser aí"). Todo o pensamento ocidental, desde Sócrates, Platão e Aristóteles produz um efeito de esquecimento do Ser que Heidegger tenta eliminar por meio da "desconstrução da metafísica" e do restabelecimento do laço originário com o Ser existente na época

que a verdade era a adequação ou correspondência do conhecimento com a coisa, ou do discurso com a realidade, é a *adequatio res et intellectus* (adequação da coisa e da idéia). Não que essa verdade não mereça nossa maior atenção, porém, em virtude do corte, preferiu-se limitar a apresentar, ainda que de forma muito pouco profunda a verdade como desvelamento.

¹⁹⁵ Heidegger, história e alteridade: sobre a essência da verdade como ponto de partida.

¹⁹⁶ Filosofia e Lógica Jurídica. disponível no endereço: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/24/filosofia-e-logica-juridica>.

dos pré-socráticos. Restabelecer a verdade é aqui restabelecer o laço com o Ser¹⁹⁷.

Conclui-se que a verdade é adequação do conhecimento com a coisa, a verdade como conformidade; os objetos se conformam de acordo com os nossos conhecimentos.

3.2 Função descritiva ou referencial da linguagem - uma opção de busca da verdade

A questão da verdade também se desloca para a linguagem, através de uma relação de enunciados e construída através de discurso.

Chaim Perelman, desenvolvendo o tema “evidência e prova” explica que a propósito da evidência como critério de verdade e fundamento do conhecimento, surgiu o problema da definição e, de um modo mais geral, o da linguagem.¹⁹⁸

Paulo de Barros Carvalho explica que “ao falar em linguagem remete o pensamento, forçosamente, para o sentido de outro vocábulo: o signo. Como unidade de um sistema que permite a comunicação inter-humana, signo é um ente que tem o *status* lógico de relação.”¹⁹⁹

Para Aristóteles a definição é a fórmula que exprime a essência de uma coisa, sendo composta do gênero (próximo) e das diferenças (específicas).

É certo que a verdade “é”, porém, “é” dentro de um grupo de observadores e sob determinado olhar e essa delimitação espacial deve ser feita para que o intérprete tenha condições de identificar em qual o ambiente está posicionado.

¹⁹⁷ Filosofia e Lógica Jurídica. disponível no endereço: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/24/filosofia-e-logica-juridica>.

¹⁹⁸ Retóricas, p. 100.

¹⁹⁹ Linguagem e método, p. 32.

Para aqueles que vivem na insegurança ou na incerteza logo vem o questionamento: será que é possível definir o que é verdade no direito? Ou, será que é possível perceber uma única verdade dentro desse ambiente em estudo? Ou ainda, é possível conhecer a tão propalada verdade no Direito?

Como questionou Rosário Esteves Simone da Silva²⁰⁰ será que a verdade realmente existe ou é o que se percebe de algo?

Sem a pretensão de dar resposta aos questionamentos, o certo é que o ato cognoscitivo²⁰¹ guarda uma relação de intimidade com o seu objeto de conhecimento. Assim, o sujeito aprecia o objeto a partir das categorias e das técnicas colocadas à sua disposição e o faz com um certo grau de subjetividade decorrente das especificidades da sua própria visão do mundo.

René Descartes irá se justificar sobre uma base epistemológica singular, na qual as suas explicações podem e devem ser decorrentes da atividade incessante da razão, através da construção de robustos sistemas de hipóteses, resultantes da aplicação do seu método. Em função de tudo isso, pretendeu-se estudar os aspectos epistemológicos do pensamento cartesiano contido nas *Regulae*, de forma a considerar a determinação matemática que propõe em relação aos conteúdos do conhecimento humano: a forma de percepção do sujeito cognoscente e as formas de apresentação dos objetos cognoscíveis ao entendimento.

Em toda relação cognoscente o produto final - o conhecimento produzido - sempre será fruto, pelo menos em grande parte, das duas outras variáveis: sujeito e método.

O quadro abaixo idealizado por Vanderlei de Barros Rosa ilustra bem o método em relação ao objeto.

²⁰⁰ A prova do fato jurídico no processo administrativo tributário, Tese (doutorado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2005.

²⁰¹ Para conhecer mais do termo vide: Paulo Freire em *Pedagogia do oprimido*. 12^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. *Educação e mudança*. 15^a ed. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1989. *Ação cultural para a liberdade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

CONHECER O MUNDO	CRITÉRIOS DE VERDADE	OBJETIVAÇÃO	METODOLOGIA	RELAÇÃO SUJEITO-OBJETO
. O Mito	fé	dogmatismo doutrinação proselitismo	experiência pessoal	Relação Suprapessoal, onde a Revelação do Sagrado se manifesta (revela) sobrenaturalmente ao profano através do rito (Dramatização do mito, ou seja, da liturgia religiosa).
. A Filosofia	razão	razão discursiva.	dialética (discurso)	Relação transpessoal onde a palavra diz as coisas. O mundo se manifesta pelos fenômenos e é dizível através dos logos.
. O Senso Comum	cultura ética e moral	tradição cultural	crenças silenciosas (Ideologias)	Relação interpessoal, onde a ideologia estabelecida pelas idéias dominantes e pelos poderes estabelecidos.
. A Arte	estética	esteticismo = A subjetividade do artista e do contemplador (observador) da arte.	gosto	Relação pessoal, onde a criatividade e a percepção da realidade do autor e a interpretação e sensibilidade do observador.
. A Ciência	experimentação	objetividade - Comprovação de uma determinada tese de modo objetivo	observação	Relação "impessoal", A isenção do cientista diante de sua pesquisa: O mito da neutralidade científica.

O quadro mostra um modo de pensar em que a verdade está ligada à razão e a sua relação com o objeto e o sujeito está nos signos. Ainda de forma precipitada conclui-se que estes termos: razão, interação, objeto e sujeito adequam-se perfeitamente ao ambiente jurídico.

Como fora exposto, está-se diante de uma das principais discussões da filosofia, mormente no que pertine à Teoria do Conhecimento²⁰², sendo o conhecimento, nas palavras de Maria do Rosário Esteves Simone da Silva, considerado como o valor de verdade (verdade ou falsidade) das proposições e estas são descritivas de estados de coisas.

²⁰² Para entender melhor o termo: Gnoseología (do gr. gnosís: conhecimento, e logos: teoria, ciência) Teoria do *conhecimento que tem por objetivo buscar a origem, a natureza, o valor e os limites da faculdade de conhecer. Por vezes o termo "gnoseología" é tomado como sinônimo de *epistemología, embora seja mais amplo, pois abrange todo tipo de conhecimento, estudando o conhecimento em sentido mais genérico. (dicionário de filosofia)

Marcio Pugliesi²⁰³ tratando da teoria da comunicação informa ao leitor que uma das funções da linguagem, é a função descritiva, ou seja, aquela que indica e referencia.

Segundo o autor, a linguagem pode descrever fatos, coisas e estado de coisas no mundo. São palavras do autor: “tudo se passa como se a cada palavra ou frase correspondesse algo de exterior que se pudesse apontar como seu referente, ou equivalente a ela”.²⁰⁴

Pugliesi chega ao tema aqui proposto quando afirma que uma descrição, uma das funções da linguagem, pode ser válida ou não e a validade da função, mede-se pela verdade.

O problema é como adequar a linguagem com a verdade. Para o citado autor, já que a função descritiva implica a existência de referentes, diz-se referente porque como se cada palavra referisse a algo, pode-se considerar como critério de verdade a existência e exibição das ocorrências a que a linguagem descritiva se refere.

Por sua vez, João Maurício Adeodato diz que

[...] uma vez transformadas as idéias em linguagem, inicia-se um encadeamento que os lógicos tem exaustivamente examinado, isto é, a união de símbolos através de conceitos, juízos, argumentos, em suma, o processo de constituição e transmissão do conhecimento pela espécie humana.²⁰⁵

Toda a discussão da teoria do conhecimento é investigar o relacionamento entre percepções que dão a entender que ocorrer entre o corpo (mente e cérebro) e percepções que aparecem fora do corpo.

Adeodato divide os argumentos que tentam solucionar o conflito em dois grandes grupos: por um lado os que partem da idéia de que a linguagem humana constitui um meio para expressar uma realidade objetiva das coisas, está-se diante das teorias ontológicas

²⁰³ Teoria do Direito. São Paulo: Saraiva, 2009. p.18.

²⁰⁴ Idem, p. 28.

²⁰⁵ Filosofia do direito: Uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann), São Paulo: Saraiva, 1996. p. 193.

e, por outro lado, aqueles que pensam que a linguagem não tem outro fundamento além de si mesma, não há elementos externos à linguagem (fatos, objetos, coisas e relações) que possam legitimá-las, aqui está-se diante das teorias retóricas.²⁰⁶

Segundo o prestigiado autor, o problema é verificar se a linguagem descreve as coisas como são, o verbo descrever já foi debatido aqui por Pugliesi na sua classificação das funções da linguagem, ou se a relação entre a linguagem e coisas reduz-se a uma convenção que os homens estabelecem arbitrariamente.

Para Adeodato o homem, enquanto ser pleno, possui o critério e é capaz de chegar a verdade, servindo-lhe a língua apenas como instrumento e a retórica como simples ornamento, através dos quais aquele que fala pode influir no meio de forma mais ou menos eficaz. Adeodato, ainda conclui que o homem é incapaz de perceber quaisquer verdades a respeito do mundo divorciado de um contexto lingüístico.

Para chegar à verdade como bem disse o filósofo pernambucano o homem dispõe da língua e da retórica. Sobre essa última Chaim Perelman diz que para que um saber seguro seja possível, basta que as premissas nas quais se fundamentam sejam atualmente incontestáveis, o que não quer dizer que noutro momento, noutro contexto histórico ou metodológico, não serão contestadas.

O homem através da razão tem contato com os objetos e se expressa através da linguagem e, a razão, segundo Perelman, que é a característica marcante de cada ser humano não pode ser uma garantia definitiva, apesar de entender que uma verdade deve ser sempre relatada através da forma mais segura possível.

Pois bem, o problema agora está em perceber como esta linguagem se exterioriza.

Fabiana Del Padre Tomé²⁰⁷ explica que todo enunciado lingüístico apresenta forma e função. A forma significa ingressar no âmbito gramatical do idioma, mais especificamente em sua sintaxe, entendida como parte da gramática que examina as possíveis opções no que concerne à combinação das palavras na frase e a função dos enunciados,

²⁰⁶ Idem. Idem.

²⁰⁷ Em Conhecimento, Verdade e Direito Tributário, disponível no endereço eletrônico: http://www.barroscarvalho.com.br/art_membros/FABIANA%20DEL%20PADRE%20TOM%C3%89%20-%20Conhecimento,%20verdade%20e%20direito%20tri.pdf.

entretanto, não se encontra presa à forma pela qual estes se exteriorizam. O exemplo dado pela autora elucida a narrativa,

O art. 3º do Código Tributário Nacional, por exemplo, define o conceito de tributo, dispondo que “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Não obstante a forma declarativa desse enunciado, sua função é prescritiva, encerrando a ordem de que, ao ser instituído tributo, este deve apresentar determinados caracteres.

Nos dizeres de Luis Alberto Warat²⁰⁸ para identificar a função do enunciado lingüístico é preciso que o intérprete abandone a significação de base inerente a toda palavra e busque a compreensão do discurso dentro do contexto. Não há, assim, uma única função lingüística.

Desse modo, é possível classificar as linguagens com base no *animus* que move o emissor da mensagem, identificando as seguintes funções: (i) descritiva; (ii) expressiva de situações subjetivas; (iii) prescritiva de condutas; (iv) interrogativa; (v) operativa; (vi) fáctica; (vii) persuasiva; (viii) afásica; (ix) fabuladora; e (x) metalingüística²⁰⁹.

O interesse agora recai sobre as funções: descritiva e prescritiva de condutas. A linguagem descritiva exerce a função de transmitir conhecimentos ordinários, técnicos e científico, mediante afirmações e negações e, portanto, submetem-se aos valores de verdade e falsidade. A linguagem prescritiva exerce a função de transmitir ordens ou comandos dirigidos ao comportamento humano. A espécie não se emprega valores verdadeiro ou falso, mas válido e não válido²¹⁰ da lógica deôntica e é a função predominante nas proposições jurídico-positivas.

Então, ao conjunto de normas válidas num dado sistema jurídico, não se aplica os valores verdade e falsidade, o que nos leva a indagar: há relação entre verdade e direito?

²⁰⁸ O direito e sua linguagem, Porto Alegre: Fabris: 1984. p. 65.

²⁰⁹ Paulo de Barros Carvalho, Apostila de filosofia de direito I (lógica jurídica). p. 17/27.

²¹⁰ Fabiana Del Padre Tomé. A prova no direito tributário. p. 27.

Como já dito, nenhuma linguagem exerce uma só função, em seu estado de pureza. Como bem anotou Fabiana Del Padre Tomé²¹¹, trata-se apenas de uma predominância e não de exclusividade. É o que acontece com o fato jurídico previsto no antecedente normativo: mostra-se descritivo de um evento, porém, prescritivo de efeitos jurídicos.

É possível dizer que uma norma que tenha um comando “não matar”, tenha no seu antecedente a descrição de acontecimentos perfeitamente valorados entre verdade e falsidade.

De tudo que foi exposto tomado pelas premissas fixadas é possível concluir que o que não se admite é ficar na escuridão, na incerteza, aceitar sem irresignar. O debate filosófico sobre o tema é riquíssimo, mas revela que não se deve admitir nada sem o questionamento sobre o que resolveu-se chamar de coerência.

Qualquer que seja o caminho adotado para se chegar a verdade, o consenso é que a verdade nem sempre vem estampada e necessita de um trabalho para chegar até ela.

Foi possível também concluir que a verdade no direito é uma questão lingüística, por isso mesmo, única e formal, porquanto ser aceita a partir de normas criadas dentro de um sistema de linguagem adotado. Afinal, o direito cria a sua própria realidade através da linguagem escolhida.

3.3 A verdade no direito processual

Neste sub-título abordar-se-á o conceito “verdade” tendo como objeto a linguagem própria do direito processual.

Inicia-se a investigação trazendo à colação o pensamento de Sérgio Cruz Arenhart que expõe que as diversas normas presentes no Código de Processo Civil tendentes a disciplinar a formalidade na colheita das provas, associadas às inúmeras normas presuntivas e o sempre presente temor de que o objeto reconstruído no processo não se identifique

²¹¹ Op. Cit. p. 27.

plenamente com os acontecimentos verificados no mundo real, induzem a doutrina a buscar satisfazer-se com outra “categoria de verdade”, menos exigente que a verdade substancial.²¹²

Segundo o autor, em razão desta tendência, a doutrina, ainda hoje dá mais relevo à observância de certos requisitos legais na pesquisa probatória do que ao conteúdo do material de prova.²¹³

Arenhart demonstra o que se passa na ciência processual brasileira que insiste em desenvolver conceitos: de verdade substancial e verdade objetiva, de verdade real e verdade formal, é o conhecido problema da dicotomização da linguagem jurídica.

Entende-se que, não se trata de algo que é real/formal, não é que o processo civil passou a dar mais importância à forma, e que outro processo qualquer foi mais a fundo na busca da verdade, isto é um discurso simplista e ilusório e que não explica.

Ocorre que o direito cria sua própria linguagem, o seu próprio ambiente discursivo e o que há no processo civil como qualquer outro processo é apenas uma busca da verdade de acordo com os elementos obedecidos e fornecidos endoprocessualmente criados pelo próprio subsistema normativo.

Marina Gascón Abellán²¹⁴, autora espanhola citada em diversos países, principalmente entre os latinos, ao discutir a “*verdad*” y “*prueba*” incorre na mesma alegação dicotômica, porém, com nomenclatura de verdade objetiva e subjetiva.

Gascón explica que por verdade objetiva ou material (ou simplesmente verdade) entende-se como sendo a correta descrição dos fatos autônomos (é dizer o conceito de verdade por correspondência)²¹⁵. E, por conseguinte, escreve que verdade processual ou formal (ou simplesmente prova) é a descrição dos fatos formulados no processo²¹⁶.

Nesta parte do texto a autora discute a presença de duas concepções sobre a prova e, para tanto, vê a necessidade de desenvolver o tema da verdade na prova. Para a

²¹² A Verdade e a Prova no Processo Civil, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2005.

²¹³ A Verdade e a Prova no Processo Civil, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2005.

²¹⁴ Marina Gascón Abellán, *La Prueba Judicial: Valoración Racional Y Motivación*, Universidad de Castilla-la Mancha, disponível no endereço: http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.

²¹⁵ O texto no original: “entendemos por *verdad objetiva o material* (o simplesmente *verdad*) la correcta descripción de hechos independientes (es decir, el concepto de verdad como correspondencia)”

²¹⁶ O texto no original: “*verdad procesal o formal* (o simplesmente *prueba*) la descripción de los hechos formulada en el proceso”.

autora, a concepção objetivista ou a subjetivista da prova para se justificarem, acabam com a dualidade culturalmente existente de verdade objetiva ou material e de verdade processual ou formal, porque, na primeira corrente o resultado da operação das provas apresentadas nos autos é infalível e, portanto, a verdade que se passa então é uma única como sendo a verdade formal, já na segunda, há apenas uma única verdade, qual seja, aquela que surge da apreensão sensorial do juiz, não importando o que tem nos autos, mas sim, o que o julgador percebeu como sendo a verdade.

Entende-se que pelo menos no ambiente processual, a verdade não é descoberta, não é consenso e não é correspondência, mas sim, criada pelo “ser” no interior deste espaço discursivo.

No âmbito jurídico processual é possível tal afirmação, posto que, o sistema positivado processual brasileiro, ou qualquer outro daqueles citados anteriormente, expede normas com comandos temporais de natureza preclusiva, por exemplo: o artigo 297²¹⁷, é indubitável que uma estrutura lingüística carregada do termo “tempo”tenha capacidade de criar a sua própria verdade.

Explicando melhor. Um ambiente em que prescreve que uma resposta deverá ser feita em 15 (quinze) dias após a juntada do mandado de citação aos autos, não convive harmonicamente com o conceito de verdade por correspondência, porquanto, a verdade, na hipótese de réu-revel, é aquela presumidamente tomada de empréstimo dos fatos vindos com a argumentação ou alegação do autor e, que pode não manter correspondência alguma com realidade.

Além disso, não há consenso, porque essa palavra exige adesão, aprovação e é, praticamente impossível a sua ocorrência com a participação de apenas um dos interessados. Alguém adere algo proposto pelo outro e não, por ele próprio.

Além da revelia, poder-se-ia citar qualquer preclusão, qualquer perda de prazo, qualquer irregularidade temporal ou qualquer ficção jurídica e a conclusão será a mesma.

²¹⁷ O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.

Indo além, não se deve esquecer que o ambiente processual é um ambiente comunicacional em que todos os participantes emissores de uma mensagem fazem em nome de uma “verdade” e que vai engendrar todos os esforços para que ela seja aceita.

Esta é a conclusão de Fabiana Del Padre:

Por tais motivos, tomamos a verdade como o *valor em nome do qual se fala*, caracterizando *necessidade lógica do discurso*. Sempre que alguém transmite uma mensagem de teor descritivo, o faz em nome de uma “verdade”, que pretende que seja aceita. Sem essa pretensão veritativa, a informação não tem sentido.²¹⁸

Neste momento concorda-se com a autora que “a verdade não se descobre: inventa-se, cria-se, constrói-se. Não há uma verdade objetiva, isto é, uma verdade que possa reclamar validade universal.”²¹⁹

Ressalve-se que, o direito processual exige que se construa uma verdade dentro do processo que seja aceita, que respeite as normas e os princípios, com a mais ampla e irrestrita participação dos integrantes, aí incluídas as partes, juiz e terceiros. Agindo assim, tem-se uma construção ou uma criação da verdade legitimada pelo procedimento adotado.

As versões parciais apresentadas pelas partes somam-se ao papel ativo do juiz, em perfeito diálogo, na tentativa de construir (e não descobrir) uma verdade possível que guiará a aplicação da norma ao caso submetido ao Judiciário. Assume, então, relevante papel dentro desta ordem a noção e a extensão do contraditório. É este elemento a válvula reguladora que permitirá estabelecer o nível da argumentação dialética e, conseqüentemente, da legitimação da construção da verdade.²²⁰

²¹⁸ A prova no direito tributário. p. 16.

²¹⁹ Idem. p. 16.

²²⁰ Sergio Cruz Arenhart, A verdade e a prova no processo civil. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2005.

Com respaldo nesta premissa, o processo deixa de ser instrumento para a reconstrução dos fatos (e futura aplicação da norma respectiva) para ser palco de argumentação.²²¹

Marilena Chauí dá a síntese necessária a discussão em comentário quando assim escreve:

[...] a verdade é, ao mesmo tempo, frágil e poderosa. Frágil porque os poderes estabelecidos podem destruí-la, assim como mudanças teóricas podem substituí-la por outra. Poderosa, porque a exigência do verdadeiro é o que dá sentido à existência humana.²²²

Com a investigação realizada neste capítulo é possível adentrar no ponto central do trabalho, apesar de perceber o quão instigante é o tema da verdade, e, então, investigar a prova no processo civil.

²²¹ Idem.

²²² Convite a filosofia. p.134.

4 A COMPREENSÃO TEÓRICA DA PROVA

O objetivo aqui neste capítulo é refletir sobre a importância da prova no processo judicial civil brasileiro, transportando-a ao contexto em que se possa perceber o conceito, a natureza jurídica e as possibilidades de percepção e apreensão, para então, tratá-la numa perspectiva de garantia fundamental dentro do Estado Democrático de Direito.

4.1 Conceito de prova

A seguir far-se-á uma breve apresentação do conceito de “prova” desenvolvido pela doutrina, lembrando que os conceitos representam a prova judicial somente.

Para Arruda Alvim, prova consiste

[...] naqueles meios definidos pelo direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico (v. arts. 332 e 366), como idôneos a convencer (prova como ‘resultado’) o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade principalmente, dos litigantes (prova como ‘atividade’).²²³

Moacyr Amaral Santos conjugando conceitos de verdade e prova, entende que prova é a “verdade resultante das manifestações dos elementos probatórios, decorrente do

²²³ Manual de Direito Processual Civil. 5. ed. São Paulo: RT, 1996, v. 2, p. 399.

exame, da estimação e ponderação desses elementos; é a verdade que nasce da avaliação, pelo juiz, dos elementos probatórios”²²⁴.

Para o processualista mineiro Humberto Theodoro Júnior, a prova pode ser conceituada tomando por base dois sentidos distintos: um objetivo e outro subjetivo. Sendo assim, menciona o autor que

- a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.);
- b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.²²⁵

Guilherme de Souza Nucci esclarece que há pelo menos três sentidos para o termo prova, a saber:

- a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória);
- b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.²²⁶

Caferrata Nores informa que a prova também pode ser conceituada como todos meios de confirmação ou não de uma hipótese ou de um juízo produzido no curso do processo. Sendo, assim, um teste de coerência entre a formulação e o provável suporte fático da demanda.²²⁷

Para Leonardo Greco prova é uma palavra utilizada na linguagem jurídica em vários sentidos. Os principais, reiteradamente citados pela doutrina, são três, embora cada

²²⁴ Comentários ao Código de Processo Civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. IV, p. 11.

²²⁵ A importância da prova pericial no devido processo legal. Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil. n. 62. Porto Alegre: Síntese, 2009, p. 69.

²²⁶ Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.351.

²²⁷ Caferrata Nores. La Prueba en el Proceso Penal. Buenos Aires: Depalma. 1994. p. 3. Todos los medios de confirmación o no de una hipótesis o de un juicio producido durante el proceso.

um deles, por sua vez, seja utilizado em mais de um sentido: prova como meio, prova como atividade e prova como resultado²²⁸.

Michele Taruffo acentua a diversidade de significados do vocábulo prova e explica que esta funciona ora como demonstração, ora como experimento.

Menciona também que ante a sua polissemia pode significar: 1) aquilo que serve ou pode servir para confirmar ou falsificar uma asserção relativa a um fato da causa (meios de prova); 2) o resultado da produção dos meios da prova e da sua avaliação pelo juiz; 3) o meio lógico e gnoseológico e o procedimento.²²⁹

O brilhante jurista uruguaio Eduardo Couture²³⁰, expõe sobre “prova” assim

Em sua acepção comum, a prova é a ação e o efeito de provar, e provar é demonstrar de algum modo a certeza de um feito ou a verdade de uma informação.

A prova é, em todo caso, uma experiência, uma operação, um ensaio, dirigido a fazer patente a exatidão ou inexactidão de uma proposição.

Em sentido jurídico, e especificamente em sentido jurídico processual, a prova é ambas as coisas: um método de averiguação e um método de comprovação (Tradução livre)²³¹.

O renomado autor menciona “verificação” para tratar a prova como meio de averiguação das proposições formuladas pelas partes em juízo e em “convicção” como sendo a forma de criar o reconhecimento acerca dos argumentos apresentados e termina sua fala

²²⁸ O Conceito de Prova. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.

²²⁹ Algunas consideraciones sobre la relacion entre prueba e verdad, em: www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/.../discusiones_03.pdf.

²³⁰ Eduardo Juan Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera edición (póstuma), Buenos Aires: Roque Depalma, 1958. p. 215.

²³¹ Eduardo Juan Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera edición (póstuma), Buenos Aires: Roque Depalma, 1958. p. 215. En su acepción comum, la prueba es la acción y el efecto de probar, y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. La prueba es, en todo caso, una experiencia, una operación, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición. En sentido jurídico, y especificamente en sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de veriguación y un método de comprobación.

informando que se pode afirmar de forma a reduzir o conceito em matéria civil que prova é um método jurídico de verificação das proposições das partes.²³²

Numa visão subjetivista do tema Francesco Carnelutti demonstra que prova é a fixação formal do fato controvertido, condicionada por percepções obtidas e deduções extraídas de acordo com o ordenamento jurídico. Valendo-se da experiência acumulada, a lei impõe limites para eliminar erros e evitar atos supérfluos e, assim, cria a antítese entre a verdade verdadeira e a verdade jurídica.²³³

Aduz também que a prova pode ser conceituada como o meio de representação dos fatos que geraram a lide no processo, tendendo essa representação a equivalência limitada e não à perfeita identificação entre o objeto representado e o objeto representante.²³⁴

Etmologicamente o vocábulo “prova” (do latim “proba”, de “probare”) pode ser tomado em duas acepções: uma no sentido de tudo quanto possa existir com capacidade lingüística de demonstração de um fato (acepção objetiva); e outra, no sentido da convicção ou certeza da existência ou inexistência de um fato (acepção subjetiva).

O termo “prova” está ligado a convicção da existência de algo, trata-se da demonstração da visibilidade da “verdade” criada pela parte. Em razão disso Souto Maior Borges com a magia de um poeta diz que a verdade jurídica ama ocultar-se. Ama porque? Porque se faz através de um exercício dialético conjugados pelos atos de fala entre as “pessoas” do processo e esses atos se exteriorizam através das provas²³⁵.

O jurista pernambucano ainda explica que o processo é clareira aberta e que se oferece à luz, sob as matas copadas da ocultação originária da verdade. Os atos processuais tendem, no fundo, a desobstruir a via para a verdade de fato. Segundo o autor cada ato processual é como uma réstia de luz que penetra na clareira margeada pela densidade da floresta, onde se abriga a escuridão, porque a luz mal consegue atravessá-la.²³⁶

²³² Pero puede afirmarse, a modo de resumen sobre el concepto de la prueba en materia civil, que por tal se entiende un método jurídico de verificación de las proposiciones de las partes (tradução livre) Fundamentos Del Derecho Procesal Civil. p. 216.

²³³ Como se faz um Processo. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 18-21.

²³⁴ Carnelutti, Teoria Geral do Direito. São Paulo: LEJUS.1999. p. 526.

²³⁵ O contraditório no processo judicial, uma visão dialética. p. 72.

²³⁶ O contraditório no processo judicial, uma visão dialética. p. 73.

O que importa agora é dizer que a demonstração desses fatos que vão oferecer luz ante as matas copadas do processo e a busca pela verdade, pode se dar de diversas formas: confissão, depoimento testemunhal, perícia, documento, dentre outras.

Rosemiro Pereira Leal²³⁷ deixa sua marca ao falar do assunto e ensina que

Os fatos dizem respeito a realidade, que é captada pelos sentidos e interpretada por cada um a sua maneira. Como a parte faz uma alegação de um fato, que pode ter existido ou não, além de poder ser interpretado de várias formas, a prova surge como um instituto jurídico, possibilitando a visibilidade da argumentação jurídica.

Tomando de empréstimo as conclusões do processualista mineiro, pode-se dizer que “prova” é a representação, na linguagem do direito, dos eventos ocorridos no mundo real, não é a realidade, é a articulação jurídica dessa realidade. Prova é instituto jurídico veiculador de enunciado através da linguagem eleita pelo direito para a constituição do fato-suporte-argumentativo e é com arrimo nesta linguagem dotada de estrutura e requisitos normativos é que se pode falar em verdade no espaço-processo.

Por estas razões há quem entenda a ciência jurídica se reduz a uma ciência das provas e que o próprio direito não existe independentemente de sua prova.

4.2 Prova enquanto instituto jurídico

O leitor sabe que é absolutamente comum o estudioso do direito falar em teoria. Se o termo é tão comum assim, questiona-se: o que é uma teoria?

Teoria em Rosemiro Pereira Leal é uma resultante discursiva (idéia conclusiva) de uma reflexão satisfatória (afirmativa ou negativa) da existência numa especialidade temática.²³⁸

²³⁷ Teoria geral do processo. p. 55.

Teoria também pode ser vista como um conjunto de hipóteses sistematicamente organizadas que pretende, através de sua verificação, conformação, ou correção, explicar uma realidade determinada²³⁹.

Parafraseando Jean-Louis Bergel, teoria tem como objetivo apreender o fenômeno, no caso, um fenômeno jurídico, mediante estudo de sua razão de ser, de suas finalidades, de seus conceitos fundamentais, de sua utilização, de seus instrumentos, de seu método, etc. Pode-se dizer que uma teoria é uma construção intelectual metódica e organizada fundamentada na observação e na explicação do objeto em estudo²⁴⁰.

De arremate, Nicola Abbagnano ensina que a Teoria científica constitui um dos capítulos mais importantes da metodologia das ciências e os resultados principais das pesquisas nesse campo podem ser resumidos conforme abaixo, sendo que aqui não irá “descer” ao aprofundamento trazido pelo autor, mas apenas citar as possibilidades:

“a) A T. científica é uma hipótese ou, pelo menos, contém uma ou mais hipóteses como suas partes integrantes”

“b) Uma T. científica não é um acrescentamento interpretativo ao corpo da ciência, mas, é o esqueleto desse corpo. Noutros termos, a T. condiciona tanto a observação dos fenômenos como o próprio uso dos instrumentos de observação.”

“c) Uma T. científica contém, além da sua parte hipotética, um aparato que permite a sua verificação ou confirmação.”

“d) Uma T. não é necessariamente uma explicação do domínio de fatos aos que se refere, mas um instrumento de classificação e de previsão.”²⁴¹

Bergel²⁴² ao falar sobre a teoria geral do direito menciona que para aquele estudo seria necessária a resposta para certas perguntas, dentre elas: Porquê? Quando? Como? *Mutatis mutandi*, estas perguntas também se aplicam à “teoria da prova” e serão respondidas em seguida.

²³⁸ Teoria Geral do Processo. p. 212.

²³⁹ Dicionário Básico de Filosofia, 3ª Ed. revista e ampliada.

²⁴⁰ Teoria Geral do Direito, tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XVIII.

²⁴¹ Dicionário de Filosofia, tradução Alfredo Bosi, São Paulo: Mestre Jou, p. 916.

²⁴² Idem, p. XXIV.

O “porque” permite detectar a finalidade e o espírito que tem de ser respeitado para a interpretação, a evolução e a aplicação das normas, a fim de que não sejam desviadas de seu objeto e de que a coerência do sistema não seja rompida.²⁴³

A pergunta “quando?” determina o campo de aplicação e os limites de um sistema, de uma instituição ou de uma regra. A resposta que lhe é dada define um campo limitativo, subordinado à reunião de condições estritas, ou residual, sempre suscetível de extensão. É o aspecto legal normativo.²⁴⁴

E “Como?” corresponde ao caráter imperativo ou supletivo das disposições ou dos estatutos considerados, a possibilidade de derogá-los a força obrigatória deles, o tipos de sanções aplicáveis etc.²⁴⁵

Com tais informações pode-se dizer que a “teoria da prova” a explica como sendo meio, elemento ou instrumento, dependendo do foco de observação.

A prova se expressa por um *meio* legal, por exemplo, no Brasil: artigo 212 do Código Reale ou artigos 332 e seguintes do Código Buzaid, na França (Code Civil, artigos 1.315 e seguintes ou Code de Procédure Civile, artigos 9 e seguintes, 132 e seguintes); na Itália (Codice Civile, artigos 2.697 e seguintes; Codice di Procedura Civile, artigos 191 e seguintes); em Portugal (Código Civil, artigos 341 e seguintes; Código de Processo Civil, artigos 513 e seguintes).

Com relação aos meios de prova significam as diversas modalidades desenvolvidas pelos participantes do processo para produção da prova. Assim como prescreve o Código Civil de 2002 em seu artigo 212, enumerando-as de forma exemplificativa e não taxativamente, quando dispõe: “salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão; II – documento; III – testemunha; IV – presunção; V – perícia”.

O Código Buzaid, por sua vez, também disciplina os meios de prova admissíveis em juízo, elencando assim: o depoimento pessoal nos arts. 342 a 347; a confissão nos arts. 348 a 354; a exibição de documentos ou coisa nos arts. 355 e 363; a documental nos

²⁴³ Idem, p. XXIV.

²⁴⁴ Idem, p. XXV.

²⁴⁵ Idem, p. XXV.

arts. 364 a 391; a prova testemunhal nos arts. 400 a 419; a pericial nos arts. 420 a 439 do CPC; e a inspeção judicial nos arts. 440 a 443.

É através do meio de prova que se apreende e examina um *elemento*, cujo resultado será formalizado procedimentalmente por um *instrumento*.

Para melhor esclarecer, Pereira Leal²⁴⁶ explica que “a perícia é um *meio* de prova para o exame de *elementos* de prova com a elaboração final do laudo, que é *instrumento* de prova”.

Como bem descreve Dhenis Madeira, um único fato, por exemplo, um acidente automobilístico, pode ser provado por vários meios de prova (pericial, documental ou testemunhal), podendo ser instrumentalizado se pericial, pelo laudo, se documental, pelo Boletim de Ocorrência, se testemunhal, pelo depoimento transcrito na ata da audiência.²⁴⁷

Neste mesmo sentido, para Manuel Galdino da Paixão Junior²⁴⁸ os *meios* “são os veículos disponibilizados pela lei às partes a fim de que se possam exercer direitos probatórios”. Acrescenta-se então que, através dos *meios*, o interprete irá debruçar sobre os elementos ali constantes onde irá instrumentalizar as percepções obtidas.

Esclarecendo ainda mais, a “prova” é composta por um meio indicado na lei, que tem por finalidade apreender ou examinar um elemento, cujo resultado procedimental é o instrumento²⁴⁹.

Assim, Pereira Leal leciona a respeito da prova que esta

[...] enuncia-se pelos conteúdos lógicos de aproximação dos seguintes princípios: a) indiciaridade (caracterizada pelos elementos integrativos da realidade objetivada no espaço); b) ideação (exercício intelectual da apreensão dos elementos pelos meios do pensar no tempo); c)

²⁴⁶ Temas atuais de direito processual civil. p. 350.

²⁴⁷ Processo de conhecimento & cognição, uma inserção no estado democrático de direito. p. 154.

²⁴⁸ Teoria Geral do Processo. p. 261.

²⁴⁹ Idem. p. 154.

formalização (significa a instrumentação da realidade pensada pela forma legal).²⁵⁰

Não se pode confundir o instituto da prova com o elemento, o meio ou o instrumento²⁵¹ como faz grande parte doutrina.

Michele Taruffo²⁵², renomado jurista italiano comenta sobre a prova da seguinte forma:

A prova é o instrumento que as partes utilizam a séculos para demonstrar a verdade de sua informações, e da qual se serve o juiz para decidir a respeito da verdade ou falsidade dos enunciados fáticos (Tradução livre).²⁵³

Prossegue o autor dizendo que

Podemos agregar que, em termos gerais, pode-se considerar como racionalmente admissíveis todas as provas, típica ou atípicas, que sejam relevante na medida em que excluem-se do processo somente aquelas provas que, ainda que relevantes, sejam qualificadas como inadmissíveis por alguma norma jurídica específica (como, por exemplo, as provas ilícitas ou aquelas que para sua aquisição tenha-se que violar o segredo pessoal ou profissional) (Tradução livre).²⁵⁴

O pensamento do jurista italiano inaugura um novo ponto de debate no trabalho, é que não importa qual a doutrina que se estude acerca da prova, além de se desenvolver o conceito não informando ao leitor o que é meio, elemento ou instrumento da

²⁵⁰ Teoria Geral do Processo. p. 348.

²⁵¹ Processo de conhecimento & cognição, uma inserção no estado democrático de direito. p. 153.

²⁵² La prueba, artículos e conferencias, Monografías Jurídicas Universitas, Editorial Metropolitana, Santiago. p. 59.

²⁵³ La *prueba* es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y Del cual se sirve el juez para decidir respecto a a verdad o falsedad de los enunciados fácticos.

²⁵⁴ Podemos agregar que, en términos generales, se pueden considerar como racionalmente admisibles todas las pruebas, típicas o atípicas, que sean *relevantes* en la medida que aporten informaciones útiles para formular esa decisión; se excluen del proceso solo aquellas pruebas que, aún siendo relevantes, sean calificadas como inadmisibles por alguna norma jurídica específica (como por ejemplo, las pruebas ilícitas o aquellas para cuya adquisición habría que violar el secreto personal o Profesional).

prova, toda a atenção do estudo está direcionado exclusivamente aquele que decide, pouco importando a participação dos demais integrantes do ambiente em estudo.

Ressalte-se mais uma vez que a “prova” em examine é apenas a prova judicial e quanto ao modo de interpretá-la, Taruffo informa que existem pelo menos duas concepções a respeito.

A primeira concepção sobre a prova judicial diz que trata-se de um *instrumento de conhecimento* conhecida como teoria cognoscitivista, no qual a prova oferece informações relativas aos fatos que devem ser provados no processo. O exemplo usado por Taruffo é o documento, segundo o autor, o documento representa uma declaração e, por tanto, informa alguma coisa sobre o fato constante da declaração. O mesmo acontece numa gravação ou um vídeo, ambos demonstram como verdadeiro um fato ali constante, pelo menos até que seja discutida a autenticidade ou a falsidade ou veracidade do “instrumento” de prova²⁵⁵.

Assim leciona o autor italiano

Em todo caso, pode-se dizer que a prova é um instrumento que dá informação a respeito do conteúdo do enunciado, e propicia conhecer a circunstância sobre o que versa o enunciado, com a consequência que o enunciado mesmo pode se considerar verdadeiro ou falso sobre a base da prova ou das provas que se referem a ele (Tradução livre).²⁵⁶

E para a segunda concepção a prova é um *instrumento de persuasão*, e por isso não teria a ver com o conhecimento dos fatos e não serviria para estabelecer a verdade ou falsidade de um enunciado, e tampouco para proporcionar conhecimento acerca de algo. Serviria, então, apenas para persuadir o juiz, para convencê-lo ou não convencê-lo de um enunciado.

Mais uma retoma-se a Michele Taruffo

²⁵⁵ La prueba, artículos e conferencias, Monografías Jurídicas Universitas, Editorial Metropolitana, Santiago. p. 60.

²⁵⁶ En todo caso, se puede decir que la prueba es un instrumento que da información respecto al contenido del enunciado, y da a conocer la circunstancia sobre la que versa el enunciado, con la consecuencia que el enunciado mismo puede considerarse verdadero o falso sobre la base de la prueba o las pruebas que él refieren.

É dizer, no juízo não se “conhecem” os efeitos: tudo se esgota nos discursos e narrações que se fazem no processo, e dessa maneira se pode definir como verdadeiro o enunciado pelo qual o juiz está persuadido, mas somente em função do feito de que realmente está e afirme estar (Tradução livre).²⁵⁷

O autor logo em seguida afirma que uma concepção com tal fundamento é irracional e não analisa as características e estrutura da prova. A persuasão de um sujeito a respeito de qualquer coisa é de fato um estado psicológico apenas e não leva em consideração se estas provas foram produzidas de forma ilícita, por exemplo, ou se o testemunho ou o documento são falsos.

Admite-se que o enunciado produzido surtiu efeito de convencimento, porém, o fundamento que serviu de persuasão não vai se sustentar, A decisão não poderá se basear nestas provas somente pelo fato do juiz ter sido persuadido (tradução livre).²⁵⁸

Ainda sobre o tema Marina Gascón Abellán informa que existem duas correntes de pensamento, a primeira objetivista e a outra subjetivista.

As epistemologias que podem se adotar passa por duas posições “extremas”. A primeira (objetivista) entende que a objetividade do conhecimento reside em sua correspondência ou adequação a um mundo independente, e também na concepção do conhecimento como um processo guiado por regras mais ou menos seguras confia na obtenção de certeza absoluta. A segunda (subjetivista) entende que a objetividade do conhecimento deriva de nossos esquemas de pensamentos e juízos de valor, ou seja, o conhecimento do mundo está “contaminado”, é irreduzivelmente subjetivo. A primeira tese se vincula a teoria do “adversary system” e, em geral, as posições ideológicas do processo civil que concebem este essencialmente como um instrumento para a resolução de conflitos. A segunda (*subjetivista*) entende que a objetividade do conhecimento deriva dos nossos esquemas de pensamento e juízo de valor; isto é, o conhecimento do

²⁵⁷ Es decir, en el juicio no se “conocen” los hechos: todo se agota en los discursos y narraciones que se hacen en el proceso, y de esa manera se puede definir como verdadero el enunciado del cual el juez está persuadido, pero solo en función del hecho de que realmente lo esté y afirme estarlo.

²⁵⁸ La decisión no se podrá basar en ellas solo porque el juez las encuentre persuasivas. Idem p. 62.

mundo está “contaminado”, é irredutivelmente subjetivo (tradução livre).²⁵⁹

Os objetivistas entendem que os procedimentos probatórios proporcionam um resultado incontroverso. Esta corrente divulga o *modelo de prova legal*, que supõe a consagração jurídica das regras de valoração que indica ao juiz quando e em que medida deve considerar como provado um fato. Admite-se também o princípio valorativo da *livre convicção* dos meios probatórios, como uma espécie de momento íntimo ou místico capaz de desbancar as provas.

Gascón informa que a tese é aquela que se manteve e mantém há algum tempo na ciência processual, diz assim a autora: “a primeira tese se vincula a teoria do “adversary system” e, em geral, as posições ideológicas do processo civil o concebem como sendo essencialmente um instrumento para resolução de conflitos.”²⁶⁰

Em seguida explica a autora o pensamento dos “subjetivistas” que simplesmente deixam a prova do conhecimento dos fatos em segundo plano e passam a analisar outras questões de caráter prático e endoprocessual conduzindo a valoração da prova de acordo o intuitismo do juiz.

Essa concepção, além de irracional, tem o foco completo e irrestrito no juiz como se ele fosse o único daquele espaço processual, não se acredita ou ignora a possibilidade de envolvimento de outros na árdua construção do que está provado ou para ser provado.

Para Gascón a teoria mais adequada é a do objetivismo crítico no qual verdade e prova são conceitos diferentes, porém, entrelaçados, porquanto afirmar que um enunciado fático é verdadeiro, é dizer, que descreve fatos existido ou que existem em um

²⁵⁹ La Prueba Judicial: Valoración Racional Y Motivación. Las epistemologías que pueden adoptarse se mueven entre dos posiciones "extremas". La primera (*objetivista*) entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente, y al concebir además el conocimiento como un proceso guiado por reglas más o menos seguras confía en la obtención de certeza absoluta. La segunda (*subjetivista*) entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor; es decir, el conocimiento del mundo está “contaminado”, es irredutiblemente subjetivo.

²⁶⁰ La Prueba Judicial: Valoración Racional Y Motivación. La primera tesis se vincula a la teoría del adversary system y, en general, a las posiciones ideológicas del proceso civil que conciben a éste esencialmente como un instrumento para la resolución de conflictos (tradução livre).

mundo independente e afirmar que um enunciado fático está provado significa que sua verdade foi provada²⁶¹.

Avançando no tema, a crítica que se faz de maior relevância ainda, está no vetor de atingimento do instituto no âmbito endoprocessual feito pela doutrina ao longo do tempo. Explica melhor em seguida.

Durante longos anos, só se pensou o instituto da prova voltando as atenções exclusivamente para a figura do juiz, como se fosse apenas o juiz o participante de um processo, não se admitiu a possibilidade da “prova” ser dirigida a todas as pessoas envolvidas no processo, inclusive o juiz.

Ocorre que as citações doutrinárias em sua esmagadora maioria inclusive a estrangeira insistem em considerar o processo como um espaço no qual as atenções estão todas voltadas para aquele que decide, o que, sem dúvida não coaduna com o democrático e sim, com o ditatorial.

4.3 Garantia fundamental à prova e sua produção

4.3.1 Conceito de Direitos e Garantias Fundamentais

Importa no primeiro momento conhecer qual a compreensão doutrinária sobre os “direitos e garantias fundamentais” e partir daí enfrentar os problemas: porque a produção da prova pode ser vista como uma garantia fundamental? Quais os elementos devem ser verificados para que se possa falar numa construção da prova que atenda aos direitos e garantias fundamentais?

Para facilitar a compreensão do leitor, deixa-se cravado na retentiva que, a seguir, quando falar em “direito” fundamental está referindo-se a norma ou conjunto de normas de conteúdo declaratório da existência de um interesse, por exemplo, direito à vida, à liberdade e à propriedade. Por outro lado, quando referir-se a “garantia” está-se falando de

²⁶¹ Marina Gascón Abellán. La Prueba Judicial: Valoración Racional Y Motivación.

uma norma ou um conjunto de normas de conteúdo assecuratório, ou seja, norma ou normas cuja característica marcante é assegurar o direito consagrado. Neste sentido, o Habeas Corpus é uma garantia fundamental que serve para tutelar o direito de liberdade.

Ultrapassada essa premissa, é possível avançar.

Foi possível perceber que do ponto de vista clássico, os conhecidos “direitos fundamentais” consistiam em instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado. Essas elaborações merecem respeito e tem significativa importância histórica, principalmente tomando por base o contexto pelas quais foram construídas, nada obstante, hoje é possível dizer que o pensamento já não atende mais as necessidades da complexa sociedade pós-moderna. Está-se diante de um conceito que avança no tempo, sofre influência da acelerada mudança do comportamento e dos anseios dos humanos e, que passa por uma reflexão profunda.

Noberto Bobbio aponta quatro dificuldades²⁶² para a busca do fundamento absoluto dos direitos fundamentais e cita ainda que os “direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana ou para o desenvolvimento da civilização”. Fácil perceber que o autor iguala o conceito de direitos do homem ao conceito de direitos fundamentais.

Tomando de exemplo os nossos juristas, José Afonso da Silva assim descreveu:

[...] direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza

²⁶² A primeira delas seria o fato de que a expressão “direitos do homem” é mal definida, porque desprovida de conteúdo e, quando este aparece, introduz termos avaliativos, os quais são interpretados de modo diverso de acordo com a ideologia assumida pelo intérprete.

A segunda dificuldade consiste na constante mutabilidade histórica dos direitos fundamentais. O rol de direitos se modificou e ainda se modifica, pois as condições históricas determinam as necessidades e interesses da sociedade. São, portanto, direitos relativos, não lhes cabendo a atribuição de um fundamento absoluto.

Outra dificuldade na definição de um fundamento absoluto para os direitos fundamentais é a heterogeneidade dos mesmos, ou seja, a existência de direitos diversos e muitas vezes até mesmo conflitantes entre si. As razões que valem para sustentar alguns não valem para sustentar outros. Alguns direitos fundamentais são até mesmo atribuídos a categorias diversas, enquanto outros valem para todos os membros do gênero humano.

A última dificuldade apontada consiste na existência de direitos fundamentais que denotam liberdades, em antinomia a outros que consistem em poderes. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.²⁶³

Vladimir Brega Filho, também dá sua contribuição e aduz que direito fundamental “é o mínimo necessário para a existência da vida humana”.²⁶⁴ Por mínimo necessário, entenda-se garantia da existência de uma vida digna, conforme os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana.

No qualificativo “fundamentais”, que é recheado de ambigüidades, é possível perceber a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, as vezes, nem mesmo sobrevive; “fundamentais” no sentido de “ser” direcionado a todos e não apenas no “dever-ser”.

Parte da doutrina e mesmo alguns dos legisladores constitucionais pelo mundo, dão tratamento idêntico as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais, mas, o que todos querem é exatamente definir esse vocábulo abundante de significações e pelo menos nos textos, mais das vezes os Diplomas constitucionais tem conseguido.

No tocante à expressão “Direitos Humanos”, o significado atribuído é o mesmo, ou seja, são direitos essenciais à manutenção de uma vida humana sustentada pelo princípio da dignidade a ela inerente. Entretanto, é possível fazer a distinção aduzindo que os direitos fundamentais são aqueles positivados em uma Constituição, enquanto os direitos humanos são os provenientes de normas de caráter internacional.

O jurista português J.J.Gomes Canotilho²⁶⁵ aduz que direitos do homem são aqueles derivados da própria natureza humana, enquanto os direitos fundamentais são os vigentes em uma ordem jurídica concreta.

²⁶³ Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros. 2003.

²⁶⁴ Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

²⁶⁵ Estudos sobre Direitos Fundamentais. Constituição e Déficit Procedimental.

4.3.2 Classificação dos Direitos e Garantias Fundamentais

Após a percepção do conceito “fundamental” passa-se a sua classificação, aliás, sobre o tema “classificação” uma pequena digressão. Fala-se em inúmeras classificações em todos os ramos do Direito, porém, na maioria das vezes estas classificações não mantêm qualquer utilidade. E, o exercício de classificar justifica-se pela sua utilidade, ou, caso contrário, não passa de um trabalho verborrágico, sem sentido ou significado.

Classificar para Fabiana Del Padre Tomé²⁶⁶ consiste na operação lógica estabelecendo um determinado critério, observando as semelhanças entre os objetos, dividindo-os em grupo. A autora cita ainda o conceito de Paulo de Barros Carvalho²⁶⁷ que assim definiu o tema

[...] classificar é distribuir em classes; é dividir os termos segundo a ordem da extensão ou, para dizer de modo mais preciso, é separar os objetos em classes de acordo com as semelhanças que entre eles existam, mantendo-os em posições fixas e exatamente determinadas com relação às demais classes.

Se existe realmente a necessidade da classificação, que a investigação tenha sentido para o leitor e, para que uma classificação tenha sentido, exige-se um agrupamento lógico e útil de determinados objetos que possuam mesmas características, nada mais do que isso.

Avançando no tema, toma corpo a classificação a seguir informada, granjeando nomes de notável conhecimento jurídico. Essa corrente, concebe os direitos e garantias fundamentais em razão de sua multifuncionalidade e que podem ser classificados em dois grandes grupos. O primeiro, nomeado de direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais, no caso, as liberdades sociais e os políticos) e o segundo, os direitos a prestações tem por objeto a

²⁶⁶ Conhecimento, Verdade e Direito Tributário. Conhecimento, Verdade e Direito Tributário, disponível no endereço eletrônico:
http://www.barroscarvalho.com.br/art_membros/FABIANA%20DEL%20PADRE%20TOM%C3%89%20-%20Conhecimento,%20verdade%20e%20direito%20tri.pdf

²⁶⁷ Curso de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 39.

conduta positiva do Estado (direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional).

Esclarece Ingo W. Sarlet²⁶⁸ que enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social.

Aproximando-se as teorias de nomes consagrados como Jellinek, Alexy e Canotilho, é também possível verificar o mesmo caminho onde os “fundamentais” são divididos em: os direitos de defesa e os prestacionais.

J.J. Gomes Canotilho²⁶⁹ entende que os “fundamentais” ligados a “prestações” podem ainda ser classificados em direitos ao acesso e utilização de prestações estaduais e direitos à participação na organização e procedimento.

Já para Robert Alexy²⁷⁰ os direitos a prestações compreendem os direitos prestacionais em sentido amplo, aqui entendidos os direitos à proteção e os direitos à organização e ao procedimento; bem como o direito a prestações em sentido estrito, os direitos sociais de natureza positiva.

Optou-se pela classificação de Ingo W. Sarlet²⁷¹ que assim estruturou sua classificação: direitos fundamentais na qualidade de direito de defesa e direitos fundamentais na qualidade de direito a prestações. Este último pode ser visto de forma ampla e restrita, sendo que de forma ampla divide-se em direitos à proteção e à participação na organização e no procedimento.

Interessa agora apenas o estudo dos “direitos” na qualidade de direitos de defesa, defendido por Sarlet²⁷² como sendo aqueles que traduzem as limitações à atuação estatal.

²⁶⁸ A eficácia dos direitos fundamentais.

²⁶⁹ Estudos sobre Direitos Fundamentais. Constituição e Déficit Procedimental.

²⁷⁰ Teoria dos Direitos fundamentais.

²⁷¹ A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

²⁷² A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Politicamente esta limitação encontra abrigo na idéia de democracia e a constante possibilidade de abuso de poder, que evidentemente pode ser verificada mesmo no Estado Democrático de Direito.

Esta limitação ao poder estatal procura garantir ao indivíduo uma esfera de liberdade, outorgando-lhe a possibilidade jurídica de resistir a interferências indevidas em sua esfera de autonomia pessoal.

Segundo Sarlet²⁷³ os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte do Poder Público, obrigando-os a respeitar determinados interesses individuais por meio da omissão na implementação de interferências extravagantes.

Ressalva a de ser feita ao fato de que esta categoria não elimina a presença do Estado. Por óbvio que o Estado, em determinadas hipóteses excepcionais e sob determinadas condições, não só pode como deve interferir na esfera pessoal mais íntima, mas isto, como já afirmado, fica reservado à excepcionalidade.

Segundo Canotilho²⁷⁴, estes direitos assumem dupla perspectiva:

- a) No plano jurídico-objetivo: normas de competência negativa para o Poder Público²⁷⁵;
- b) No plano jurídico-subjetivo: a outorga do poder de exercer direitos fundamentais e resistir às interferências extravagantes do Poder Público.

O autor identifica como integrantes deste rol de direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa os assim chamados direitos de primeira dimensão, a saber: direitos de liberdade²⁷⁶ e igualdade, e à vida e à propriedade²⁷⁷. Além destes retrocitados, o autor inclui no grupo em análise, grande parte dos direitos políticos, as garantias individuais e parte dos direitos sociais.

²⁷³ Op.cit.

²⁷⁴ Estudos sobre Direitos Fundamentais. Constituição e Défice Procedimental. 1 ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p.72.

²⁷⁵ Equivale dizer que o Estado fica obrigado a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado.

²⁷⁶ Como exemplos de liberdades fundamentais temos a liberdade de locomoção, de consciência, de manifestação do pensamento, de imprensa, de associação e de reunião.

²⁷⁷ Todos inspirados na matriz liberal-burguesa.

Há ainda a classificação pelo enfoque material considerando os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão que consagrou as prerrogativas das liberdades individuais da burguesia do século XVIII, são os chamados de direitos civis e políticos, titularizados pelos indivíduos e oponíveis sobretudo em face da atividade estatal. São exemplos dessa geração o respeito à liberdade e à propriedade privada.

Existem também os direitos fundamentais de segunda geração que encontram-se ligados ao valor da igualdade material, trata-se do reconhecimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, são direitos de titularidade coletiva. A terceira geração dos direitos fundamentais foi fixada pelo valor da solidariedade e compreende a defesa do meio ambiente, a proteção do consumidor, dentre outros.

Há ainda, os direitos fundamentais de quarta geração que podem ser associados às discussões que envolvem o pluralismo e a diversidade, de forma a concretizar os ditames do Estado social.

Como já anunciado anteriormente, os “direitos”, como expostos, são normas correspondentes a bens e vantagens, enquanto as “garantias” tratam de normas que asseguram o exercício destes “direitos”.

Considerando a expressa referência as “garantias” no Título II da Carta Política brasileira, importa definir o perfil destas garantias e a sua posição dentro da classificação proposta.

Importante registrar que um dispositivo constitucional não tem que necessariamente trazer um “direito fundamental”, pode ocorrer, e é bastante comum a ocorrência de um dispositivo, ora ser interpretado como veiculador de um direito fundamental, ora como suporte físico de uma garantia fundamental. Nada justifica a tentativa de individualização absoluta dos conteúdos dos dispositivos.

Garantias institucionais são espécies do gênero garantias fundamentais, que na sua maioria assumem o caráter de direitos-garantias e nem todas as garantias institucionais podem ser qualificadas como fundamentais.

Estes “direitos” e “garantias” foram inseridos na Carta Magna de 1988, e tem um elenco considerável prescrito no artigo 5º no qual estão previstos os direitos, as

garantias e os deveres individuais e coletivos, apesar do vasto rol, o elenco não está restrito ao artigo estando espalhados em diversos outros momentos da Carta.

Desse modo, tem-se: as garantias gerais que tratam da estrutura de uma sociedade democrática, que evidencia o Estado Democrático de Direito (art. 1º); e as garantias constitucionais, mediante as quais a própria Constituição tutela a manutenção ou reintegração dos direitos fundamentais.

Estas garantias constitucionais podem ser classificadas como sendo: garantias constitucionais gerais que são institutos constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e barram o arbítrio com o que constituem e, além disso, trata-se de procedimento garantidor dos direitos fundamentais; e as garantias constitucionais especiais que são normas processuais que atuam na limitação da atuação poder estatal ou de particulares, protegendo a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial, dentre elas: o direito de petição (art. 5º, XXXIV, o direito a certidões (art. 5º, XXXIV, ao habeas corpus (art. 5º, LXVIII), ao mandado de segurança (art. 5º, LXIX), ao mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e ao habeas data (art. 5º, LXXII).

De acordo com Leonardo Greco, encontra-se na Constituição brasileira, um “processo” humanizado e garantístico com respaldo principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º, normas consagradoras das garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna²⁷⁸.

Após constatar a perfeita consonância entre processo e garantia fundamental, é o momento de identificar a prova neste contexto.

²⁷⁸ Garantias fundamentais do processo: O processo justo, Revista Novos Estudos Jurídicos › Núm. 7-14, Abril 2002, disponível na internet no endereço: <http://br.vlex.com/vid/garantias-fundamentais-processo-justo-59307351#ixzz1GxCRbR9G>

4.3.3 Identificação da fundamentalidade do conceito: prova

Após a investigação em relação ao tema: “fundamentais”, percebeu-se que o legislador constituinte de 1988 prescreveu normas consideradas de direitos e garantias fundamentais incidentes sobre o processo podendo citar inúmeras delas, e mais, trata-se de normas direcionadas a todos os participantes daquele ambiente lingüístico.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁷⁹ comenta que importa para o estudo dos “fundamentais” ter presentes três aspectos essenciais imbricados na sua concepção: uma, a normatividade do direito e garantia fundamental, que é norteadora não só da regulação legislativa do processo como também do regramento de condutas das partes no processo e do conteúdo da decisão; duas, a supremacia do direito ou da garantia; três, a normatividade principiológica com capacidade de irradiação sobre as regras existentes e que virão para solução das controvérsias processuais.

Relembra o leitor que no Capítulo 2 deste trabalho, toda a argumentação arquitetada pressupõe um processo sob a interferência do modelo constitucional de processo, informando que o “modelo” orienta e integra todos os participantes da procedimentalidade.

Estudou-se também que o “modelo” assenta-se em Princípios indispensáveis à sua manutenção e que o instituto da prova segue a mesma trilha e também é alçado ao plano constitucional. Explicando melhor, significa dizer que se a Constituição consagrada como garantia fundamental o “devido processo legal”, o “contraditório”, a “ampla defesa”, a “isonomia”, etc., insere-se automática e infalivelmente o instituto da prova nesta estrutura.

Tal afirmativa tem razão de ser, porquanto somente através da linguagem das provas é possível enunciar um evento ocorrido no mundo social para o mundo jurídico. Assim, de nada adiantaria a garantia constitucional ao “devido processo legal” se não estivesse acoplado a este a garantia da representação do alegado, de nada adiantaria arquitetar uma estrutura de possibilidades e fosse bloqueado o direito de a participação e a ampla liberdade argumentativa.

²⁷⁹ Disponível no seguinte endereço eletrônico:
http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=216

Para encerrar, o que a Constituição garante como sendo “fundamental” não é apenas a prova, mas sim, a mais profunda e ampla autorização para a sua produção.

CONCLUSÃO

Logo de início o trabalho traz uma apresentação dos métodos paradigmáticos de compreensão do direito, sendo possível a melhor adequação do pensamento pós-positivismo com as idéias fustigadas ao longo do texto, porém, ficou claro que não se defende a idéia de que tudo pode ser resolvido pela análise do caso em concreto, mas, apenas admite-se a possibilidade de inconsistências e lacunas do direito, devendo este encontrar sua própria resposta com a possibilidade da argumentação também nos princípios, inclusive princípios gerais de direito.

Com as considerações desenvolvidas ao longo deste trabalho foi possível concluir que o direito é um fenômeno de linguagem inserido num contexto de sistema. Sistema este que registra o gênero: normas, que subdivide em: regras e princípios.

Conclui-se também que as normas processuais foram erguidas ao altiplano constitucional, passando a influenciar o legislador infraconstitucional e todos os participantes da processualidade em busca da solução de conflitos e da consolidação de direitos fundamentais, deixando a pecha de mero instrumento de solução de conflitos.

Percebeu-se a existência de um “modelo constitucional de processo” que deve publicizar e irradiar seus efeitos garantistas a todo e qualquer cidadão pertencente ao “Estado Democrático de Direito”.

O processo com fundamento na Constituição tem como sustentá-lo o princípio do devido processo legal, princípio do contraditório e da ampla defesa e o princípio da isonomia, ressaltando que qualquer que seja o processo infraconstitucional, seja através de regras ou de princípios não podem “fugir” aos alicerces acima cravados.

O vocábulo verdade está inserido na linguagem processual, tendo em vista que todos os participantes do processo falam em nome da verdade, porém, foi possível concluir que a tal “verdade” na estrutura processual é construída e dependente das regras e princípios impositivos pertinentes ao caso em cada momento.

Por prova entende-se como sendo a representação, na linguagem do direito, dos eventos ocorridos no mundo real, e assim, não se trata da realidade, mas apenas da articulação jurídica dessa realidade

E por fim, concluiu-se que através das provas torna-se possível a constituição de fatos garantidores do direito. Assim, a produção da prova na sua forma mais ampla traduz-se na garantia constitucional de um direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, tradução Alfredo Bosi, São Paulo: Mestre Jou.

ADEODATO, João Maurício, *Filosofia do direito, Uma crítica à verdade na ética e na ciência* (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann), São Paulo: Saraiva, 1996.

ABELLÁN, Marina Gascón. *La Prueba Judicial: Valoración Racional Y Motivación*, Universidad de Castilla-la Mancha, in http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Artigo disponível no endereço eletrônico http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=216

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed., v. 2. São Paulo: RT, 1996.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: Il modello costituzionale del processo civile*. Torino: Giappichele Editore.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2ed. Ver. Atual. São Paulo: Moderna, 1993.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade e a prova no processo civil*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, tomo II, São Paulo, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana, Renovar, Rio de Janeiro – São Paulo: 2002.

BARRADAS, Raquel de Freitas. *Direito, linguagem e literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações*, Working Paper 6/02, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano 2002.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *O Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição*. Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro* (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2010.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral de Direito Tributário*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1972.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, 1ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*, tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de Filosofia do direito*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Icone, 1999.

_____. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial, uma visão dialética*, São Paulo: Malheiros, 1996.

BOTTALLO, Eduardo Domingos, *A prova no processo administrativo tributário federal, Processo Administrativo Fiscal*, 6º Volume, São Paulo: Dialética, 2002.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRITO, Maria do Socorro Carvalho. *O processo administrativo tributário no sistema brasileiro e a sua eficácia*.

BUENO, Cassio Scarpinella. *O “Modelo Constitucional do Direito Processual Civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. In: *Processo Civil: Novas Tendências*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BULOW, Oscar Von. *Excepciones y presupuestos procesales*, Buenos Aires: Europa-America, 1964.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. V. I. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A, 1941

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v.1.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Política, sistema jurídico e decisão*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Constituição e Défice Procedimental. 1 ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

_____. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, 2.ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

_____. *Processo e Ideologie*, Bologna: In Mulino, 1969.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2002.

_____. *Teoria Geral do Direito*, Tradução de Antônio Carlos Ferreira, São Paulo: Lejus. 1999.

_____. *Instituciones del Proceso civil*. Tomo I. 5º ed. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa América, 1973.

CARVALHO, Cristiano. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Ficções jurídicas no Direito tributário*. São Paulo: Editora Noeses, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *A prova no Procedimento Administrativo Tributário*. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 34.

_____. *IPI - Comentários sobre as regras gerais de interpretação da Tabela NBS/SH (TIPI/TAB)*, São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário, 12.

_____. *Direito Tributário, Linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.

_____. A “interdisciplinarietà” e a autonomia do direito: delimitação do conteúdo do “fato jurídico”. Disponível em: http://www.barroscarvalho.com.br/art_nac/a_interdisciplinarietà.pdf.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, *Direito processual constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 5ª ed., São Paulo: Editora Max Limonad, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. *O Acusado e seu Defensor – a garantia da ampla defesa e os recursos inerentes a ela*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, ano 31, nº122, abr./jun. 1994.

COSTA, Newton Carneiro Afonso. *Ensaio sobre os fundamentos da Lógica*. São Paulo: HUCITEC, Universidade de São Paulo, 1980.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición (póstuma), Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

DESCARTES, René. *Regras para a Orientação do Espírito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Editora Atlas, 8.ª Edição. São Paulo, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 3. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOS SANTOS, Moacir Amaral, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Max Limonad, 1965.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5 ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1983.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García, *La lengua de los derechos, la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, 3ª ed., Madri: Civitas, 2009.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Teoría general del derecho procesal*, Primera edición, Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.

FAZZALARI, Elio, *Instituições de Direito Processual*, Tradução da 8ªed. por Elaine Nassif, 1ª Ed., Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: RT, 1976.

_____. *Por que ler Kelsen hoje*. O Estado de São Paulo, 01/11/81, nº 73, ano II.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os princípios do processo constitucional*, R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 14, n. 1, 2006.

FIGUEIRA DE MELO, Luiz Carlos. *Novos Paradigmas da Processualidade Administrativa no Brasil*, Tese de doutorado UFMG, 2002.

FIGUEIRA, Demerval J. *Filosofia e Lógica Jurídica*, disponível no endereço: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/24/filosofia-e-logica-juridica>.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Latinoamérica : constitución, proceso y derechos humanos*, México: Porruá, 1968.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

GRECO, LEONARDO. *O Conceito de Prova*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004.

_____. *Garantias fundamentais do processo: O processo justo*. Revista Novos Estudos Jurídicos > Núm. 7-14, Abril 2002, disponível na internet no endereço: <http://br.vlex.com/vid/garantias-fundamentais-processo-justo-59307351#ixzz1GxCRbR9G>.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HALL, Stuart, *A identidade cultural na pós-modernidade*, 10ª ed., Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1988.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

JAPIASSÚ, Hilton e Danilo Marcondes. *Dicionário Básico de Filosofia*, terceira edição revista e ampliada, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

JIMÉNEZ, Jesús Armando Colmenares. *El manejo de la prueba en el procedimiento contencioso administrativo venezolano*. Barranquilla: Revista de Derecho de la Universidad Del Norte, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*, Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

_____. *O contraditório e a fundamentação das decisões no Direito processual democrático*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lime; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. São Paulo:Método, 2006.

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

LYRA, Edgar, Heidegger, história e alteridade: sobre a essência da verdade como ponto de partida, Nat. hum. v.8 n.2 São Paulo dez. 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantias Constitucionais do Processo Civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LUONGO, José da Silveira. *Algumas considerações sobre o critério da verdade no direito*, Revista Vidia nº 36, 2001.

MADEIRA, Dhenis Cruz, *Processo de conhecimento & cognição, uma inserção no estado democrático de direito*, Curitiba, Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme, Sergio Cruz Arenhart, *Prova*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *La prueba en la Acción inhinbitória*, trabalho escrito para a coletânea publicada em homenagem ao prof. Hernando Devis Echandía, Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001.

_____. *Garantias Constitucionais do Processo Civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARINS, James, *Direito processual tributário brasileiro, Administrativo e Judicial*, 1ª edição, São Paulo: Dialética, 2001.

MARTELETO, Wagner Filho. *Sistema acusatório e garantismo – Uma breve análise das violações do sistema acusatório no Código de Processo Penal*, Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nº 12, jan/jun 2009.

MARTINS, Fernando Rodrigues, *Controle do Patrimônio Público*, 3ª edição. São Paulo: RT, 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, Inconstitucionalidade e garantia da Constituição, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra, 2005.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, Revista de Processo, vol. 84,

MUINELO, José Carlos, *La institución procesal: implicaciones hermenêuticas a propósito de la consideración interpretativa e argumentativa em la aplicación del derecho*, DOXA 26

(2003),
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/index.htm>

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 7 ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1999.

NORES, Caferrata. *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Depalma. 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise Crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIROS, Raul Tavorali. *Enseñanza del derecho procesal*. Disponível na internet no sitio: www.direitoprocessual.org.br/.../8%20OLIVEIROS,%20Raul%20Tavorali%20-%20Enseñanza%20del%20derecho%20

PAIXÃO JUNIOR, Manuel Galdino da. *Teoria Geral do Processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Ética e Direito*, Martins Fontes, São Paulo: 2005.

_____. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: M. Limonad, 2004

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4.^a edição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001.

PUGLIESI, Marcio. *Teoria do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Filosofia do Direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Processo e verdade: temas para repensar a teoria do processo* - Revista da Faculdade de Direito da UFF vol. 6 - 2002

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de, *Lançamento Tributário*, 2ª edição, São Paulo: Max Limonad, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. , v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SEGADO, Francisco Fernandez, *Los Inicios del Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica: del Control Político al Control Jurisdiccional*, Revista Direito Público, Vol. 1, No 12 (2006).

SHOERPF, Patrícia, A verdade, a lógica e a argumentação na questão da prova, Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 35, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Maria do Rosário Esteves Simone da, *A prova do fato jurídico no processo administrativo tributário*, Tese (doutorado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.

TARUFO, Michelle, *La prueba, artículos e conferencias*, <http://www.filestube.com/49db00187b238b7803ea,g/LA-PRUEBA-MICHELE-TARUFFO.html>

_____. *Algunas consideraciones sobre la relacion entre prueba e verdad*, www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/.../discusiones_03.pdf

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

_____. *Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: *Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *A importância da prova pericial no devido processo legal*. Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil. n. 62. Porto Alegre: Síntese, 2009.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. *Conhecimento, Verdade e Direito Tributário*, disponível no endereço eletrônico:

http://www.barroscarvalho.com.br/art_membros/FABIANA%20DEL%20PADRE%20TOM%C3%89%20-%20Conhecimento,%20verdade%20e%20direito%20tri.pdf

TORRENS, Haradja Leite. *Neo-positivismo e pós-positivismo jurídico nas doutrinas de Herbert Hart e Ronald Dworkin*. In: TORRENS, H. *A expansão do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VAZ, Anderson Rosa. *Introdução ao Direito*, 1ª ed., 1ª reimpr., Curitiba: Juruá, 2009.

VILANOVA, Lorival. *Lógica Jurídica*. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976.

ZANLORENZI, Ivo. Lições de filosofia. Curitiba: Vicentina, 1980

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.
_____. *O direito e sua linguagem*, Porto Alegre: Fabris: 1984.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.