

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
WENDEL DE BRITO LEMOS TEIXEIRA

A PROVA ILÍCITA
NO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL:
(in)admissibilidade e consequências jurídicas

Uberlândia
2013

WENDEL DE BRITO LEMOS TEIXEIRA

A PROVA ILÍCITA
NO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL:
(in)admissibilidade e consequências jurídicas

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos e garantias fundamentais da cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins.

Uberlândia

2013

Wendel de Brito Lemos Teixeira

A prova ilícita no processo civil constitucional: (in)admissibilidade e consequências jurídicas

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pela Comissão Julgadora composta pelos membros:

Aprovado dia 06 de fevereiro de 2013.

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins
(Orientador – CMDIP – UFU)

Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior
(UFMG)

Prof. Dr. Camilo Zufelato
(FDRP/USP)

*À minha amada esposa, Taciana
Neves Miranda de Brito Lemos, que
das escolhas da vida, foi a mais
acertada.*

AGRADECIMENTOS

À minha amada esposa Taciana de Brito, meu grande amor e minha eterna companheira, pelo apoio e carinho a mim devotados, sem os quais tornaria impossível chegar ao fim desta jornada.

À meus pais José Tarcizo Lemos Teixeira e Cleuza Abadia de Brito Lemos Teixeira e meu irmão Rodolfo de Brito Lemos Teixeira, pelo amor imensurável dedicado a mim por conta de tudo e a troca de nada.

Aos Profs. Carlos José Cordeiro e Luiz Carlos Figueira de Melo, pelas valiosas observações e ajuda.

Ao meu estimado orientador, Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins, um dos maiores juristas mineiros, pela grandiosidade de sua paixão pelo Direito e pela nobreza da sua vontade de ajudar as pessoas, inclusive este autor.

Aos Profs. Humberto Theodoro Júnior e Camilo Zufelato, duas estrelas do processo civil brasileiro pela imensurável ajuda na elaboração do presente trabalho.

“Artigo IV

*Fica decretado que o homem
não precisará nunca
duvidar do homem.*

*Que o homem confiará no homem
como a palmeira confia no vento,
como o vento confia no ar,
como o ar confia no campo azul do
céu.*

Parágrafo único:

*O homem, confiará no homem como
um menino confia em outro menino”*

*Thiago de Mello – Estatutos do
Homem*

RESUMO

A presente dissertação busca investigar a admissibilidade ou não da prova ilícita, na atual fase do processo civil, e quais as consequências jurídicas no processo dessa (in)admissibilidade. Para tanto, examinam-se as fases evolutivas do processo civil e chega-se à conclusão sobre a existência de uma nova fase chamada neoprocessualismo ou processo civil constitucional, portadora de características próprias. Estuda-se ainda a relação entre a verdade e a prova, elegendo dentre as principais teorias do conhecimento (teorias da verdade) a teoria da lógico-razoável da linguagem, apontando ser esta a que mais se coaduna com a realidade atual do Direito e da prova no processo civil constitucional. Investiga-se também o conceito de prova; defende-se a possibilidade de um conceito unitário e analisam-se suas características, efeitos e limitações. Estuda-se depois a prova ilícita no seu aspecto histórico e nas principais legislações estrangeiras, além de seu conceito e das teorias tradicionais sobre sua admissibilidade. Tenta-se, assim, contribuir para a sistematização da prova ilícita do processo civil, propondo-se a análise de tal instituto numa perspectiva jus-filosófico (neoprocessualismo e verdade lógico-razoável da linguagem) que culmina no justo processo, por meio da admissibilidade relativa da prova ilícita.

Palavras-chave: Processo civil constitucional – Fases evolutivas – Verdade lógico-razoável da linguagem – Prova ilícita.

RIASSUNTO

La presente dissertazione si propone di investigare l'ammissibilità o meno della prova illecita nella fase attuale del processo civile e quali sono le conseguenze giuridiche procesuale di questa (in)ammissibilità. A questo scopo, si esaminano le fasi evolutive del processo civile e si giunge alla conclusione dell'esistenza di una nuova fase, chiamata neoprocessualismo ovvero processo civile costituzionale, con caratteristiche proprie. Si studia, altresì, la relazione della verità e della prova, eleggendo all'interno delle principali teorie della conoscenza (teorie della verità) la logica-razionale del linguaggio, indicando essere quest'ultima quella che più si trova in consonanza con la realtà attuale del Diritto e della prova nel processo civile costituzionale. Ancora, si indaga sul concetto di prova, difendendo la possibilità di una concezione unitaria, e viepiù si analizzano le sue caratteristiche, i suoi effetti e le sue limitazioni. Si studia, successivamente, la prova illecita nel suo sembiante storico e nelle principali legislazioni straniere, oltre al suo concetto ed alle teorie tradizionali riguardo la sua ammissibilità. Cerchiamo di contribuire alla sistematizzazione delle prove illecite nella procedura civile, proponendo l'analisi di tale istituto nell'a prospettiva jus-filosofica (neoprocessualismo e verità logica ragionevole del linguaggio) che culmina nel giusto processo, di ammissibilità delle prove relative illegale.

Parole-chiavi: Processo civile costituzionale - Fasi evolutive - Verità logica-ragionevole del linguaggio – Prova illecita.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. AS FASES EVOLUTIVAS DO PROCESSO CIVIL.....	13
1.1. Sincretismo.....	14
1.2. Autonomismo ou processualismo.....	14
1.3. Instrumentalismo do processo.....	17
1.4. Neoprocessualismo: processo civil constitucional.....	21
2. A PROVA.....	45
2.1. A busca da verdade e a prova.....	45
2.1.1. As teorias da verdade (teorias do conhecimento).....	48
2.1.1.1. A verdade por correspondência.....	48
2.1.1.2. A verdade por revelação (manifestação).....	49
2.1.1.3. A verdade por coerência.....	50
2.1.1.4. A verdade por utilidade (pragmática).....	51
2.1.1.5. A verdade por consenso.....	51
2.1.1.6. A verdade lógico-razoável da linguagem.....	52
2.2. A relação da prova com a verdade lógico-razoável da linguagem.....	60
2.3. Conceito.....	61
2.4. Fases da prova.....	68
2.5. A prova como direito fundamental.....	71
2.5.1. Origem dos direitos e garantias fundamentais.....	71
2.5.2. Diferenciação entre direitos e garantias fundamentais.....	73
2.5.3. Os direitos fundamentais implícitos e os pseudo-direitos fundamentais.....	73
2.5.4. A importância da prova.....	76
2.5.5. A prova como direito fundamental implícito e os efeitos jurídicos desse reconhecimento.....	77
2.5.5.1. Vinculação dos poderes públicos e particulares.....	79
2.5.5.2. Aplicabilidade imediata.....	84
2.5.6. Âmbito de proteção da direito fundamental à prova.....	85
2.5.7. Limitações ao direito fundamental à prova.....	86
2.5.7.1. Limitações diretamente constitucionais.....	88
2.5.7.2. Limitações indiretamente constitucionais.....	89

2.5.7.3. Colisão com direitos fundamentais ou outros valores constitucionais.....	90
2.5.7.4. Técnica do sopesamento (ou ponderação) nas hipóteses de limitações (direta e indiretamente constitucionais) e colisões de direitos fundamentais.....	97
2.5.7.5. Limites das limitações ao direito fundamental à prova.....	105
3. A PROVA ILÍCITA.....	108
3.1. Escorço histórico.....	108
3.2. Direito estrangeiro.....	110
3.2.1. Alemanha.....	110
3.2.2. Espanha.....	114
3.2.3. Estados Unidos.....	116
3.2.4. Itália.....	121
3.2.5. Tendências do direito estrangeiro.....	123
3.3. Teoria geral do processo.....	124
3.4. Conceito.....	126
3.5. Diferenciação da prova atípica.....	128
3.6. Diferenciação do sistema de prova legal.....	129
3.7. Teorias tradicionais sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo civil.....	132
3.7.1. A admissibilidade absoluta da prova ilícita.....	132
3.7.2. A inadmissibilidade absoluta da prova ilícita.....	133
4. A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL: A ADMISSIBILIDADE RELATIVA DA PROVA ILÍCITA E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.....	137
4.1. Controle da admissibilidade.....	143
4.1.1. Postulado da proporcionalidade.....	144
4.1.2. Motivação da decisão.....	146
4.2. Aplicação da teoria em casos concretos.....	148
4.3. Consequências jurídicas da (in)admissibilidade da prova ilícita no processo civil constitucional.....	152
4.3.1. Admissibilidade da prova ilícita no processo.....	152
4.3.2. Inadmissibilidade da prova ilícita no processo.....	153
4.3.2.1. Inexistência jurídica da prova ilícita inadmitida no processo.....	153

4.3.2.2. Desentranhamento da prova ilícita inadmitida no processo.....	155
4.3.2.3. Teoria da descontaminação do julgado.....	156
4.3.2.4. Existência jurídica de decisão embasada unicamente ou de forma determinante em prova ilícita inadmitida no processo.....	157
4.3.2.5. (In)admissibilidade de prova derivada de prova ilícita inadmitida no processo.....	158
4.3.2.6. (Im)possibilidade de utilização no processo civil de prova emprestada taxada como ilícita pelo juízo criminal.....	160
4.3.2.7. Possibilidade de utilização de ação rescisória para declarar a nulidade da decisão judicial baseada em prova ilícita que não podia ser admitida no processo.....	161
CONCLUSÃO.....	164
BIBLIOGRAFIA.....	174

INTRODUÇÃO

Nota-se que tanto na doutrina como na jurisprudência há grande dificuldade no trato da prova ilícita na atual fase do processo civil, notadamente no que se refere à sua admissibilidade ou inadmissibilidade e respectivas consequências jurídicas.

Em análise da literatura jurídica, observa-se também a escassez de trabalhos a respeito da (in)admissibilidade da prova ilícita no processo civil (principalmente sob a ótica da atual fase evolutiva do processo civil), o que é força motriz para a realização do presente labor.

Igualmente, percebe-se que a lacuna literária jurídica é incompatível com a importância da matéria, pois, como mencionado por Aureliano Gusmão, o “Direito Probatório é o ponto culminante de toda a processualística”¹, sendo a prova, segundo aponta Souza Pinto, “a alma do processo”². Alessandro Giuliani chega a mencionar que “toda a ciência jurídica se reduz a uma ciência de prova, e o direito o não existe independentemente da sua prova”³.

Assim, a intenção deste trabalho é verificar qual a atual fase evolutiva do processo civil, como a prova ilícita deve ser vista neste período e investigar se há possibilidade ou não de sua utilização nesta etapa da processualística civil com as respectivas consequências jurídicas, contribuindo para a evolução do instituto jurídico da prova ilícita com o objetivo último de viabilizar a realização de um processo justo.

Para cumprir a proposta aqui externada, elege-se a pesquisa teórica e jurisprudencial do STF e do STJ, com compilação e revisão de material bibliográfico acerca das questões aqui citadas, utilizando-se do método dedutivo e comparativo.

Para tanto, a dissertação se divide em 4 (quatro) capítulos. No primeiro capítulo, busca-se analisar as fases evolutivas do processo civil e verificar se atualmente estar-se-ia diante de uma nova fase de desenvolvimento de tal ramo do direito, e no caso de se entender positivo, apurar qual fase é esta, bem como suas características.

No segundo capítulo, disserta-se sobre a prova, sua relação com a verdade, sua conceituação, suas fases, sua caracterização ou não como direito fundamental e os respectivos efeitos desta (não) caracterização, além de suas limitações.

¹ GUSMÃO, Manuel Aureliano de. *Processo Civil e Comercial: explanação de um programa*. Vol. II. São Paulo: Saraiva & Cia., 1924, p. 11.

² SOUZA PINTO, José Maria Frederico. *Primeiras linhas sobre o processo civil brasileiro*. Tomo I. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert Editores, 1850, p. 158.

³ GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè Editore, 1971, p. 233.

Já no terceiro capítulo, aborda-se a prova ilícita no que se refere aos aspectos históricos, ao tratamento alienígena, à existência ou não de uma teoria geral do processo e da prova, à conceituação, à diferenciação das provas atípicas e ao sistema legal de prova, bem como às teorias tradicionais sobre a admissibilidade da prova ilícita.

No quarto capítulo, estuda-se a teoria sobre a admissibilidade relativa da prova ilícita no processo civil constitucional, seu controle de admissibilidade e aplicações em casos concretos, bem como as consequências jurídicas da admissibilidade ou não da prova ilícita no processo judicial.

Esta é a nossa caminhada.

1. AS FASES EVOLUTIVAS DO PROCESSO CIVIL

O processo civil é um dos ramos do Direito que mais fascina os estudiosos da ciência jurídica no Brasil, o que pode ser facilmente vislumbrado pela grande quantidade de publicações (ainda mais se comparadas com outras disciplinas), de congressos e estudos, de professores de graduação e pós-graduação que ministram a matéria, de trabalhos de conclusões de curso, dentre outros exemplos.

Tal fascínio deve-se, dentre outras coisas, ao desafio de se estudar matéria complexa, à cultura brasileira de supervalorizar o processo judicial e as normas processuais, ao crescimento desenfreado de demandas judiciais e à crença da população pátria na jurisdição como meio essencial de resolver conflitos. E este processo civil, como todo ramo do Direito, está, desde seu nascimento, sujeito às variações do tempo e do espaço, passando por fases⁴, as quais serão tratadas no presente escólio.

Pretende-se neste estudo estudar as etapas de evolução do processo civil e investigar se no atual momento está se vivendo um novo período de desenvolvimento deste ramo do Direito. É nosso intento ainda – caso se entenda estar diante de um novo período de progresso do processo civil – investigar quais são as suas características e como tal fase influencia a interpretação e a aplicação da processualística civil.

Cumpra salientar de antemão que a doutrina majoritária defende a existência de três ondas desenvolvimentistas do processo civil: a) o sincretismo; b) o autonomismo ou processualismo e c) o instrumentalismo ou instrumentalidade do processo. Importante esclarecer também que cada uma das etapas de desenvolvimento do processo civil teve ou tem sua importância e seu ciclo, surgindo de tempos em tempos uma nova fase, pois quando a sociedade muda, o direito há de mudar. Faz-se necessário esclarecer, ainda, que cada um dos períodos, em alguns momentos, não possui uma separação estanque, totalmente divida. Ao contrário, esses períodos muitas vezes se imiscuem um no outro e criam uma verdadeira zona gris, com características inerentes a mais de uma fase.

⁴ Fases evolutivas do processo civil são frações de tempo e espaço em que não se vigorou o processo civil ou vigorou com determinadas características significativas próprias diferenciadoras de outros períodos.

1.1. Sincretismo

O período chamado de sincretismo, que antecedeu o reconhecimento do processo civil como ciência, foi o mais longo de todos, tendo perdurado até 1868 (data do nascimento do autonomismo).

Conforme se percebe do próprio *nomen iuris*, nessa etapa, a relação processual fundia-se (era sincrética) com a relação material. A ação era o próprio direito material subjetivo exercido em juízo e nada mais, não podendo ser visualizada ou imaginada em apartado. Valia a máxima *Actio autem nihil aliud est quam jus persecuendi in iudicio quod sibi debeatur* (ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que lhe é devido).

Nesse interregno, pode-se falar tão somente do processo civil como técnica e não como ciência, haja vista que não havia preocupação crítica e metodológica, além do que em muitas vezes nem racionalidade existia. Houve momentos desse período, exemplificativamente, em que a regra de prova era direcionada a Deus para que decidisse quem possuía a razão.

Somente existia processo como procedimento como “simples mecânica dos trâmites”⁵. Outrossim, conforme ensina Dinamarco, na etapa sincrética o conhecimento era meramente empírico⁶. Apesar de ausente preocupação crítica e metodológica, tal período, em seu findar, já possuía consideráveis traços de organização e experiência.

1.2. Autonomismo ou processualismo

Apesar das limitações do período sincrético e notadamente da técnica, tal período foi essencial para o nascimento da ciência processual civil porque já possuía – como dito alhures – organização e experiência, conforme leciona Aroldo Plínio Gonçalves em sua obra *Técnica processual e teoria do processo*⁷.

⁵ ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo I. Bogotá: Editorial ABC, 1974, p. 32.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 255.

⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 31-35.

O pontapé inicial para o surgimento da autonomia do direito processual civil (autonomismo ou processualismo) deu-se na Alemanha com o debate entre Benhard Windscheid e Theodor Muther travado em 1856.

Até 1856, como conta Pugliese, nem ao menos se levou a sério a possibilidade de a *actio* (ação) romana ser diversa da ação moderna, apesar da advertência do romanista Ortolan de que o significado da *actio* romana para os sistemas jurídicos havia sofrido mudanças no decorrer da história⁸.

Inobstante a pouca profundidade e coerência do entendimento de que a *actio* romana equivalia à ação moderna, esta posição reinou por longo período tranquilamente até quando Windscheid, em 1856, escreveu o artigo chamado *A actio do direito civil romano, do ponto de vista do direito atual (ou moderno)* (*Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*) advogando a diferenciação entre a *actio* romana e a ação moderna, bem como a de que a ação moderna assegurava um direito subjetivo material.

No ano seguinte, Theodor Muther, apesar de contar com apenas 30 anos, de ter sido recém-nomeado para professor extraordinário da Universidade de Königsberg e não ter uma rica produção intelectual, escreveu artigo criticando o trabalho anterior de Windscheid (que era quase dez anos mais velho, consagrado professor de Bonn e da Basileia e convidado a Greifswald, além de possuir vasta e consagrada produção intelectual)⁹.

O trabalho de Muther foi intitulado *Sobre a doutrina da actio romana, do moderno direito de queixa, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações* (*Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen*). Neste artigo, Muther defende a similitude entre a *actio* romana e a *actio* moderna.

Ainda em 1857, Windscheid escreveu em réplica outro artigo chamado *A actio. Réplica a Theodor Muther* (*Die Actio Abwehr gegen Dr. Theodor Muther*), no qual manteve sua tese, aperfeiçoando-a com a incorporação de algumas poucas críticas realizadas por Muther e deixando claro que o direito de ação (que dizia respeito ao processo) divergia do direito material, servindo o primeiro para tutelar o segundo ou até quem não tivesse direito material algum.

⁸ Introdução de PUGLIESE in WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polêmica sobre la 'actio'*. Trad. Tomás A. Banzhaf, 1974, p. XII.

⁹ Introdução de PUGLIESE in WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polêmica sobre la 'actio'*. Trad. Tomás A. Banzhaf, 1974, p. XVII.

Posteriormente (1868), Oskar Robert Arthur von Bülow, ou simplesmente Oskar von Bülow, publicou a obra *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais* (*Die Lehre von den Prozesseireden und die Processvoraussetzungen*) na qual prega de forma contundente, a existência de uma relação processual autônoma (relação triangular entre o juiz e as partes) e de um direito processual, reivindicando a esta ramificação do direito, nas palavras de Castro Mendes, “um domínio verdadeiramente científico-jurídico”¹⁰. Neste sentido, destaca-se que, no prólogo da sua obra histórica, von Bülow inicia seu texto chamando o processo civil de “ciência”¹¹.

O processo, nesse passo, é visto como relação jurídica pública que “não se identifica com as relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial porque estas se apresentam totalmente concluídas, enquanto aquela se encontra apenas no embrião”¹², ou seja, o processo refoge do âmbito privado porque deixa de ser visto como de interesse somente das partes para ser abarcado no âmbito público, por ser do escopo do Estado aplicar a lei ao caso concreto.

Dessa forma, a obra de Oskar von Bülow, que foi dedicada a Rudolf Ihering, é a certidão de nascimento do direito processual civil, ou seja, do processo civil como ciência.

A aceitação da tese de von Bülow foi rápida, tendo inclusive dado origem à era das codificações do processo civil. Vários Códigos de Processo Civil foram editados: austríaco (1895), húngaro (1911), português (1939), brasileiro (1939), italiano (1940), dentre outros¹³.

A precitada obra também estimulou uma legião de estudiosos de tal ramo do direito por todas as partes do mundo, notadamente na Alemanha, na Áustria e na Itália, como Adolfo Wach, Degenkolb, Plósz, Klein, Rosenberg, James Goldschmit, Wolf, Köhler, Stein, Hellwig, Kisch, Lent, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, dentre outros.

Com Chiovenda e seus estudos na Universidade de Bolonha em 1903, o direito processual civil recebeu esta nomenclatura e teve outro grande salto de desenvolvimento¹⁴.

¹⁰ MENDES, João de Castro. *Direito processual civil*. Lisboa: Faculdade, 1973, p. 7.

¹¹ BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964, p. XV.

¹² CARREIRA ALVIM, J. E. e CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 36.

¹³ O ZPO alemão de 1877 (que ainda se encontra em vigor) apesar de editado primeiro, não teve a base científica do direito processual civil, o que só obteve após reformas posteriores.

¹⁴ SATTA, Salvatore e PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. PADOVA: Rivista di diritto processuale, n. 3, 1992, p. 703.

Assim, nasceu e floresceu o processo civil como ciência, com racionalidade, metodologia e criticismo, ainda que em menor intensidade.

No período do autonomismo ou processualismo surgiram as grandes bases teóricas do processo civil atual, sua sistematização, as definições de conceitos, seus princípios e as principais codificações.

Por outro lado, como herança do liberalismo do final do século XIX e da desconfiança quanto à atuação do Poder Judiciário, houve grande apego à legalidade, devendo o intérprete do processo civil da época se ater apenas à legislação, independentemente do resultado da aplicação do direito, partindo-se de uma suposta completude do sistema. Mauro Cappelletti também deixa claro que o autonomismo foi erguido sob a égide do individualismo, não se atentando e dando relevância para os grupos intermediários e coletividades.¹⁵

Diante dessas características, também se engessou muito a aplicação do Direito pelo operador jurídico. O autonomismo também não possuía preocupação ética ou deontológica. Ainda se deu demasiada importância às formalidades, fazendo-se sacrificar muitas vezes o direito material por filigranas processuais.

A efetividade da prestação jurisdicional era um capítulo de pouca ou quase nenhuma preocupação nessa fase desenvolvimentista do processo civil. O processo civil era um fim em si, pouco importando seu resultado e sua efetividade. Não eram raras as vezes em que alguma das partes saía vitoriosa na demanda judicial e não conseguia levar a termo sua vitória, por ausência de efetividade e grande burocracia processual, em uma intensidade muito maior do que ocorre atualmente.

1.3. Instrumentalismo do processo

Como mencionado anteriormente, apesar do enorme desenvolvimento do direito processual civil no período sincrético, este período não se deu à luz de preceitos éticos ou deontológicos. Em muitas vezes, também não se deu o grande aprofundamento crítico necessário, além de se fazer sobrepor o direito processual ao direito material, tornando o processo um fim em si. Ainda houve excessivo culto à forma, gerando

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. Revista de Processo, São Paulo, Vol. 5, jan-mar. de 1977, p. 128.

enormes injustiças, impossibilidade de resolução satisfatória das situações legalmente não previstas e inefetividade do Poder Judiciário.

Verificou-se então a necessidade de deslocar o foco da análise da causa para os efeitos da aplicação do processo civil, ou seja, superar a mera aplicação fria da lei para adotar aquela realizada à luz das finalidades dos atos.

Esta necessidade fez surgir a instrumentalidade do processo, consagrada como a terceira fase de desenvolvimento do processo civil.

Tal movimento originou-se de estudos e apontamentos surgidos na Itália, mais especificamente a partir da palestra proferida por Piero Calamandrei em 1952, denominada *Processo e Democracia*, tendo grande impulso com os posteriores estudos promovidos por Mauro Cappelletti e Vittorio Denti, os quais foram trazidos ao Brasil na década de 80 por Cândido Rangel Dinamarco.

A instrumentalidade do processo tem por escopo evitar “os males do exagerado processualismo (tal é o aspecto negativo do reconhecimento do seu caráter instrumental) – e ainda cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível”¹⁶. Tal movimento altera o objeto central do processo civil da ação para a jurisdição, visando fazer com que sejam sobrepostos os fins da norma aos meios.

A instrumentalidade do processo teve bons frutos, tanto no aspecto da interpretação e da aplicação do direito, quanto do próprio processo legislativo. Operadores do Direito, notadamente os magistrados, passaram a decidir à luz da instrumentalidade do processo, dispensando o rigor excessivo da forma quando o ato tenha atingido sua finalidade, se recusando a decretar nulidades sem prejuízo¹⁷, negando a produção de provas inúteis ou desnecessárias¹⁸, facilitando o acesso à Justiça etc. No campo legislativo, houve grande

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 366.

¹⁷ “PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO E ALCANCE DA FINALIDADE. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO. COLOCAÇÃO EM MESA, POR INADMISSIBILIDADE. INOBSERVÂNCIA DOS ARTS. 551 E 552, CPC. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. II - O Código de Processo Civil (arts. 551 e 552) exige que o julgamento da apelação seja precedido de conclusão ao revisor e inclusão do feito em pauta, com publicação dessa no órgão oficial com antecedência mínima de 48(quarenta e oito) horas, desde que como apelação tenha sido recebida, sem embargo da irregularidade em sua interposição. II - Não há que se declarar a nulidade do ato se a ausência de intimação da parte não lhe causa prejuízo e atinge a finalidade” (STJ – REsp 111994/RJ – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJ 12/04/1999).

¹⁸ “PROCESSO CIVIL. PROVA. DESNECESSIDADE. A PRODUÇÃO DA PROVA NECESSARIA AO DESATE DA LIDE NÃO PODE SER INDEFERIDA; JÁ A PROVA INUTIL, COM FINALIDADE DE PROCRASTINAÇÃO DEVE, SIM, SER OBSTADA - CARACTERIZANDO-SE COMO TAL AQUELA QUE VISA A DEMONSTRAR FATO ADMITIDO EXPRESSAMENTE PELA OUTRA

proliferação no Brasil de legislação pensada e promulgada com fulcro na instrumentalidade do processo, como no caso dos Juizados Especiais, das Ações Cíveis Públicas, das Ações Diretas de Constitucionalidade, do Código de Defesa do Consumidor etc. O produto legislativo do período da instrumentalidade do processo apoiou-se em duas vigas: busca da efetividade do processo e tutela de interesses metaindividuais.

Apesar das falhas (comuns a qualquer período do desenvolvimento de qualquer ramo do Direito), o instrumentalismo processual melhorou muito o sistema jurídico pátrio ao aprimorar a efetividade, o acesso à justiça, ao trazer economia processual e financeira para os sujeitos processuais etc. Basta pensar o que seria da nação e dos jurisdicionados sem seus frutos. Os problemas hoje existentes (ex.: dificuldade de acesso à Justiça, morosidade e injustiça do processo) seriam infinitamente maiores. Por tudo isto, o Brasil deve muito ao professor Cândido Rangel Dinamarco.

Inobstante seus méritos, o próprio Cândido Rangel Dinamarco em sua obra *Nova era do processo civil* publicada em 2003 já deixava a entender ter a instrumentalidade do processo cumprido seu papel ao externar que estava se passando por um período de mudança de épocas, em busca de um modelo processual compatível com a realidade atual. Em suas palavras,

Ninguém duvida de que o processo civil está no tempo presente em busca de sua própria identidade e da construção de um modelo fiel às novas realidades da sociedade atual, mas também ninguém vê com clareza alguma os caminhos do futuro dos sistemas processuais. (...) Diante do que já se viu, do que já se propôs, se discutiu, se aceitou no direito positivo e nas práticas dos juízes, é lícito afirmar que a busca de soluções de aperfeiçoamento está encetada e em plena efervescência nos escritos dos juristas e o na evolução do direito processual civil¹⁹.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também entende ter ocorrido a superação da fase da instrumentalidade do processo, afirmando em sua obra que “o mais relevante de tudo – com repercussão em diversas passagens desta edição – talvez tenha sido, no entanto, a

PARTE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO” (STJ – REsp 142563/RS – 2ª Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – DJ 02/04/1998).

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 11 e 18.

constatação de que a tese detecta uma nova fase metodológica do fenômeno processual, superando o mero instrumentalismo[...]"²⁰.

Como todos os outros períodos de crescimento da disciplina processual civil, a instrumentalidade do processo chegou a seu ponto de estrangulamento principalmente por não dar tanto relevo aos preceitos constitucionais e notadamente aos direitos fundamentais²¹.

Os preceitos constitucionais e, principalmente, os direitos fundamentais (núcleo de proteção de todo o direito) no âmbito do instrumentalismo do processo não possuem tratamento diferenciado²², fazendo com que muitas vezes a busca pela efetividade sacrifique tais direitos. A instrumentalidade das formas passou, em alguns casos, a sobrepor-se a direitos fundamentais. Um dos extremos desta situação pode ser percebido no processo do trabalho, mas que bem representa o que também ocorre no processo civil.

A Súmula 293 do TST dispõe que o Juiz pode condenar o empregador em insalubridade com base em agente insalubre não apontado na petição inicial pelo empregado, mas encontrado pelo perito quando da realização da prova pericial²³. Ou seja, na hipótese de o Reclamante alegar que tenha insalubridade decorrente de poeira e a Reclamada fazer defesa contestando esta alegação, se o perito realizar a perícia e não constar a insalubridade por tal agente, mas encontrar insalubridade por radiação não ionizante, por exemplo, o empregador será condenado.

O empregador será condenado em insalubridade com base em agente insalubre que não tenha sido alegado e sobre o qual não se tenha tido oportunidade de fazer prévia defesa. Trata-se das chamadas decisões de surpresa, caracterizadas por “decisões fundadas sobre a resolução de questões de fato e de direito não submetidos à discussão com as partes e não indicadas preventivamente pelo juiz”²⁴.

²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. XIII.

²¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

²² Neste sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

²³ TST. Súmula nº 293 - Perícia - Agente Nocivo Diverso do Apontado na Inicial - Adicional de Insalubridade - Causa de Pedir A verificação, mediante perícia, de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade.

²⁴ NUNES, Dierle *et al.* *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 85.

Sob a alegação de instrumentalidade, às vezes, o Julgador sai de sua imparcialidade e se traveste de parte ao substituí-la na ordenação de prova que deveria ser por esta realizada. Assim, a instrumentalidade foi levada a extremo, notadamente no que se refere à efetividade, fazendo com que se cobrasse, em diversas oportunidades, um alto preço por aquela: os direitos fundamentais dos envolvidos.

Diante da morosidade e do crescimento exponencial da demanda judicial, a instrumentalidade passou a centrar-se na celeridade, mas, em algumas situações, não veio acompanhada de preocupação com o contraditório ou com a justiça²⁵. O arbítrio judicial não poucas vezes foi justificado com base na instrumentalidade das formas²⁶.

Por conseguinte, apesar de a instrumentalidade do processo ter tido suas imperfeições, natural a tudo o que vem da natureza humana, cumpriu com grandes méritos seu papel e seu ciclo, contribuindo para a evolução do processo civil, dando – com sua superação – lugar a uma nova fase de desenvolvimento do processo civil.

1.4. Neoprocessualismo: processo civil constitucional

Passado pouco mais de 150 anos do nascimento do direito processual civil como ciência e 30 anos do surgimento da instrumentalidade do processo no país, vive-se uma nova etapa do processo civil. Além da superação da fase instrumentalista do processo, houve uma mudança drástica na forma de interpretar e aplicar o direito processual civil (principalmente no que diz respeito à sua relação com a Constituição Federal), gerando a revisitação de conceitos e de todo sistema processualístico civil, pelo que se acredita estar em um novo ciclo de desenvolvimento desse ramo do Direito.

Segundo já mencionado, o professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira denomina a nova fase do processo civil como formalismo-valorativo e coloca como suas características: a) a prevalência dos direitos fundamentais; b) a subordinação da técnica como instrumento para alcance do valor fundamental; c) a realização de justiça material no caso concreto; d) a existência de um juiz ativo e cooperativo²⁷.

²⁵ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Método, 2008, p. 25.

²⁶ ABOUD, Georges e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O dito e não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual*. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 166, ano 33, 2008; p. 66.

²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

Apesar do pioneirismo e da genialidade da proposta, acredita-se que a expressão formalismo-valorativo não abarca todas as peculiaridades da nova fase do processo civil e tampouco contém todas as características desta. Entende-se que a designação neoprocessualismo, ou processo civil constitucional, por sua vez, é mais recomendado por expressar melhor a nova fase do processo civil, bem como por ser compatível com todas as características desta (notadamente a influência neoconstitucional), conforme passamos a demonstrar.

A expressão neoprocessualismo foi primeiro cunhada no Brasil por Eduardo Cambi em obra homônima²⁸ para designar o instrumentalismo do processo numa nova roupagem compatibilizada com o garantismo (tutela dos direitos processuais das partes).

Apesar de se entender adequada a denominação (neoprocessualismo), as características percebidas neste estudo são mais amplas e um pouco diversas das referidas por Eduardo Cambi. Pode-se definir este neoprocessualismo como o neoconstitucionalismo aplicado ao direito processual civil, o que acarreta por óbvio que a definição de neoprocessualismo passe anterior e obrigatoriamente pela compreensão do fenômeno do neoconstitucionalismo e da análise prévia do momento em que tal teoria surgiu.

A situação anterior ao neoconstitucionalismo era totalmente diversa da atual. Como escrevemos em outra oportunidade²⁹, o direito constitucional (emanação do direito público) e a legislação ordinária não se misturavam. Como bem relembra Luis Roberto Barroso, antigamente, no país, valorizava-se a legislação infraconstitucional, portarias e atos administrativos³⁰. Daniel Sarmento deixa claro que “até 1988 a lei valia muito mais que a Constituição no tráfico jurídico, e, no direito público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei”³¹. No campo do direito processual civil, por exemplo, prevalecia o Código de Processo Civil em detrimento da Constituição Federal. A Constituição Federal possuía pouquíssima aplicabilidade, parecendo muitas vezes

²⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

²⁹ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A desconsideração da personalidade jurídica nas associações civis em relações de consumo à luz do neoconstitucionalismo. In MARTINS, Fernando Rodrigues e LOTUFO, Renan (Orgs.) *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva 2010, pp. 197-216.

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. XX.

³¹ Neste sentido: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel, LEITE, Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

mera carta de boas intenções ou uma obra poética e quando muito era apenas aplicada nas relações entre o Estado e o povo.

Pietro Perlingieri afirma que outrora na Itália (o que também se aplica ao Brasil), a Constituição não influenciava a interpretação da lei ordinária³². O apego à limitada e rígida legislação infraconstitucional deparava-se com quebras no sistema^{33 34} que se mostravam intransponíveis.

A forma tradicional de interpretação e aplicação do direito estava defasada, pois se verificou que não havia a completude do sistema (como se imaginava). A identificação do direito com a lei e a não admissão de princípios como norma limitava a interpretação e a aplicação do direito e os fins a que se prestava. Ainda havia insuficiência de critérios para resolver as antinomias mais complexas.

Em paralelo, cresceram vultosamente, no âmbito mundial, movimentos e declarações de direitos humanos e a preocupação ética com o Direito, principalmente após períodos traumáticos da humanidade, como as Guerras Mundiais, quando, segundo Eric Hobsbawn, ocorreram as “megamortes”, falecendo mais pessoas por vontade humana do que em toda história³⁵.

Diante desse cenário, surgiu a doutrina denominada neoconstitucionalismo. Entende-se que a teoria neoconstitucional tornou-se possível no pós-positivismo graças ao advento do giro-linguístico³⁶ a ser tratado no capítulo 2, haja vista que no positivismo defendia-se a completude do sistema, e a interpretação e a aplicação do direito davam-se de forma rígida, sem sopesamento/ponderação, além de não se admitirem os princípios como normas.

O neoconstitucionalismo somente veio a aportar no Brasil após o marco histórico, filosófico e teórico da Constituição de 1988. Nessa carta constitucional, ocorreu a consagração no ordenamento jurídico pátrio dos direitos humanos (o que já vinha ocorrendo em todo mundo, principalmente após as Guerras Mundiais) e da democracia, tendo aquela ainda ganhado força normativa e supremacia.

³² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 571.

³³ Quebras sistemáticas são contradições de valores e princípios. CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 285.

³⁴ Também chamadas de “falhas lógicas no sistema” por NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparatto. São Paulo: 2010, p. 321.

³⁵ HOBBSAWN, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 21.

³⁶ Neste sentido: ABBoud, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 47.

Esse ambiente de onipresença da Constituição Federal de 1988 consolidou a nova fase da relação da legislação ordinária com o direito constitucional no país: o neoconstitucionalismo, que se caracteriza principalmente pela constitucionalização do direito³⁷, o que já havia ocorrido anteriormente mundo afora (notadamente na Alemanha, Espanha e Itália).

Seja no direito privado ou no direito público, os institutos jurídicos passaram a ser repensados diante do fenômeno denominado de neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional:

[...] identificado como um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional³⁸.

O fenômeno do neoconstitucionalismo é, na voz de Luis Prieto Sanchís, uma nova cultura jurídica³⁹ em contraposição ao antigo constitucionalismo (movimento político-social com o escopo principal de limitar o poder arbitrário) por meio de constituições (escritas ou não).

O neoconstitucionalismo é uma verdadeira teoria geral do direito e verdadeiro modo de interpretação e aplicação.

A consideração da existência do neoconstitucionalismo é motivo de grande celeuma porque envolve doutrinadores de linhas teóricas diversas, tendo a referida expressão sido intensamente divulgada por Miguel Carbonell numa série de livros sobre o tema publicados na Espanha a partir de 2003⁴⁰. Autores como Humberto Ávila⁴¹ e Dimitri Dimoulis⁴² criticam esta perspectiva de neoconstitucionalismo.

³⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 369.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

³⁹ SANCHÍS, Luis Pietro. *El constitucionalismo del derecho*. IN: CARBONELL, Miguel. (Org.) *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 213.

⁴⁰ CARBONELL, Miguel (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003; CARBONELL, Miguel. (Org.) *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Editorial

Entende-se, no entanto, que a expressão deve ser utilizada a uma porque, ainda que absorvendo doutrinadores de linhas teóricas variadas, tais doutrinadores podem ser agrupados por identidade de alguns aspectos⁴³ (como a constitucionalização do Direito); a duas porque a expressão tem sido fortemente utilizada em nível mundial (inclusive no Brasil^{44 45}); e a três pela sua importância didática ao se permitir a identificação e mais fácil compreensão de um fenômeno de grande envergadura. Há aderência a esta corrente

Trotta, 2007; CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo Garcia (Org.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

⁴¹ ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”* in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel e BINEBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; p. 187-202.

⁴² DIMOULIS, Dimitri. *Uma visão crítica do neoconstitucionalismo*. in LEITE, George Salomão e LEITE, Glauco Salomão. *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008; p. 43-60.

⁴³ CARBONELL, Miguel. *Nuevos tiempos para el Constitucionalismo in Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 9-12.

⁴⁴ Adotam a expressão e a teoria neoconstitucional dentre outros: BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 10 jun. 2012; BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel e LEITE, Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 11; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

⁴⁵ Também nos tribunais: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO O SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ O, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (...) (STF – RE 477554 AgR/MG – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 16/08/2011).

por vários autores como Miguel Carbonell⁴⁶, Luís Roberto Barroso⁴⁷, Daniel Sarmento⁴⁸, Luiz Guilherme Marinoni⁴⁹, Luis Prieto Sanchís⁵⁰, Carlos Bernal Pulido⁵¹, Georges Abboud⁵², Ingo Wolfgang Sarlet⁵³, Eduardo Cambi⁵⁴, Fredie Didier Jr.⁵⁵ dentre outros.

Com o neoconstitucionalismo, institutos jurídicos processuais civis, administrativos etc. tiveram que ser repensados, além de terem sua aplicabilidade revisada, agora à luz da Constituição Federal de 1988 (no caso do Brasil)⁵⁶.

Novos institutos e normas jurídicas passaram a ser limitados em sua elaboração e aplicação por aquela Constituição recém-promulgada, que, diga-se de passagem, possui elevados níveis de normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do Estado⁵⁷ e particulares.

Quando da interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais, o operador do Direito deverá seguir os seguintes passos:

- a). antes de aplicar a norma, o interprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não deverá fazê-la incidir; esta operação está sempre presente no raciocínio dos operadores do Direito, ainda que não seja por ele explicitada; b). ao

⁴⁶ CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*. CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García (Org.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010; p. 153-164.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel; LEITE, Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; p. 42-47.

⁵⁰ SANCHÍS, Luis Pietro. *El constitucionalismo del derecho*. IN: CARBONELL, Miguel. (Org.) *Teoria del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 213-236.

⁵¹ PULIDO, Carlos Bernal. *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*. IN: CARBONELL, Miguel. (Org.) *Teoria del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 289-325.

⁵² ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 46-53.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; p. 13-36.

⁵⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009; p. 21-54.

⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Salvador: Editora Jus Podium, 2010, p. 26.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel; LEITE, Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

⁵⁷ CARBONELL, Miguel (coord). *Teoria del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 10.

aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais⁵⁸.

Na interpretação e na aplicação das normas infraconstitucionais, devem-se observar os dispositivos constitucionais, sendo aquelas limitadas por estes com o desiderato de atender aos fins da Carta Magna, sem, no entanto, gerar uma “‘hiperinterpretação’ do documento constitucional, com consequente abrandamento, seja das ‘regras de interpretação culturalmente aceitas’, seja do ‘controle da cultura social sobre a atribuição de significados aos enunciados’, de maneira a produzir “um alto grau de instabilidade na organização jurídica e uma notável incerteza jurídica”⁵⁹. Ocorre, assim, um permanente diálogo entre a Constituição Federal e todos os ramos do Direito.

Quanto às características intrínsecas do neoconstitucionalismo, podemos destacar: a) a constitucionalização do direito; b) a supremacia dos direitos fundamentais; c) a admissão dos princípios como normas; d) a impossibilidade de supressão ou retrocesso do núcleo essencial dos direitos fundamentais (ainda que por emenda constitucional) (art. 60, §4º da CF); e) a aplicação imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º da CF); f) a máxima eficácia dos direitos fundamentais; g) a expansão da jurisdição constitucional; h) a preocupação com a realização de justiça.

Essas características do neoconstitucionalismo também existem no neoprocessualismo, com a peculiaridade de serem adequadas à natureza processual do último. Assim, são características do neoprocessualismo: a) a constitucionalização do direito processual civil; b) a supremacia dos direitos fundamentais; c) a admissão dos princípios como normas; d) a impossibilidade de supressão ou retrocesso do núcleo essencial dos direitos fundamentais (ainda que por emenda constitucional) (art. 60, §4º da CF); e) a aplicação imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º da CF); f) a máxima eficácia dos direitos fundamentais; g) a expansão da jurisdição constitucional; h) a preocupação com a realização do justo processo.

A primeira das características, a constitucionalização do direito processual civil,

(...) interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação

⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 364.

⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 576.

ao tema que foi constitucionalizado... tem como principal marca a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional⁶⁰.

Ou, nas palavras de Pietro Perlingieri,

(...) a normativa constitucional eleva-se a justificação da norma ordinária, que com a primeira deve se harmonizar coerente e razoavelmente, 'segundo critérios ou princípios de adequação e de proporcionalidade que postulam o conhecimento aprofundado também das peculiaridades do caso concreto'⁶¹.

Faz-se necessário um aparte para mencionar que o processo e a Constituição possuíam caminhos díspares, principalmente pela visão privatista do processo. Somente em momento posterior e de forma pioneira, Couture passou a defender uma íntima relação entre Constituição e processo:

Da Constituição a lei não deve mediar senão um processo de desenvolvimento sistemático. Não só a lei processual deve ser fiel intérprete dos princípios da Constituição, senão que seu regime do processo, e em especial o de ação, a defesa e a sentença, somente podem ser instituídos por lei. O regime do processo deve determinar a lei. Ela concede ou nega poderes e faculdades dentre as bases estabelecidas na Constituição. O espírito desta se traslada a aquela, que deve inspirar-se nas valorações estabelecidas pelo constituinte. Para aqueles que negam que dentro de nosso sistema constitucional existam lacunas geralmente obrigatórias, o em regime de cassação esta fidelidade da lei a Constituição representa a base de toda uma construção que está reclamando desenvolvimento⁶².

Couture defendia a existência de um processo civil constitucional, o que foi seguido por vários juristas de envergadura como Niceto Alcalá-Zamora y Castillo⁶³, Héctor Fix-Zamudio⁶⁴, Liebman⁶⁵ e no Brasil por Ada Pellegrini Grinover⁶⁶, José Alfredo de Oliveira Baracho⁶⁷ e Humberto Theodoro Júnior⁶⁸, dentre outros.

⁶⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 363.

⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 575.

⁶² COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979, p. 21.

⁶³ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: UNAM, 1970, p. 135.

⁶⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Latinoamerica: Constitución, processo e derechos humanos*. México: Miguel Angel Porrúa, 1998, p. 191.

No caso específico do processo civil, a constitucionalização do direito processual civil se dá por três formas: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua supremacia; b) a previsão constitucional de institutos processuais; c) a irradiação da Constituição Federal para as normas processuais infraconstitucionais.

O reconhecimento da força normativa da Constituição foi defendido por Konrad Hesse⁶⁹ em contraposição à Constituição de papel (apenas com força política) de Lassale⁷⁰, trazendo maior eficácia ao texto constitucional que deixa de ser visto em vários aspectos como mera carta ideológico-programática e passa a ter caráter vinculante.

Importante salientar que o reconhecimento da força normativa da Constituição brasileira, não se deu logo após a promulgação. Pelo contrário, por mais de uma década, a Constituição não foi reconhecida como portadora de força normativa.

Somente a partir meados da década de 90 iniciou-se, com maior intensidade, a defesa da aplicação direta e rotineira da Constituição Federal aos processos judiciais⁷¹, como se pode depreender das obras de Luis Roberto Barroso e Clemerson Mérlin⁷².

O reconhecimento da força normativa da Constituição do Brasil pode ser considerado uma verdadeira mutação constitucional, eis que houve radical mudança de entendimento pelo STF sem qualquer alteração textual. Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco descrevem o fenômeno da mutação constitucional

ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o o, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se

⁶⁵ LIEBMAN, Enrico Tulio. Diritto costituzionale e processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, 1952, p. 327-332.

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

⁶⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987; p. 9 e 39-59.

⁶⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁷⁰ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

⁷¹ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades in* SARMENTO, Daniel e LEITE, Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996; CLÈVE, Clemerson Mérlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 34-53.

confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança na norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.⁷³

Como exemplo de mutação constitucional realizada pelo STF pode-se citar o mandado de injunção.

Anteriormente, o mandado de injunção era visto tão somente como instrumento processual para constituir em mora o órgão responsável pela regulamentação normativa segundo aresto abaixo:

MANDADO DE INJUNÇÃO, DE INICIATIVA DE DEPUTADOS FEDERAIS PELO ESTADO DE SÃO PAULO, PARA QUE O SUPREMO TRIBUNAL DETERMINE, EM SETENTA, O NUMERO DE REPRESENTANTES DAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, A CÂMARA DOS DEPUTADOS, DIANTE DO VAZIO LEGISLATIVO, DECORRENTE DE NÃO TER SIDO ELABORADA A LEI COMPLEMENTAR, PREVISTA NO ART. 45, PAR. 1., DA CONSTITUIÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DOS IMPETRANTES, COMO CIDADÃOS, TITULARES DE PRERROGATIVAS POLÍTICO-JURÍDICAS QUE SÃO INEQUIVOCAMENTE DIFUSAS, MAS POR SUA PRÓPRIA NATUREZA. PEDIDO DEFERIDO, EM PARTE, DENTRO DOS LIMITES DE PROVISÃO CONSTITUCIONALMENTE CABÍVEL, PARA, RECONHECIDAS A OMISSÃO E A MORA APONTADAS, DAR CIÊNCIA DAS AS AO CONGRESSO NACIONAL, A FIM DE QUE SUPRA A OMISSÃO. VOTOS VENCIDOS, TANTO NO TOCANTE A PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE, COMO A PROPOSITO DA EXTENSÃO OU FINALIDADE DO DEFERIMENTO DA MEDIDA. (STF – MI 219/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti – DJ 22/08/1990).

Posteriormente e sem que houvesse alteração no texto constitucional, passou-se a entender que o mandado de injunção poderia aplicar o direito ao caso concreto e não apenas constituir em mora o órgão regulamentar omissivo:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA. ATIVIDADES EXERCIDAS EM CONDIÇÕES DE RISCO OU INSALUBRES. APOSENTADORIA ESPECIAL. § 4º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. MORA LEGISLATIVA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. 1. Ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição da lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do art. 40 da Magna Carta, impõe-se ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306.

processo administrativo. 2. Precedente: MI 721, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 3. Mandado de injunção deferido nesses termos. (STF – MI 788/DF – Rel. Carlos Britto – DJ 15/04/2009).

Ademais, como se entendeu que a Carta Magna brasileira era portadora de força normativa, disposições como a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (art. 5º, I da Constituição Federal) passaram a ter aplicabilidade imediata. Assim, os requisitos para percepção de pensão por morte do cônjuge passaram a ser idênticos, independentemente de se tratarem de homens ou mulheres, como apontou o STF:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO: EXTENSÃO AO VIÚVO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. C.F., art.5º, I; art. 195 e seu § 5º; art. 201, V. I. - A extensão automática da pensão ao viúvo, em obséquio ao princípio da igualdade, em decorrência do falecimento da esposa-segurada, assim considerado aquele como dependente desta, exige lei específica, tendo em vista as disposições constitucionais inscritas no art. 195, caput, e seu § 5º, e art. 201, V, da Constituição Federal. II. - R.E. conhecido e provido (RE 204193/RS – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 30/05/2001).

No que se refere à supremacia, a Constituição foi colocada no pedestal do ordenamento jurídico, vinculando todos os ramos do direito e fazendo com que eventuais incompatibilidades da legislação infraconstitucional fossem extirpadas do ordenamento jurídico e/ou desconsideradas.

O instituto administrativo, por exemplo, da verdade sabida⁷⁴, após a Constituição Federal, passou a ser considerado como não recepcionado pela nova Carta Magna por patente contrariedade com o princípio do contraditório.

Quanto à previsão constitucional de institutos processuais, dá-se pelo fato de que alguns desses foram eleitos de maior envergadura pelo Constituinte, como ocorre com o devido processo legal (art. 5º, LV da Constituição Federal), a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LIV da Constituição Federal).

Essa previsão constitucional de um determinado instituto processual serve para demonstrar o relevo do país por tal instituto, pois vários outros institutos jurídicos não têm previsão na Carta Magna. Trata-se de demonstração de um valor ideal, político e

⁷⁴ Instituto do direito administrativo no qual permitia que a autoridade que tivesse o poder de punir aplicasse a punição de imediato, independentemente de processo administrativo, quando tivesse conhecimento direto das circunstâncias ensejadoras da punição.

jurídico⁷⁵. Outrossim, outros institutos processuais também foram elencados como direitos fundamentais, expressamente no art. 5º da Constituição Federal.

No que se refere à irradiação da Constituição Federal para as normas infraconstitucionais processuais, tal situação afeta tanto a produção legislativa quanto a interpretação e a aplicação. As disposições constitucionais servem de guia e baliza ao legislador e ao intérprete e aplicador do processo civil. Desta feita, não pode o legislador ordinário, por exemplo, criar um procedimento sem fim porque atentaria contra o direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal).

É ainda característica do neoprocessualismo a prevalência dos direitos fundamentais sobre outros interesses e valores que não tenham o traço de fundamentalidade⁷⁶, a admissão dos princípios como normas, a impossibilidade de supressão ou retrocesso do núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais (ainda que seja por emenda constitucional), a aplicação imediata dos direitos fundamentais processuais, a máxima eficácia dos direitos fundamentais, a expansão da jurisdição constitucional e a preocupação com a realização do justo processo.

A atribuição de enorme relevo aos direitos fundamentais, colocando-os no topo da Constituição e, por conseguinte, do ordenamento jurídico, é cariz do neoprocessualismo.

Tal característica aponta que, quando houver confronto jurídico entre normas que não sejam direitos fundamentais com outras que o sejam, prevalecerão as últimas, pois essas são originárias da dignidade da pessoa humana, razão de ser de todo o Direito, salvo em relação a normas direta ou indiretamente constitucionais limitadoras de tais direitos, as quais têm status semelhantes àqueles para fins de sopesamento. Os direitos fundamentais são verdadeiros trunfos que podem ser utilizados contra as minorias e majorias⁷⁷. A supremacia dos direitos fundamentais é utilizada no sopesamento, mais especificamente no postulado da proporcionalidade ao se decidir qual das normas em conflito sobressairá no caso concreto. Segundo bem defende Humberto Ávila⁷⁸, as

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro e VIGORITI, Vincenzo. *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*. PADOVA: Rivista di diritto processuale, n. 4, 1971, p. 607.

⁷⁶ A fundamentalidade pode se dar por expressa previsão no Título II da Constituição Federal (Dos direitos e garantias fundamentais) e/ou por ser considerada de extrema importância para o ordenamento jurídico pátrio e decorrer do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte.

⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 17-67.

⁷⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 124.

normas se subdividem em regras, princípios e postulados e a diferenciação dá-se pelos seguintes motivos:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no o nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os os destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao poder público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da a forma com outras normas; os princípios e as regras, até porque se situam no o nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.⁷⁹

E a proporcionalidade é um postulado⁸⁰ segundo Humberto Ávila:

...a proporcionalidade, por exemplo, não pode ser considerada uma espécie de princípio, porque não tem elevado grau de abstração e generalidade: ela dirige-se a situações determinadas (colisão entre princípios em razão da utilização de um meio cuja adoção provoca efeitos que promovem a realização de um princípio, mas restringem a realização de outro) e a pessoas determinadas (sujeitos, normalmente autoridades públicas, que adotam medidas com a pretensão de realizar determinados princípios). Também não pode ser considerada uma regra, pois não tem uma hipótese e uma consequência que permita a subsunção do conceito do fato ao conceito de norma. Em vez de uma hipótese de fato ou da definição de um efeito, a proporcionalidade estabelece uma estrutura de aplicação, algo bem diverso. (...)também não pode ser considerada uma espécie de princípio, porque não é realizada em vários graus, mas num só (a medida é ou não é adequada, necessária ou proporcional), e porque não é o objeto de ponderação, mas o próprio critério dela, sendo inconcebível sua superação em razão de princípios horizontalmente colidentes. Do o modo, não pode ser considerada uma regra, pois não tem uma hipótese e uma consequência a ser implementada no caso de subsunção. Muito menos poderá ser objeto de colisão e de decretação de invalidade.⁸¹

O STF tem em várias oportunidades classificado a proporcionalidade como postulado (AC 2940 MC-QO/MG – Rel. Min. Ayres Britto – DJ 27/03/2012; HC

⁷⁹ Idem; p. 124-125.

⁸⁰ Outros autores entendem que a proporcionalidade é um princípio: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Derechos Fundamentales, proceso y principio de proporcionalidade*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 95, 2003; p. 64; NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 260.

⁸¹ Idem; p. 140-141.

103362/PI – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 06/03/2012; HC 94912/RJ – Rel. Min. Ayres Britto – DJ 20/10/2009; RE 200844 AgR/PR – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 25/06/2002; ADI 2623 MC/ES – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJ 06/06/2002).

Se fosse editada, por exemplo, uma lei alterando o Código de Processo Civil prevendo a prisão civil do depositário infiel, tal lei limitadora da liberdade e dignidade da pessoa humana não prevaleceria por não possuir suporte em lei constitucional e não ter status constitucional.

Na hipótese do exercício da profissão de advogado, a limitação prevista de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e submissão a exame de admissão prevista no art. 84 da Lei 8906/94 (art. 3º), por se tratar de limitação baseada em norma constitucional (restrição prevista na parte final do art. 7º, XIII da Constituição Federal), prevalece sobre a liberdade de profissão prevista na primeira parte do art. 7º, XIII da Constituição Federal, uma vez que há grande potencial lesivo para a sociedade no caso de qualquer pessoa não inscrita na Ordem dos Advogados exercer sua profissão. No caso do exercício da advocacia por quem não seja inscrito na Ordem dos Advogados, as consequências podem ser gravíssimas, como no caso do ajuizamento de uma ação de guarda sem o mínimo conhecimento ou uma atuação em processo criminal sem preparo para tal, dentre outras inúmeras hipóteses. Por isto, agiu com acerto o STF ao analisar tal questão:

TRABALHO – OFÍCIO OU PROFISSÃO – EXERCÍCIO. Consoante disposto no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. BACHARÉIS EM DIREITO – QUALIFICAÇÃO. Alcança-se a qualificação de bacharel em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau. ADVOGADO – EXERCÍCIO PROFISSIONAL – EXAME DE ORDEM. O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63 e hoje no artigo 84 da Lei nº 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações (RE 603583/RS – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 26/10/2011).

Outro exemplo entre conflitos de direitos fundamentais dá-se entre o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal (garante a todos o acesso a justiça) e o inciso LIV e LV desta Carta Magna (garante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa). Segundo os últimos direitos fundamentais, teoricamente o indivíduo somente poderia

ser atingido em sua liberdade e patrimônio com decisão definitiva, ou seja, com o trânsito em julgado da decisão. Inobstante, é cediço que várias vezes a realização integral da ampla defesa e contraditório tornariam a tutela inócua em situações de risco de dano imediato e irreparável. Aplicando-se o postulado da proporcionalidade, permite-se que no caso concreto seja deferida tutela de urgência (inclusive sem ouvir a outra parte), postergando para depois o contraditório e a ampla defesa. Há uma inversão momentânea da ordem dos fatores, que restaurará o contraditório e ampla defesa após a decisão, além de ter esta caráter provisório e precário, bem como ser capaz de responsabilizar civilmente o beneficiário da tutela de urgência pelos danos advindos de tal tutela.

E na hipótese de confronto entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais com limitações destes, a questão deverá ser solucionada por sopesamento (também chamada ponderação) á luz do caso concreto, observando a prevalência *prima facie* das regras:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENDIDA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. ADMISSIBILIDADE SOMENTE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS, DE COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. INEXISTÊNCIA NA ESPÉCIE. CAUTELAR EXTINTA.

- Somente na hipótese de colisão entre direitos fundamentais é que se deve admitir, pelo menos em tese, a chamada "relativização da coisa julgada", fazendo-se uma ponderação dos bens envolvidos, com vistas a resolver o conflito e buscar a prevalência daquele direito que represente a proteção a um bem jurídico maior.

- Apenas nas situações de colisão entre direitos fundamentais é que é cabível suspender, via provimento cautelar, a execução da decisão rescindenda, a fim de que outro direito fundamental em jogo, que represente a proteção a um bem jurídico maior do que aquele da segurança jurídica decorrente da coisa julgada, prevaleça.

- Agravo não provido (STJ – AgRg na MC 12581/RN – Rel. Min. Nancy Andrighi – DJ 08/06/2011).

Entende-se também ser traço do neoprocessualismo a consideração dos princípios como normas.

Anteriormente, os princípios eram considerados apenas como mecanismo integrador de lacunas, tanto que a Lei de Introdução ao Direito de 1942 dispõe em seu art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os

costumes e os princípios gerais do direito”. Entendem que os princípios jurídicos não são normas: Karl Larenz⁸², Carl Schmitt⁸³ e Amauri Mascaro do Nascimento⁸⁴, dentre outros.

A antiga doutrina que não aceitava a força normativa dos princípios encontra-se superada, sendo esses considerados normas (assim como as regras jurídicas), exercendo importante papel de guia, oxigenação e resolução de casos complexos.

Sintetiza Daniel Sarmento que os princípios dão maior plasticidade ao direito e permitem maior abertura da argumentação jurídica à moral e ao mundo empírico subjacente⁸⁵. Veem os princípios como espécie de normas é defendida por Josef Esser, Canaris, Dworking e Robert Alexy⁸⁶.

Mister se faz esclarecer que a admissão dos princípios como normas não sepultam as regras. Coexistem como espécies de normas, as regras e os princípios, sendo que as primeiras também mantêm sua importância ao garantir: a) maior previsibilidade e segurança jurídica para seus destinatários; b) diminuição dos riscos de erro e arbitrariedade em sua incidência, já que não dependem tanto da valoração do intérprete em cada caso; c) menor custo em seu processo de aplicação⁸⁷. Desta forma, regras e princípios coexistem e se complementam, guardando cada qual sua importância na interpretação e aplicação do direito. Não entendemos que o neoconstitucionalismo pregue a supremacia dos princípios em relação às regras, mas apenas que coloca força normativa aos primeiros (assim como às segundas).

Soma-se ainda que, pela expressão histórica dos direitos fundamentais como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana (amplamente relevante no neoprocessualismo), estes direitos são considerados cláusulas pétreas e não podem ser suprimidas ou terem seu núcleo essencial minorado, ainda que por emenda constitucional, conforme previsão do art. 60, §4º da Constituição Federal: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)IV – os direitos e

⁸² LARENZ, Karl. *El derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 2002; p. 33-35.

⁸³ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitucion*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1927; p. 28.

⁸⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009; p. 111.

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel; LEITE, Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

⁸⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel; LEITE, Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 42. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 113-114.

garantias individuais”. Isto não induz a acreditar que não possa o legislador alterar a configuração dos direitos fundamentais. O que resta vedado é tão somente extirpar o direito fundamental da Constituição ou alterar a configuração de forma a reduzir seu núcleo essencial (aquele espaço que uma vez retirado, desnaturaria tal direito).

Assim, não poderia o legislador excluir do ordenamento jurídico a hipótese de a parte alegar suspeição de determinado magistrado, mas poderia, por exemplo, reduzir o prazo de tal alegação de 15 (quinze) para 10 (dez) dias, haja vista que esta última alteração não afetaria o núcleo essencial do direito fundamental da imparcialidade. Plenamente legal e constitucional alteração legislativa como a ocorrida pela lei como 11232/2005 que eliminou a execução de sentença e promoveu abreviação do processo com a criação de um procedimento unitário por meio do cumprimento de sentença. Importante salientar que tal modificativa já era amplamente defendida por Humberto Theodoro Júnior em sua tese de doutoramento em 1987 (antes do advento da Constituição Federal) segundo se denota de suas palavras:

Dentro dessa salutar inspiração é que se pretende nortear o presente trabalho, cujo objetivo final é demonstrar que a atual sistemática da execução de sentenças, apegada a uma injustificada tradição romanística, está a merecer profunda reforma, para, de fato, harmonizar-se com o *devido processo legal*, hoje erigido à categoria de direito fundamental no Estado Democrático de Direito.

O plano da tese compreende três estágios básicos: no primeiro, cogitar-se-á da conceituação do Estado Democrático de Direito e da função que nele se reserva ao processo; no segundo, proceder-se-á ao levantamento histórico da execução forçada de sentença, desde suas origens romanas até sua forma atual; e no terceiro tentar-se-á demonstrar que a *ação de execução de sentença*, como ação autônoma e distinta da ação de condenação, tal como um retrato moderno da vetusta e anacrônica *actio iudicati*, é perfeitamente eliminável, desde que se adote uma concepção *unitária* do processo e, conseqüentemente, da relação jurídica processual a ser estabelecida com o exercício do *direito de ação* e a exaurir-se apenas com a efetiva e completa pacificação da lide, que só se atinge, de fato, com os atos executórios de julgado.

A inovação só renderia frutos positivos, quer em eficácia quer em celeridade da prestação jurisdicional, em nossos dias tão desprestigiada por notória morosidade e inoperância⁸⁸.

Recentemente, o STF entendeu que nem as reservas legais constitucionais podem atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Ao se analisar a necessidade ou

⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987; p. 9-10.

não de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista, o STF entendeu que, caso se optasse por tal necessidade, estar-se-ia autorizando o legislador a atingir o núcleo essencial, o que não poderia ocorrer:

JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI Nº 972, DE 1969. 1. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE. (...) 4. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial. 5. (...) RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS. (RE 511961/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 17/06/2009).

Outro aspecto importante é que os direitos (inclusive os processuais) passam a ter aplicação imediata, não dependendo de qualquer regulamentação ou atitude dos poderes constituídos.

Exemplificativamente, ainda que inexistindo norma processual prevendo a produção de provas em um determinado processo administrativo, deve o administrador conceder tal prazo porque o direito fundamental possui aplicação imediata.

Interessante expor que, por muitos anos, o STF tornou letra morta a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, mencionando que havia normas programáticas que careciam de regulamentação e, quando isto ocorria, devia-se aguardar tal

regulamentação, inobstante terem alguns juristas, como Ada Pellegrini Grinover, defendido a aplicação imediata nestas circunstâncias⁸⁹.

Citemos o direito de greve dos servidores públicos civis. O art. 9º do Título II da Constituição Federal coloca o exercício da greve como direito fundamental:

É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade; § 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Como inexistia a lei prevista no §1º do art. 9º da Constituição Federal regulamentando o direito de greve, o STF entendia por sua impossibilidade de aplicação imediata, promovendo-se, quando muito, apenas a notificação da Câmara de sua mora:

MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Configurada a mora do Congresso Nacional na regulamentação do direito sob enfoque, impõe-se o parcial deferimento do writ para que tal situação seja comunicada ao referido órgão (MI 585/TO – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJ 15/05/2002).

Com o passar dos tempos e com a renovação dos quadros de componentes do STF, iniciou-se movimento inverso, dando aplicação imediata aos direitos fundamentais, embora a regulamentação ainda fosse inexistente.

Este direito fundamental de greve – em momento posterior – foi aplicado de forma imediata pelo STF:

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Le garanzie del processo civile nella nuova Costituzione brasiliana. PADOVA: *Rivista di diritto processuale*, n. 2, Apr-Giu, 1989, p. 486.

CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS n°s 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. (...) 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis (MI 670/ES – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 25/10/2007).

Também é característica do neoprocessualismo, a máxima eficácia dos direitos fundamentais (inclusive os processuais). Na dúvida, sobressai a interpretação que gera a maior eficácia dos direitos fundamentais processuais. Cite-se, por exemplo, a questão da imparcialidade (que, para nós, é um direito fundamental processual). Se no transcurso da exceção de suspeição houver dúvida sobre a parcialidade do Julgador excepto, ele deve ser afastado, pois prevalece a máxima eficácia dos direitos fundamentais processuais (que, no caso, é a preservação da imparcialidade).

Ilustremos com outro exemplo: o direito do empregado demitido de permanecer no plano de saúde no período anterior à regulamentação da questão pela ANS (Agência Nacional de Saúde). A lei 9656/98 previa, como direito do empregado demitido, permanecer no plano de saúde oferecido pela empresa (art. 30), nos termos da regulamentação da ANS. No entanto, por muitos anos inexistiu tal regulamentação. Diante de um pedido judicial de um empregado demitido a manter o plano de saúde, abria-se hipótese para duas soluções alternativas: ou se interpretava o art. 30 isoladamente e não se concedia o direito por omissão de regulamentação da ANS, ou se interpretava o art. 30 à luz do direito fundamental à saúde e se concedia tal direito, independentemente da edição de qualquer norma. A interpretação deste caso à luz da máxima eficácia dos direitos fundamentais levaria à opção pela segunda alternativa. O STJ analisou caso idêntico a este chegando à idêntica conclusão:

Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Empregado demitido. Pretensão à permanência em plano de saúde oferecido pela empresa.

Direito previsto no art. 30 da Lei n.º 9.656/98. Exercício condicionado à regulamentação pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por força do inciso XI, do 4.º, da Lei n.º 9.961/2000. Desnecessidade. Norma auto-aplicável. Interpretação das leis ordinárias para dar máxima eficácia ao direito fundamental à saúde, assegurado no art. 196 da CF.

- O art. 30 da Lei n.º 9.656/98 confere ao consumidor o direito de contribuir para plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, assegurado-lhe o direito de manter sua condição de beneficiário, nas as condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma também o pagamento da parcela anteriormente de responsabilidade patronal.

- O art. 30 da Lei n.º 9.656/98 é norma auto-aplicável, razão pela qual não tem sua eficácia condicionada à ulterior edição de qualquer instrumento normativo para produzir todos os seus efeitos, não havendo qualquer óbice à sua imediata e plena aplicabilidade.

- O inciso XI, do 4.º, da Lei n.º 9.961/2000, não tem o propósito de regulamentar o direito conferido pelo art. 30 da Lei n.º 9.656/98, mas ampliá-lo, determinando que a Agência Nacional de Saúde Suplementar adote medidas “para garantia dos direitos assegurados” nesse dispositivo.

Recurso especial não conhecido (REsp 820379/DF – Rel. Min. Nancy Andrighi – DJ 28/06/2007).

Ainda há outro aspecto do neoprocessualismo referente à expansão da jurisdição constitucional. Combinou-se a *teoria da separação dos poderes* com a *teoria dos checks and ballances*, segundo a qual um poder controla o outro.

O Poder Judiciário, em uma onda de ativismo e devido à inércia dos demais poderes, passou a atuar em matérias em que, tradicionalmente, não atuava, como no caso de questões administrativas e políticas, inclusive pelo fato da criatividade e a substitutividade serem características da jurisdição.

O STF entendeu, por exemplo, que o Poder Judiciário pode obrigar o Executivo a fornecer medicamentos às pessoas necessitadas, podendo inclusive, se necessário for, promover o bloqueio de valores para garantir tal fornecimento:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I - O acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria indireta. II - A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que

não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal. III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes. IV - Agravo regimental improvido. (AI 553712 AgR/RS – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – DJ 19/05/2009).

O STJ, nesta linha, também entendeu que é possível obrigar judicialmente um município a promover obras de recuperação de área degradada por erosões, em determinadas regiões, que estivessem causando danos ao meio ambiente e riscos à população circunvizinha:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.
5. Recurso especial provido (REsp 429570/GO – Rel. Min. Eliana Calmon – DJ 11/11/2003).

A última das características do neoprocessualismo é a preocupação com a realização do processo justo. Anteriormente, preocupava-se tão somente com o devido processo legal (*due process of law*), que seria o processo realizado de acordo com a lei.

A partir da década de 60, como informa Nicolò Trocker, como fruto de uma técnica que buscava seus valores na Constituição, surge a noção de “*giusto processo*”, ou justo processo, capitaneada por Calamandrei e Eduardo Couture e posteriormente difundida por Cappelletti, dentre outros⁹⁰. O direito fundamental do devido processo legal evolui e se transforma no direito fundamental do justo processo, que, além das características do processo legal, exige a realização da justiça material. O processo deixa, então, de ser

⁹⁰ TROCKER, Nicolò. Il valore costituzionale del ‘giusto processo’. In: CIVININI, Maria Giuliana; VERARDI, Carlo Maria (Org.). *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*. Milano: Franco Angeli, 2007, p. 44.

visto como um fim em si e direciona o olhar para a efetividade e a justiça no caso concreto.

Assim, a mera legalidade cede lugar à força normativa da constituição e à caracterização dos princípios como normas. O processo deixa de ser apenas o *due process of law* e evolui para o *giusto processo*.

O direito fundamental do processo justo busca tutelar a realização da humanização do processo e obter uma decisão formal e materialmente devida e justa. Em decorrência do justo processo, passou-se a admitir, em alguns casos, a relativização da coisa julgada.

O STF entendeu ser possível a relativização da coisa julgada em ações de investigação de paternidade cujo investigado era pobre e o Estado não providenciou a realização, às suas custas, de exame de DNA, admitindo ajuizamento de nova ação para a realização do exame:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos (RE 363889/DF – Rel. Min. Dias Toffoli – DJ 02/06/2011).

Por tudo o que se expôs, crê-se que se está realmente em uma nova etapa evolutiva do processo civil, com características, técnicas e efeitos particulares distintos da instrumentalidade do processo. Esta nova fase evolutiva é chamada neoprocessualismo⁹¹, ou processo civil constitucional, porque visa à aplicação do neoconstitucionalismo no âmbito processual civil e por colocar em destaque o diálogo constitucional.

Entende-se que não faz sentido diferenciar o processo civil constitucional do processo constitucional, porque o primeiro abrange ambas as perspectivas e porque tal diferenciação não possui contornos bem delimitados. Tal discussão já foi encerrada no âmbito do direito civil, predominando o entendimento, atualmente, de que somente existe o direito civil constitucional, englobando todas as características da relação deste ramo do direito com a Constituição Federal, não tendo que se falar em direito constitucional civil. Por esta razão, o tratamento da prova ilícita na presente dissertação se dará á luz do neoprocessualismo (processo civil constitucional).

⁹¹ No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Salvador: Editora Jus Podium, 2010, p. 28.

2. A PROVA

A prova sempre foi vista como instrumento de obtenção da verdade, independentemente da natureza desta verdade (religiosa, mítica, científica etc.). Também no senso comum, hodiernamente, as pessoas, em várias situações do cotidiano, conclamam a prova para convencerem outrem de que têm razão no alegado. Diante disto, procura-se analisar a relação entre a busca da verdade e a prova, as principais teorias da verdade (ou do conhecimento), elegendo-se, ao final, aquela que melhor se encaixa nos tempos atuais.

2.1. A busca da verdade e a prova

Existem questões que geram um enorme fascínio nos seres humanos como algo de mágico, sagrado ou mítico, *ad exemplum*: “o que é justiça?”, “o que é belo?”, “as coisas são como aparentam ser?”, “o que é filosofia?”, “o que é ético?”, “o que é a idéia?”. Dentre estas incontáveis questões, pelas quais vários filósofos e estudiosos consumiram muito de seu tempo e até suas vidas, incluem-se indagações sobre a verdade: “o que é a verdade?”, “como alcançar a verdade?” ou “como conhecer a verdade?”.

Descartes buscou, durante sua vida e em especial no *Discurso do Método e Regras para a direção do Espírito*, a criação de uma metodologia para a busca da verdade, *in verbis*:

E sempre tive um grande desejo de aprender a distinguir o verdadeiro do falso, para ver claro ações e caminhar com segurança nesta vida.(...)antes de empregar bastante tempo para elaborar o projeto da obra que me propus e procurar o verdadeiro método para alcançar o conhecimento de todas as coisas das quais o meu espírito fosse capaz⁹².

Blaise Pascal relembra que o ser humano, “feito para conhecer a verdade, deseja-a ardentemente, procura-a”⁹³, pelo que é complementado por Del Vecchio para quem, apesar de a verdade ser relativa, o homem sempre busca o posto do absoluto e tem “sede

⁹² DESCARTES, René. *Discurso do Método. Regras para a direção do Espírito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 26.

⁹³ PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. Trad. Paulo M. Oliveira. Bauru: EDIPRO, 1995, p. 183.

do céu” ao aspirar a mais alta esfera de verdades que lhe é dado entrever⁹⁴. Neste sentido, Jesús García Lopes afirma que a problemática da verdade, juntamente com a do ser e do conhecimento, pertencem ao conjunto dos eternos problemas da filosofia⁹⁵. Marilena Chauí vai mais longe e afirma que a busca da verdade é o motor da filosofia e suscita filosofias⁹⁶.

Ousa-se ainda dar um passo à frente para defender que a busca da verdade não é o motor apenas da Filosofia, mas de todas as ciências. Sem a verdade não faz sentido o conhecimento e a ciência e, como advoga Jesús García Lopes, sem a verdade não se tem liberdade (liberdade física baseia-se na verdade ontológica da própria natureza e a liberdade moral baseia-se na verdade de nossa razão), sem a verdade não se unem os seres humanos (uma verdade é capaz de aglutinar várias pessoas que crêem nela), não nos fazemos fortes (a verdade supera outras questões do mundo) e nem nos aperfeiçoamos (a verdade aperfeiçoa o homem)⁹⁷. Santo Agostinho afirma que “não há deleite maior no coração do homem do que a luz da verdade e o oceano da sabedoria”⁹⁸.

Não se sabe exatamente quando se iniciou a preocupação com a verdade, mas pode-se dizer seguramente que, com o advento da Filosofia, tal interesse tomou grande impulso. A preocupação com a verdade já se fazia sentir em várias passagens da Bíblia, *ad exemplum*:

- Então você é rei? – perguntou Pilatos. – É o senhor que está dizendo que eu sou rei! – respondeu Jesus. – Foi para falar da verdade que eu nasci e vim ao mundo. Quem está do lado da verdade ouve minha voz. – O que é a verdade? – perguntou Pilatos. Depois de dizer isso, Pilatos saiu outra vez para falar com a multidão...” (Jo 18, 37); “Então Tomé perguntou: - Senhor, nós não sabemos aonde é que o senhor vai. Como podemos saber o caminho? Jesus respondeu: - Eu sou o caminho, a verdade e a vida” (Jo 14,6); “De Davi (...)Ensina-me a viver de acordo com a tua verdade, pois tu és o meu Deus, o meu Salvador” (Sl 25, 5); “Quando a verdade é dita, a justiça é feita; mas a mentira produz a injustiça (Pv 12, 17).

⁹⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Antônio José Brandão e Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1959, p. 352.

⁹⁵ LÓPEZ, Jesús García. *El valor de la verdad y otros estudios*. Madrid: Editorial Gredos S.A., 1965, p. 7.

⁹⁶ CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Editora Ática, 2004, p. 88.

⁹⁷ LÓPEZ, Jesús García. *El valor de la verdad y otros estudios*. Madrid: Editorial Gredos S.A., 1965, p. 40-64.

⁹⁸ SANTO AGOSTINHO *apud* LÓPEZ, Jesús García. *El valor de la verdad y otros estudios*. Madrid: Editorial Gredos S.A., 1965, p. 15.

Anatole France advoga que a pergunta “o que é a verdade?” é a interrogação mais profunda que já se formulou⁹⁹. A verdade na Grécia antiga era representada como alétheia (ἀλήθεια), “palavra composta do prefixo a (que em grego indica ‘negação’) e de léthe (que significa ‘esquecimento’)”¹⁰⁰ e se referia à correspondência do enunciado com a realidade. Muito posteriormente, Heidegger, ao estudar a etimologia da palavra alétheia, concluiu que correspondia não à verdade em si (objetiva), mas à busca da verdade, colocando-a como sinônimo de desvelamento¹⁰¹.

Marilena Chauí professa que

[...] em latim, a verdade se diz veritas e se refere à precisão, ao rigor e à exatidão de um relato, no qual se diz com detalhes, pormenores e fidelidade o que realmente aconteceu. Verdadeiro se refere, portanto, à linguagem como 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 reais¹⁰².

Para os hebreus, por sua vez, a verdade (*emunah*) tem o sentido de confiança, além disso, esse povo pregava que os seres humanos e Deus eram verdadeiros¹⁰³. A verdade em inglês é designada *truth*, em francês *vérité*, em alemão *wahrheit* e em italiano *verità*.¹⁰⁴ Inúmeros filósofos e estudiosos escreveram sobre a verdade ou a abordaram, como Eurípedes (Íon), Platão (Discurso de Crátilo), Aristóteles (Da interpretação), Schelling (Bruno ou do Princípio Divino e Natural das Coisas), Ockham (*Summa Logicae*), Baruch de Espinosa (Pensamentos Metafísicos), David Hume (Investigação sobre o entendimento humano), Thomas Hobbes de Malmesbury (Leviatã), Locke (Ensaio sobre o entendimento humano), Descartes (Discurso do Método e Regras para a direção do Espírito), Santo Tomás de Aquino (Questões Discutidas sobre a verdade), Santo Anselmo de Cantuária (A verdade), Hegel (A fenomenologia do espírito), Leibniz (Novos Ensaios), Michel de Montaigne (Ensaaios), Kant (Crítica da Razão Pura e Crítica da Razão Prática), John Austin (*Truth*), Heidegger (Ser e Tempo e Sobre a essência da

⁹⁹ FRANCE, Anatole *apud* DURANT, Will. *Filosofia da vida*. Trad. Monteiro Lobato. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970, p. 23.

¹⁰⁰ CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Editora Ática, 2004, p. 95.

¹⁰¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 282-302.

¹⁰² CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Editora Ática, 2004, p. 96.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: 2007, p. 1182.

verdade), Foucault (Discurso e verdade na Grécia Antiga), Gadamer (Verdade e método) dentre vários outros.

2.1.1. As teorias da verdade (teorias do conhecimento)

A epistemologia é a ciência que estuda “o que é verdade” por meio da análise das teorias do conhecimento, enquanto a gnoseologia estuda a validade do conhecimento a partir do sujeito cognoscente.

Existem várias teorias do conhecimento, ou da verdade, que procuram solucionar “o que é verdade”, podendo-se citar principalmente: a) verdade por correspondência; b) verdade por revelação ou manifestação; c) verdade por coerência; d) verdade pragmática ou por utilidade; e) verdade por consenso e f) verdade lógico-razoável da linguagem.

Abordam-se criticamente cada uma delas, pois a metodologia da busca da verdade é utilizada em todas as demais ciências, inclusive no Direito.

2.1.1.1. A verdade por correspondência

A verdade por correspondência surgiu com Platão em seu diálogo *Crátilo*, expressada pela máxima “verdadeiro é o discurso que diz as coisas como são; falso aquele que diz como não são”¹⁰⁵. Esta teoria da verdade – que pode ser classificada como a mais antiga – tem em Aristóteles o seu sistematizador e um de seus primeiros expoentes¹⁰⁶, ao pregar que “dizer que é o que não é, ou que não é o que é, é falso, enquanto que dizer que é o que é, ou que não é o que não é, é verdadeiro”.

Tal teoria liga diretamente o sujeito ao objeto, fazendo com que a realidade somente possa ser conhecida empiricamente, donde se pode depreender que “os limites da veracidade do fato eram os os de seu próprio campo empírico”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: 2007, p. 1183.

¹⁰⁶ ACERO, Juan José et al. *Introducción a la filosofía del lenguaje*. Madrid: Ediciones Catedra, 2001, p. 121.

¹⁰⁷ HARET, Florence Cronemberger. *Presunções no Direito Tributário: teoria e prática*. São Paulo: USP, 2010, 651 pgs. Tese de doutoramento, Curso de Pós-graduação em Direito da USP, Departamento econômico e financeiro, São Paulo, 2010, p. 246.

Pode-se definir a verdade, por correspondência, “pela adequação entre determinado enunciado e a realidade referida. Um enunciado é verdadeiro quando condizente com a realidade por ele descrita e falso quando não condizente”¹⁰⁸. Assim, o céu é azul se realmente se verificar pelos sentidos que o céu é azul.

Como bem observado por Marilena Chauí, na teoria da correspondência, são as coisas e as idéias que são consideradas verdadeiras ou falsas¹⁰⁹. São partidários da verdade por correspondência, dentre outros, Aristóteles, os estóicos, empiristas, G.E. Moore, Russel e Wittgenstein (em sua primeira fase), salientando-se que os dois últimos abandonaram posteriormente esta concepção¹¹⁰.

As mais relevantes críticas à teoria da verdade por correspondência podem ser assim resumidas: a) existem situações que somente podem ser entendidas no âmbito intelectual, como ocorre com a noção de justo e de ético, e não em coisas em si; b) a realidade empírica apreendida do objeto nunca pode ser totalmente apreendida pela linguagem devido ao fato de o ser humano ser naturalmente parcial; c) a teoria da verdade por correspondência ignora a capacidade construtiva da linguagem, capaz de criar realidades como, por exemplo, ao fazer alguém crer em algo (uma criança crer na existência do Papai Noel); d) a teoria da verdade por correspondência olvida que pessoas podem ter concepções diversas de uma realidade (objeto), como no caso de uma pessoa enxergar de longe um pássaro preto quando, para outra pessoa que esta próxima ao animal, ele é azul; ou ainda que uma única pessoa possa ter concepções distintas, dependendo de sua referência, como no caso de ver este pássaro como portador de determinada cor quando estiver na sombra e de outra cor quando estiver exposto ao sol.

2.1.1.2. A verdade por revelação (manifestação)

A teoria da verdade por revelação – por sua vez – se estriba como dá conta Abbagnano, na

¹⁰⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do Direito*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 28.

¹⁰⁹ CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Editora Ática, 2004, p. 97.

¹¹⁰ ACERO, Juan José et al. *Introducción a la filosofía del lenguaje*. Madrid: Ediciones Catedra, 2001, p. 122-123.

[...] ‘evidência, assumida ao o tempo como definição e critério da verdade’.¹¹¹ A verdade por revelação se dá sob 2 (duas) formas diversas: empirista (a verdade é o revelado de pronto ao ser humano como a intuição, sensação e fenômeno) e metafísica ou teleológica (a verdade é revelada mediante situações privilegiadas e excepcionais onde se evidencia a essência das coisas, seu ser ou seu princípio-Deus)¹¹².

A falibilidade dessa teoria da verdade se dá por sua pouca cientificidade e pelo fato de que determinadas situações não podem ser apreendidas pelos sentidos, ou, quando o são, podem estar totalmente deturpadas.

A noção de boa-fé, exemplificativamente, escapa aos sentidos, existindo tão somente no intelecto. Outra situação: segundo o sentir humano, o sol gira em torno da Terra, mas ocorre o inverso (a Terra gira em torno do Sol e sobre seu próprio eixo) em conformidade com a teoria heliocêntrica de Copérnico. Os sentidos são, assim, traiçoeiros e podem nos falsear as situações¹¹³.

2.1.1.3. A verdade por coerência

Já a teoria da verdade por coerência conforme aponta Aurora Tomazini Carvalho

[...] parte do pressuposto que a realidade é um todo coerente. Uma proposição é verdadeira quando deduzida de outras proposições e não-contraditória com as demais de um o sistema. Tais critérios definem a verdade de um certo sistema e preservam a ausência da contradição entre seus termos¹¹⁴.

A teoria da verdade, por coerência, define a realidade como coerência entre o juízo e o sistema, podendo-se deduzir isto do todo, ignorando-se totalmente os dados empíricos. Tal teoria não vinga, pela dificuldade de se conceituar o que seria coerência. Também conta com fragilidade pelo fato de a mera coerência não poder ser suficiente

¹¹¹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: 2007, p. 1184.

¹¹² Idem.

¹¹³ Neste sentido: DESCARTES, René. *Discurso do Método. Regras para a direção do Espírito*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 41.

¹¹⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do Direito*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 28-30.

para espelhar a verdade, pois a mentira ou um conto de fadas podem ser coerentes. Ademais, essa teoria, equivocadamente, coloca a verdade como algo absoluto.

2.1.1.4. A verdade por utilidade (pragmática)

No que se refere à teoria da verdade pragmática, ou por utilidade, esta é definida como aquilo que seja útil ao prolator do enunciado. É partidário desta concepção Nietzsche, para quem “verdadeiro em geral significa apenas o que é apropriado à conservação da humanidade. O que me faz parecer quando lhe dou fé não é verdadeiro para mim: é uma relação arbitrária e ilegítima do meu ser com as coisas externas”¹¹⁵.

Critica-se tal teoria pelo fato de ela sofrer de falta de cientificidade ao se embasar tão somente na utilidade. Além disso, uma mentira pode ser útil e não ser verdadeira.

2.1.1.5. A verdade por consenso

No que se refere à teoria da verdade por consenso, esta prega a verdade como “a crença da comunidade científica em determinada proposição científica. Enunciado verdadeiro seria aquele detentor de maior prestígio no meio do qual emerge, levando-se em conta a coerência com os demais enunciados do sistema científico no qual está inserido”¹¹⁶. Para Maria Rita Ferragut, tal teoria tem o inconveniente de transformar a concepção da comunidade em certeza, gerando grande insegurança¹¹⁷.

Muitas vezes, as teses minoritárias, com o passar dos tempos, vingam e se transformam em entendimento pacífico. Cite-se o mandado de injunção. Desde o seu nascimento, foi aplicado somente como um meio de constituição em mora do responsável pela regulamentação legislativa, mas, posteriormente, passou a ser utilizado como instrumento processual de aplicação imediata do direito, independentemente de omissão legislativa. Além do mais, há situações em que a noção de verdade pode ser

¹¹⁵ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: 2007, p. 1186.

¹¹⁶ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 17.

¹¹⁷ FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 43.

contra majoritária, como na hipótese dos direitos fundamentais como “trunfo contra a maioria”¹¹⁸.

2.1.1.6. A verdade lógico-razoável da linguagem

A teoria da verdade lógico-razoável da linguagem, a que Aurora Tomazini chama apenas de “verdade lógica”, seria a “verdade como valor do qual se fala, característica lógica necessária de qualquer discurso descritivo (verdade lógica)”¹¹⁹, adotando tal teoria “o critério da consonância da proposição com certo sistema de referência. Uma proposição é verdadeira quando está de acordo com uma interpretação aceita, instituída nos moldes de referenciais, dentro dos quais é processada”¹²⁰.

Incluiu-se a razoabilidade no tipo de verdade lógica adotada segundo os passos de Recasens Siches¹²¹. Isto porque, consoante Recasens Siches

[...] a lógica tradicional ou físico-matemática não é adequada para tratar a vida humana nem seus problemas práticos, por conseguinte, tampouco para os ministérios jurídicos, entre os quais figura a interpretação do Direito. Para todo quanto pertença a nossa humana existência – incluindo a prática do Direito – há que empregar um tipo diferente do logos, que tem tanta dignidade como a lógica tradicional, si é que não superior a esta: há que manejar o logos do humano, a lógica do razoável, a qual é a razão, tanto razão como a lógica do racional, mas diferente desta. A lógica do humano ou do razoável é uma razão impregnada de pontos de vista estimativos, de critérios de valoração, de pautas axiológicas, que, ademais, levam nas suas costas como instrumento dos ensinamentos recebidos da experiência, da experiência própria e da experiência do próximo através da história¹²².

Lourival Vilanova, seguindo tal trilha e defendendo a ocorrência de uma “conclusão além das premissas” e “caráter extralógico da decisão”, aponta que “a Lógica não é suficientemente potente para ir à concreção material da experiência jurídica”¹²³.

¹¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

¹¹⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do Direito*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 28-30.

¹²⁰ Op. Cit. p. 30.

¹²¹ SICHES, Luis Recasens. *Filosofia del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2010.

¹²² SICHES, Luis Recasens. *Filosofia del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2010, p. 642.

¹²³ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 284.

Também designamos verdade lógico-razoável da linguagem em detrimento de mera verdade lógico-razoável, pois a última se resume tão somente às condições normais atinentes à validade e à razoabilidade e a primeira vai além, incluindo os mecanismos da linguagem.

A espécie de verdade lógica pregada neste trabalho é baseada na filosofia da linguagem de Wittgenstein¹²⁴ e de Habermas¹²⁵, que é a nova etapa pós-filosofia do conhecimento, iniciada com o giro-linguístico^{126 127} por meio do *Tractatus Logico-Philosophicus* do autor primeiramente citado. Isto porque a verdade deixa de ser uma correspondência entre um objeto e um enunciado e passa a ser uma correspondência entre linguagens. A linguagem deixa de ter o caráter secundário de liame entre sujeito e objeto e passa a ser geradora do próprio conhecimento, podendo inclusive criar a verdade.

No direito, a situação não diverge, como aponta Castanheira Neves:

[...] o direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõem-se sê-lo numa linguagem (nas significações lingüísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é¹²⁸.

Isto porque é por meio da linguagem (ou língua) que se conhece a verdade, sendo aquela nas palavras de Ortega y Gasset “um uso social”¹²⁹.

Exemplifique-se com um caso recente. Descobriu-se que pessoas estavam morrendo na Alemanha por conta da bactéria E.coli e noticiou-se que esta bactéria seria proveniente do pepino importado da Espanha. Em virtude disto, a Espanha teve uma queda abrupta na exportação de verduras, frutas e legumes. Posteriormente, descartou-

¹²⁴ No mesmo sentido: ABBoud, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O dito e não-dito sobre a instrumentalidade do processo*: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 166, ano 33, 2008.

¹²⁵ No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 42-46.

¹²⁶ *Linguist turn* (giro-linguístico) foi expressão cunhada por Richard Rorty.

¹²⁷ Também chamada de guinada linguística por Habermas ou revolta linguística por Manfredo Oliveira segundo STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003, p. 157.

¹²⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed, 1993, p. 90.

¹²⁹ GASSET, José Ortega. *El hombre y la gente*. Madrid : Revista de Occidente, 1957 ; p. 263.

se que a bactéria fosse originária do pepino espanhol e verificou-se que a causa provável da bactéria seria sementes de feno-grego importadas do Egito. Esta notícia mostra muito bem que a linguagem foi capaz de criar uma verdade (que o pepino importado da Espanha seria o responsável pela bactéria E.coli), trazendo inúmeras consequências, verificando-se que tal situação não correspondia à realidade.

Outro exemplo pode ser verificado com a situação do corpo celeste Plutão, que, desde a década de 30, foi considerado um planeta. Apesar disto, em período muito posterior (ano 2000, aproximadamente) e com o desenvolvimento dos telescópios, notou-se que existiam inúmeros corpos celestes maiores que Plutão, o que fez com que ele deixasse de ser considerado um planeta. Neste caso, a linguagem foi capaz de criar uma realidade (que Plutão era um planeta), ou melhor, foi capaz de criar um planeta!

Como último exemplo, podemos nos valer da história do cinema. Os irmãos Auguste e Louis Lumière, ao fazerem a primeira projeção cinematográfica em Paris, apresentaram o filme “A chegada do Trem na Estação”. As pessoas que pela 1ª vez se deparavam com o cinema assustaram-se quando o trem se movimentava na tela e vinha em sentido ao público, levantando-se e saindo correndo da sala de exibição do filme. A linguagem (no caso, a cinematográfica) criou a verdade de que os espectadores seriam atropelados pela locomotiva. Como apontado por Aurora Tomazini, “a linguagem cria e destrói objetos, coisas, fatos e relações, independentemente de eles serem verificados empiricamente”¹³⁰.

Hans-Georg Gadamer conclama que “a linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos aos homens que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo, nela se representa mundo”¹³¹. Este autor defende a necessidade e a possibilidade de superação dos pré-conceitos e pré-julgamentos na obtenção do conhecimento por meio do diálogo. Por isso, considera-se acertada a expressão de Wittgenstein: “os limites de minha linguagem significam os limites do meu mundo”¹³².

A relação entre o enunciado e o objeto deixa de ser verdadeiro ou falso, o que passa a ser verificado somente em relação à proposição que, segundo Wittgenstein, “é tudo que pode ser verdadeiro ou falso. (...)E o que é uma proposição é, num sentido,

¹³⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do Direito*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 32.

¹³¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 571.

¹³² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Lógico-Philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010, p. 245.

determinado pelas regras da sua construção (em português, p. ex.), num outro sentido, pelo uso dos signos no jogo de linguagem”¹³³.

Como bem aponta Fabiana Del Padre Tomé, “isso não significa, porém, a inexistência de quaisquer objetos físicos quando não haja linguagem. O que queremos demonstrar é ser pela linguagem e somente por ela que podemos ter acesso às coisas existentes no mundo, compreendo-as e criando, desse modo, a realidade objetiva do ser cognoscente”¹³⁴.

Acresce-se que esta relação entre linguagens deve-se dar em um sistema de referência, que são “as condições que informam o conhecimento sobre algo”¹³⁵, as vivências do indivíduo. Num sistema de referência de um adulto, uma bolinha com espinhos gelatinosos chega a ser um mero instrumento de brincadeiras, enquanto no de uma criança que não a conheça pode ser motivo de medo e pavor. Devido à existência de sistemas de referência diversos é que se torna possível ter conhecimentos diferentes de uma a situação¹³⁶. Ortega y Gasset salienta que “é tão tênue a reação da língua aos caracteres da sociedade que, não apenas se diferenciam os de duas sociedades, como também dentro de uma mesma se modificam segundo o grupo social”¹³⁷.

O sistema de referência de Wittgenstein foi baseado na fenomenologia de Husserl (seu mestre)¹³⁸, haja vista que esta tem por objetivo descrever aquilo que parece¹³⁹. A fenomenologia surgiu com Franz Brentano, o qual foi professor de Husserl. Wittgenstein aponta também a existência de uma teoria dos jogos de linguagem¹⁴⁰, significando que “nos diferentes contextos, existem diferentes regras, podendo-se, a partir delas, determinar o sentido das expressões linguísticas”¹⁴¹.

Como bem pondera Lourival Vilanova “um sistema de normas jurídicas é um sistema de linguagem”¹⁴², donde se pode depreender que o jogo da linguagem jurídica é

¹³³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Nontagnoli. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 78.

¹³⁴ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 4.

¹³⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do Direito*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 22.

¹³⁶ No mesmo sentido: TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 8.

¹³⁷ GASSET, José Ortega. *El hombre y la gente*. Madrid : Revista de Occidente, 1957 ; p. 269.

¹³⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 200.

¹³⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: 2007, p. 510.

¹⁴⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Lógico-Philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.

¹⁴¹ CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do Direito*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 34.

¹⁴² VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 157.

o jogo do sistema de normas. O jogo jurídico e sociológico, como os diversos esportes, por exemplo, possuem cada um seu regramento e suas verdades estabelecidas por aquelas regras. A afirmação de que a verdade teria uma característica lógica da linguagem, acarreta sua relatividade.

Importante salientar que a classificação da verdade como lógica da linguagem, como relativa, longe de levar a um ceticismo em que não se acredita em qualquer verdade, admite sua ocorrência, mas dá ciência de sua mutabilidade, de sua dinâmica e do caráter autopoiético do Direito. Neste sentido, vale-se, aqui, das palavras de Descartes: “Não imitava, para tanto, os céticos, que só duvidam por duvidar e dão mostras de estar sempre irresolutos. Todo o meu intuito tendia, ao contrário, a me certificar, a afastar a terra movediça e a areia, para descobrir a rocha ou a argila”¹⁴³. Inclusive porque a verdade e sua utilidade jurídica podem ser concebidas como constituição de alegações pela linguagem do sistema jurídico, admitida conforme as regras da pertinente comunidade¹⁴⁴.

Lênio Streck, em sua obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, além de pregar o equívoco da não recepção da viragem linguística no modelo interpretativo jurídico vigente no Brasil até então, defende uma mudança de paradigmas com a adoção na hermenêutica da viragem precipitada em solo pátrio e a adoção de uma verdade que não é empírica e nem absoluta¹⁴⁵. Nesta concepção de verdade lógico-razoável da linguagem, inexistente na diferenciação entre verdade formal e material¹⁴⁶, pois, tendo a última caráter absoluto, refulgiria ao conhecimento humano¹⁴⁷.

Toda verdade científica seria formal¹⁴⁸, “pois todas estão impregnadas de um conteúdo concreto, determinado pelas épocas históricas em que foram proclamadas. A verdade de um momento histórico não é a de outro”¹⁴⁹.

Carnelutti, no alto de sua inteligência, deixa claro que a verdade jurídica é formal:

¹⁴³ DESCARTES, René. *Discurso do Método. Regras para a direção do Espírito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 39.

¹⁴⁴ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 15.

¹⁴⁵ Op. Cit. p. 61-87 e 168.

¹⁴⁶ No mesmo sentido: CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: 2001, p. 72.

¹⁴⁷ Também entendendo pelo colapso da diferenciação entre verdade formal e material: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 410-411.

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 53; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 409.

¹⁴⁹ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2011, p. 26.

[...] o resultado da pesquisa juridicamente limitada ou disciplinada não é mais verdade material, ou, como se diz com um eficaz truísmo, a verdade verdadeira, mas uma verdade convencional, que se batiza por verdade formal, sendo que essa conduz uma visão baseada nas formas, ou por verdade jurídica, obtida mediante leis jurídicas, não só mediante leis lógicas...¹⁵⁰.

Mattiolo relembra que “o ímpeto das paixões e as mil imperfeições humanas que recaem sobre a humanidade podem servir de véu à razão, escondendo o erro sob a aparência da verdade”¹⁵¹. E ainda, como no processo somente se obtém a verdade de acordo com o ordenamento jurídico e não se pode prolongar eternamente a busca desta verdade, entende-se, por mais este motivo, ser ela (a verdade) formal. Ainda que se buscasse a verdade eternamente não se poderia alcançá-la, além do que o preço desta perenização da busca seria muito mais maléfica do que a solução do conflito por meio da utilização do alto grau de probabilidade.

Lopes da Costa ensina que a pesquisa da verdade é um problema político, mas “a eternização do litígio é a negação do processo”¹⁵². Humberto Theodoro Júnior afirma que: “O juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a justiça postulada pelas partes”.¹⁵³ A finalização do processo é, segundo Chiovenda, uma “necessidade social”¹⁵⁴, devendo-se salientar que tal finalização deve se dar em prazo razoável, por ser este (duração e término do processo em prazo razoável) um direito fundamental processual (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal). Esta verdade formal não se confunde com verossimilhança, ao contrário do que alguns defendem¹⁵⁵. Isto porque a verossimilhança conforma-se com um grau de conhecimento menor do que no alto grau de probabilidade existente na verdade formal. Acreditar que o processo se contente com a verossimilhança implicaria em acreditar que poder-se-ia condenar um acusado de crime, ou alguém à perda do poder familiar, com base nela (na verossimilhança), o que seria desarrazoável, injusto e não pacificaria a sociedade.

¹⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. Roma: Edizione Dell’ateneo, 1947, p. 29.

¹⁵¹ MATTIROLLO, Luis. *Tratado de derecho judicial civil. Tomo II*. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós e Manuel López-Rey y Arrojo. Madrid: Editorial Réus, 1933, p. 236.

¹⁵² LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 69.

¹⁵³ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 424.

¹⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1923, p. 809.

¹⁵⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2008, p. 470.

Ademais, como se depreende do art. 273 do CPC¹⁵⁶ e do art. 276 do projeto do novo CPC¹⁵⁷, a verossimilhança equivale à mera probabilidade/plausibilidade e não mais que isto.

Já a condenação com base no alto grau de probabilidade alcançável no processo seria uma decisão legítima diante das limitações do conhecimento humano. O alto grau de probabilidade tem segundo o que segundo Calamandrei chama de “aparência (que pode ser ilusão também) de verdade”.¹⁵⁸

Importante salientar que, apesar de a verdade se basear no alto grau de probabilidade, ela pode sofrer mitigação quando em confronto com outro interesse mais relevante no caso concreto. Por isto, admitem-se decisões em sede de cognição sumária (liminares e tutela antecipada) com base apenas na verossimilhança da alegação, não se exigindo o alto grau de probabilidade existente quando do exaurimento da cognição. Também há situações em que o grau de probabilidade é tamanho que se pode falar em uma “tutela de evidência”, ainda que em sede de cognição não exauriente¹⁵⁹. Trata-se da consideração da verdade como evidência pregada como primeiro preceito por Descartes: “nunca aceitar alguma coisa como verdadeira sem que a conhecesse evidentemente como tal”¹⁶⁰. Apesar disto, Marinoni e Arenhart deixam claro que “não se pode negar que a idéia de se atingir, por meio do processo, a verdade real sobre determinado acontecimento não passa de mera utopia”¹⁶¹.

Como bem lembrado por Fredie Didier¹⁶², Carlos Drummond de Andrade em seu poema “A verdade” aponta muito bem a impossibilidade do alcance da verdade absoluta:

A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar

¹⁵⁶ “Art. 273 do CPC - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e [...]”.

¹⁵⁷ “Art. 276 do projeto do NCPC - A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação”.

¹⁵⁸ CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*. Vol. III. Napoli: Morano, 1965; p. 319.

¹⁵⁹ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 305-334.

¹⁶⁰ Discurso do Método. *Regras para a direção do Espírito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 23.

¹⁶¹ Op.cit. p. 33.

¹⁶² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Salvador: Editora Jus Podium, 2010, p. 166.

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 a sua segunda metade
voltava igualmente com meios perfis
e os meios perfis não coincidiam verdade...

Tárekky Moysés Moussallem avaliza tal entendimento deixando claro que “a tradicional classificação da verdade em material e formal passa a ser irrelevante, uma vez que, no sistema adotado, toda verdade passa a ser formal, ou seja, verdade dentro de um sistema de linguagem”¹⁶³.

Conclui-se, portanto, que não vinga a tese de que a verdade material seria o escopo básico do processo. Ademais, esta espécie de verdade, baseia-se no positivismo clássico, recém-ultrapassado pelo pós-positivismo e incompatível com a realidade atual. Igualmente, ao se entender que a verdade jurídica, notadamente a verdade processual, caracteriza-se como formal, não se está falando em uma não-verdade, mas em uma verdade obtida de acordo com determinadas regras do jogo jurídico.

A verdade é obtida de acordo com as normas jurídicas e dentro de um agir comunicativo (dialética e discursivamente) como aponta Habermas¹⁶⁴. Trata-se da forma de melhor argumento, que assegura aos indivíduos participar e influenciar na construção da decisão judicial por meio de um procedimento¹⁶⁵. Acresce-se também que o mero fato de a verdade obtida ser formal e não material não retira a importância da primeira, a uma porque verdade material é utópica e a duas porque, inobstante seja formal, ainda sim é uma verdade, e mais, é a verdade passível de ser apreendida pelo intelecto humano e pelas normas jurídicas.

A mera busca da verdade atrelada à resolução do conflito, conforme as normas do ordenamento jurídico, já acarretaria a legitimidade da decisão judicial, tendo como objetivo-mor a justiça da decisão¹⁶⁶. Caso haja a carência de qualquer uma destas 3 características (busca da verdade, ou resolução de conflitos, ou conformidade com as normas do ordenamento jurídico), a decisão será ilegítima.

¹⁶³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 18.

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 261.

¹⁶⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio*. Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey,

¹⁶⁶ Neste sentido: CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: 2001, p. 76.

Como já dito, a noção de absolutismo da verdade material (certeza)¹⁶⁷ cede quando colocada frente à noção de verdade formal que, por sua vez, é atrelada à noção de alto grau de probabilidade¹⁶⁸.

Pelo exposto, adotamos a verdade lógico-razoável da linguagem no presente estudo por ser a que melhor se relaciona com o tema do neoconstitucionalismo¹⁶⁹ ¹⁷⁰, neoprocessualismo e das provas¹⁷¹, deixando claro que, no âmbito jurídico, a verdade dá-se quando as alegações realizadas por meio da linguagem do Direito é aceita conforme as normas deste sistema por meio de um método dialético-discursivo.

2.2. A relação da prova com a verdade lógico-razoável da linguagem

O meio, por excelência, para viabilizar o alcance da verdade lógico-razoável da linguagem (verdade formal) é a prova que também tem como função conceder legitimidade à decisão judicial e segurança jurídica que está prevista no caput do art. 5º da Constituição Federal. A prova não intenta demonstrar a verdade material (absoluta), mas apenas como o fato *provavelmente* ocorreu (verdade lógico-razoável da linguagem)¹⁷². Os sempre lembrados Marinoni e Arenhart apontam “ser impossível atingir-se a verdade sobre certo evento histórico. Pode-se ter uma elevada probabilidade

¹⁶⁷ Defendida por SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. Accommodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas. Imprensa: Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p. 158; LESSONA, Carlos. *Teoria General de la Prueba en Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1957, p. 3; MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado de La prueba en matéria criminal*. Madrid: Editorial Reus, 1929, p. 104 e MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927, p. 84-85.

¹⁶⁸ É chamada de “verdade aproximativa” por FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.52.

¹⁶⁹ Ana Araújo Ximenes Teixeira Mendes verifica o nexo entre o giro linguístico e o neoconstitucionalismo, a que ela chama de Nova Hermenêutica Constitucional. MENDES, Ana Araújo Ximenes Teixeira. A eficácia das normas constitucionais e a interpretação pragmática da Constituição. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 6, n. 2, p. 79-110, ago./dez. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25851>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

¹⁷⁰ Lênio Streck menciona que a nova hermenêutica – que segundo nós é o neoconstitucionalismo – baseia-se na filosofia da linguagem e coloca a Constituição em toda sua substancialidade no *topos* hermenêutico. Op. Cit. p. 241.

¹⁷¹ No mesmo sentido: CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do Direito*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 28.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009, p. 37.

sobre como ele se passou, mas nunca a certeza da obtenção da verdade”¹⁷³. Como bem observado por Elmir Duclerc a prova seria uma comunicação entre sujeitos¹⁷⁴.

Apesar de a lógica ser base para todo o Direito positivo¹⁷⁵, é no campo das provas que ela incide com maior intensidade. A preponderância da lógica no campo probatório pode ser percebida a partir do título de algumas obras clássicas como “*A Lógica das provas em matéria criminal*”, de Malatesta.

Crê-se, no entanto, que não reina a lógica tradicional, mas aquela concepção por nós defendida de lógico-razoável da linguagem. Por conseguinte, é por meio das provas que se alcança a verdade jurídica, a qual tem natureza eminentemente formal (e não material), como aponta Comoglio, Ferri e Taruffo: “deve-se ter em conta o fato que no processo, como de resto em cada outro contexto nos quais se realizam conhecimentos práticos e empíricos, se trata sempre de verdade relativa e nunca de verdade absoluta”¹⁷⁶.

Deve-se, portanto, romper com o dogma de que o direito (e notadamente o processo civil) busca a verdade material (absoluta), o que, há muito, já foi abandonado pela filosofia e em outros setores do conhecimento^{177 178}, reconhecendo na prova o instrumento por excelência para o alcance da verdade formal (verdade lógico-razoável da linguagem).

2.3. Conceito

Affonso Fraga noticia que a palavra prova advem do latim, *probatio*, que, por sua vez, procede do verbo *probare* que, por sua vez, origina-se de *probo*, relacionado a homem de fé, sendo que dar prova seria demonstrar um fato como caberia aos homens

¹⁷³ Op.cit. p. 37.

¹⁷⁴ DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática* construída através do processo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 16.

¹⁷⁵ VILANOVA, Lourival. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 157.

¹⁷⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. Vol. I. Bologna: Società editrice Mulino, 2011, p. 458.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009, p. 81.

¹⁷⁸ Entendendo também que o processo civil alcança apenas a verdade formal: THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 425; GIANNICO, Maricé. *A prova no código civil: natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 76-77.

de fé¹⁷⁹. A palavra prova é, no entanto, polissêmica, admitindo vários significados, tanto no sentido comum como no âmbito jurídico.

Apesar de vários doutrinadores desejarem conceituar a prova conforme se tratar de instrumento, atividade, meio ou resultado, entende-se ser possível delimitar um conceito único, como bem o fazem Marinoni e Arenhart¹⁸⁰ e Sentis Melendo¹⁸¹. Acredita-se, entretanto, que, para bem se poder conceituar a prova jurídica, deve-se anteriormente delimitar qual seu objeto e sua finalidade. Quanto ao objeto, a doutrina clássica (positivista) sempre relacionou a prova aos fatos da causa, classificando a verdade como correspondência do enunciado ao dito fato. Entendem que os fatos são objeto da causa, dentre outros Chiovenda¹⁸², Carlos Lessona¹⁸³, Moacyr Amaral dos Santos¹⁸⁴, Liebman¹⁸⁵, José Frederico Marques¹⁸⁶, Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁸⁷, Leonardo Greco¹⁸⁸, Cássio Scarpinella¹⁸⁹ e Arruda Alvim¹⁹⁰.

A doutrina clássica entende que a prova seria “um instrumento para descobrir e conhecer com exatidão os fatos da causa (função epistêmica, que considera a prova instrumento de conhecimento)” e que “um fato ‘está provado’ quando o juiz consegue atestar, objetiva e racionalmente, a sua existência, à luz dos elementos obtidos com a atividade probatória”¹⁹¹. Crê-se que tal corrente não é a mais adequada na atualidade¹⁹².

A doutrina mais avançada sobre a matéria de prova pondera que “importa, assim, buscar nova dimensão para situar o conceito, apta a fazer frente às premissas

¹⁷⁹ FRAGA, Affonso. *Instituições do processo civil brasileiro*. Tomo II. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1940.

¹⁸⁰ Op. Cit. p. 57.

¹⁸¹ Op. Cit. p. 557.

¹⁸² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Vol. III. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, p. 205.

¹⁸³ LESSONA, Carlos. *Teoria General de la Prueba en Derecho Civil: parte general*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1928, p. 3.

¹⁸⁴ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 10.

¹⁸⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Vol. II, 1. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, p. 75.

¹⁸⁶ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 176.

¹⁸⁷ MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2009, p. 197.

¹⁸⁸ GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*. Campos: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, n.º 4 e Ano V, n.º 5 – 2003-2004, p. 229.

¹⁸⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, procedimento ordinário e sumário*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 281.

¹⁹⁰ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2008, p. 472.

¹⁹¹ MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2009, p. 198-199.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009, p. 57.

anteriormente expostas sobre a forma do conhecimento, conforme verificadas pela filosofia atual”¹⁹³.

Atendendo a isto, a teoria adotada (verdade lógico-razoável da linguagem) tem na prova o instrumento processual que busca demonstrar a veracidade das alegações e não a veracidade dos fatos, pois estes últimos somente fazem sentido diante de um dado sistema de linguagem (*in casu*, o sistema jurídico). Sem o sistema de linguagem, os fatos nada representariam, pois, em processo, como lembra Taruffo, no geral, ou se fala ou se escreve, sendo os fatos objetos da atividade linguística e conteúdo de enunciados linguísticos. O fato deve ser construído pelo enunciado¹⁹⁴. Ortega y Gasset arremata dizendo que

as palavras não são palavras senão quando são ditas por alguém a alguém. Somente assim, funcionando como concreta ação, como ação vivente de um ser humano sobre outro ser humano, tem realidade verbal. E como os homens entre quem as palavras se cruzam são vidas humanas e toda vida se é em todo instante uma determinada circunstância ou situação, é evidente que a realidade ‘palavra’ é inseparável de quem a diz, de quem a ouviu e da situação em que isto acontece. Todo o que não seja tomar assim a palavra é converte-la em uma abstração, é desvirtuá-la, amputar-la e quedar-se apenas como um fragmento sem vida dela¹⁹⁵.

Castro Mendes não destoa ao concluir que

[...] os atributos que podemos ligar ao objecto substantivo da prova – *máxime* os de verdadeiro e falso – mostram que esse objecto substantivo não é a realidade em si, mas uma representação intelectual da a – formada por conceitos e juízos ou proposições –, ou a sua expressão em termos e afirmações¹⁹⁶.

Carnelutti advoga que o objeto da prova são preposições (alegações) e não fatos, pois os fatos se conhecem e as alegações se provam:

Na linguagem comum *prova* se usa para *controle da verdade de uma proposição*; não se fala de *prova* se não a respeito a qualquer coisa que venha afirmada, quando se trata de controlar-lhe a exatidão; não

¹⁹³ Op. Cit. p. 57.

¹⁹⁴ TARUFFO, Michelle et all. *La prova nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2012, p. 3 e 6-16.

¹⁹⁵ GASSET, José Ortega. *El hombre y la gente*. Madrid : Revista de Occidente, 1957 ; p. 274.

¹⁹⁶ CASTRO MENDES, João de. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Edições Ática, 1961, p. 482.

pertence a prova o procedimento pelo qual se descobre uma verdade não afirmada, mas ao invés, aquele pelo qual se demonstra ou se encontra uma verdade afirmada. Talvez o exemplo mais apropriado para por em evidência este conteúdo comum do conceito seja a antítese entre a *operação aritmética* e a *prova da operação*; a prova não se sabe antes que a operação seja completa e se pensa apenas para controlar o resultado novo, que aquela porta ao afirmar.

A rigor, portanto, a prova se deve distinguir do *procedimento empregado* para o controle da preposição (afirmada); a distinção emerge claríssima do exemplo da operação aritmética: a prova (do resultado) de uma operação se faz *mediante uma outra operação* que é a operação de prova. Assim, a prova da afirmação entorna da existência de um fato se faz mediante o *conhecimento* do o fato; o *conhecimento* não é a prova mas dá a prova das afirmações. Deste lado é justo reconhecer que objeto da prova não são os fatos, mas as afirmações; as afirmações não se conhecem, mas sim controlam, e os fatos não se controlam, mas se conhecem^{197 198}.

Cambi, a esse respeito, não diverge:

Entretanto, os fatos não são um *dado*, mas, ao contrário, *algo* a ser investigado, *construído*, no processo, a partir do resultado da atividade probatória desenvolvida pelas partes, em colaboração com o juiz, e da valoração a ser atribuída a essas provas. Os fatos, por si só, não tem sentido; são as partes, conforme a leitura que fazem desses fatos, segundo seus interesses, e o juiz, conforme o seu dever de resolver os conflitos de interesses para pacificá-los com justiça, que, ao longo do *procedimento participativo*, vão dar significação aos fatos. O mundo empírico, por ser exterior, deve ser *trazido* ao processo, não como um dado, mas como *algo* a ser investigado, confrontado e, portanto, construído; enfim, o sentido dos fatos, para a solução das controvérsias jurídicas, é obtido ao longo da celebração dialética e contraditória do procedimento¹⁹⁹.

Sentis Melendo cita duas situações processuais em que resta demonstrado que a prova tem como objeto as alegações e não os fatos: a absolvição por falta de provas e a confissão judicial não correspondente à realidade²⁰⁰. Inclui-se também que, acaso fosse

¹⁹⁷ Op. Cit. p. 48-51.

¹⁹⁸ No mesmo sentido: MELENDO, Santiago Sentis. *Estudios de Derecho Procesal*. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1967, p. 523; CARRATTA, Antônio. Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Bologna: CEDAM, Ano LVI, , p. 73-74, Gen-Mar 2001; SPIEGELBERG, José Luis Seoane. *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil 1/2000: disposiciones generales y presunciones*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007, p. 165; ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Trad. Ângela Romera Vera e Superv. Eduardo B. Carlos e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955, p. 200.

¹⁹⁹ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: 2001, p. 52-53.

²⁰⁰ Op. Cit. p. 534.

objeto probatório a obtenção dos fatos ocorridos, melhor seria valer-se no processo de um historiador e não de um magistrado.

O ZPO alemão, que é um dos mais avançados códigos de processo civil do mundo, prevê em seu §286 que o objeto da prova são as alegações fáticas.

Outra razão para se entender que o objeto das provas são as alegações (e não os fatos) dá-se porque há alegações de direito segundo ensina Sentis Melendo:

Ao dar o conceito de prova se há estabelecido que se provam afirmações; mas essas afirmações podem referir-se aos direitos ou ao direito; normalmente, apenas os direitos exigem prova; mas nem sempre a exigem; e tampouco sempre se há de provar na a forma; será necessário estudar quando o fato não necessita ser provado (fatos notórios; fatos evidentes); e quando a prova se há de submeter a determinadas normas (fato novo). Como regra geral, o direito não há de ser provado; mas excepcionalmente pode exigir prova; será necessário estudar os casos em que o direito nacional escrito necessita ser provado; quando há de ser provado, e quando não, o direito estrangeiro; e quando há de ser provado o direito consuetudinário; e, com respeito a todos eles, como se há de efetuar a prova^{201 202}.

Exemplifique-se com uma ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal que obriga Shoppings Centers de determinada cidade a oferecer estacionamento gratuito. Tal ação pode não necessitar de prova de nenhum fato, mas será imprescindível a prova do direito, ou seja, da existência da lei municipal com tal teor. Por isso, o art. 337 do CPC dispõe corretamente que a prova se vincula às alegações: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”. O art. 362 do Projeto do Novo CPC possui idêntico sentido e praticamente igual redação.

Ademais, em outras passagens da legislação pátria, quando se faz menção aos fatos como objeto da prova como, por exemplo, no art. 332 do CPC²⁰³ e no art. 353 do

²⁰¹ Op. Cit. p. 557.

²⁰² No mesmo sentido: LESSONA, Carlos. *Teoria General de la Prueba en Derecho Civil: parte general*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1928; p. 185; SPIEGELBERG, José Luis Seoane. *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil 1/2000: disposiciones generales y presunciones*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007, p. 189.

²⁰³ Art. 332 do CPC – Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa.

Projeto do Novo CPC²⁰⁴, devem tais menções serem entendidas, como explicita Carratta, como abreviação da prova da veracidade das alegações do fato^{205 206}.

Dinamarco avaliza:

[...] provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou não existe, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes²⁰⁷.

Também como mencionado por Camilo Zufelato já se pacificou que a coisa julgada não diz respeito a imutabilidade dos fatos, mas sim de uma necessidade de imutabilidade dos conflitos no âmbito processual.²⁰⁸

Correta é a disposição do art. 273 do CPC que prevê como requisito da antecipação de tutela a verossimilhança das “alegações” e não dos “fatos”. Marinoni e Arenhart seguem igual trilho ao definir a prova como “meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”²⁰⁹.

Quanto à crítica de alguns de que a teoria defendida não procederá em decorrência de existir provas independentemente de alegações, a não prospera. Não prospera porque, ainda que a prova tenha sido produzida sem qualquer alegação, ela somente fará sentido se verificada em consonância com uma interpretação. Assim, a prova tem como objeto a demonstração da veracidade das alegações e não dos fatos.

Fabiana Del Padre Tomé conceitua prova como um instrumento de “demonstração da veracidade de uma proposição, de acordo com determinados princípios lógicos e regras de inferência”²¹⁰. Entendem que a prova tem como objeto alegações e não fatos,

²⁰⁴ Art. 353 do projeto do NCPC - As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz.

²⁰⁵ CARRATTA, Antônio. Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Bologna: CEDAM, Ano LVI. Gen-Mar 2001, p. 74.

²⁰⁶ No mesmo sentido: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*. Milano: Giuffrè Editore, 1992a, p. 67-71.

²⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 58.

²⁰⁸ ZUFELATO, Camilo. *Cosa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011; p. 28.

²⁰⁹ Op. Cit. p. 57.

²¹⁰ Op. Cit. p. 10.

Friedrich Lent²¹¹, João de Castro Mendes²¹², Couture²¹³, João Batista Lopes²¹⁴, Alexandre Freitas Câmara²¹⁵ e José Luis Seoane Spiegelberg²¹⁶, além dos já citados Cernelutti, Sentis Melendo, Dinamarco, Marinoni e Arenhart e Fabiana Del Padre Tomé. Destarte, a prova conecta a verdade (formal) ao enunciado e não aos fatos.

No que se refere à finalidade da prova, Echandia noticia que há três correntes cujas finalidades são: a) estabelecer a verdade material; b) obter o convencimento do juiz; c) fixar os fatos do processo²¹⁷. A prova como fim para o estabelecimento da verdade material – como já demonstrado anteriormente – não procede, por aquela refugir ao conhecimento humano. Ainda há situações em que, segundo a visão de cada um dos litigantes, cada um tem a convicção de que a “verdade” está a seu lado.

Já no que se refere ao entendimento da prova como meio para a fixação dos fatos do processo, este (entendimento) também não vinga, em primeiro lugar por tornar o instrumento (prova) como meio em si, em segundo lugar porque a prova visa comprovar as alegações e não os fatos e finalmente porque ignora o destinatário da prova (o julgador). Por conseguinte, acredita-se que a finalidade da prova no processo civil é convencer o julgador²¹⁸, pois, como mencionado, é no processo que a prova tem relevância dobrada.

²¹¹ LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Parte Prima. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 197.

²¹² MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Edições Ática, 1961, p. 481.

²¹³ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979, p. 65.

²¹⁴ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2006, p. 25.

²¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 392.

²¹⁶ SPIEGELBERG, José Luis Seoane. *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil 1/2000: disposiciones generales y presunciones*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007, p. 165.

²¹⁷ ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal: pruebas judiciales*. Tomo II. Bogotá: Editorial ABC, 1973, p. 74-75.

²¹⁸ No mesmo sentido: THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 422; RAMALHO, Joaquim Ignácio. *Prática civil e comercial*. São Paulo: Typographia Imparcial de Joaquim Roberto de Azevedo Marques, 1861, p. 92; Vol. III. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, p. 205; SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 8; ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo II. Tucumán: Compañía Argentina de Editores, 1956, p. 178; SANTOS, Gil do. *A prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2010, p. 25; WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2007, p. 409; ANDRADE, Adalberto Guedes Xavier de. A aplicabilidade do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 126, ano 30, 2005; p. 219; ARAGÃO, E. D. Moniz de. Direito à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 39, 1995; p. 98; LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Parte Prima. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 197.

Do explicitado, pode-se concluir que prova judicial é o instrumento processual para a comprovação das alegações das partes e demais participantes do processo, com o escopo de convencer o julgador. Na prova judicial, o magistrado é – portanto – o destinatário da prova²¹⁹, tendo em vista que esta visa convencê-lo das alegações para se obter uma tutela jurisdicional favorável ao bem da vida pretendido.

Tanto as provas quanto as alegações são mecanismos de argumentação jurídica (retórica)²²⁰, sendo que – como conta Elicio de Cresci Sobrinho – a idéia de prova como *argumentum* não é nova, existindo desde a Grécia antiga²²¹.

2.4. Fases da prova

A prova passa por fases. São elas: proposição ou requerimento, admissão, produção e valoração. Proposição é a fase em que a parte pleiteia a admissão ou a produção de determinada prova. É o momento em que a parte especifica quais as provas pretende produzir.

A proposição é realizada, via de regra, pelo Autor em sua petição inicial (art. 282, VI do CPC²²² e 293, VI do projeto do novo CPC²²³) e pelo Réu em sua contestação (art. 300 do CPC²²⁴ e art. 325 do projeto do novo CPC²²⁵). Pode-se admitir a proposição de prova após tais momentos processuais, de forma excepcional, nas hipóteses legalmente previstas, como no caso de fato novo (art. 462 do CPC²²⁶ e 480 do projeto do novo

²¹⁹ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. Campos: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, n.º 4 e Ano V, n.º 5, p. 229, 2003-2004; DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 176.

²²⁰ Também entendem que as provas são instrumentos de retórica (argumentação jurídica): PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 164; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009, p. 51-53.

²²¹ SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Fundamentos Histórico-Retóricos da Teoria Geral da Prova*. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 63, 2007; p. 42-43.

²²² Art. 282 do CPC – A petição inicial indicará: (...) VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.

²²³ a redação do art. 282 do CPC.

²²⁴ Art. 300 do CPC – Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

²²⁵ a redação do art. 300 do CPC.

²²⁶ Art. 462 do CPC - Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

CPC²²⁷), de segunda perícia, quando a primeira for inconclusiva (art. 437 do CPC²²⁸ e art. 165 do projeto do novo CPC²²⁹).

Admissão é o momento pelo qual o magistrado permite/determina ou não a produção de determinada prova. Trata-se de verdadeiro juízo de admissibilidade da prova. Na fase de admissibilidade, na maioria das vezes, dá-se a análise se a prova é lícita, pertinente e relevante. A necessidade de licitude se dá por exigência do art. 5º, LVI da Constituição Federal, que proíbe, a priori, provas ilícitas: “art. 5º, LVI da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A necessidade de pertinência e relevância da prova se dá pela disposição do art. 130 do CPC ao mencionar que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. O art. 354 do projeto do novo CPC tem redação similar²³⁰. A questão da licitude e ilicitude da prova vem tratada no próximo capítulo.

Já a pertinência é o liame lógico entre a prova que se deseja produzir e as alegações que se deseja provar. A pertinência verifica se a prova tem a possibilidade lógica-abstrata de produzir os efeitos previstos nas alegações. A pertinência se vincula à utilidade. Assim, um pedido de realização de prova pericial de uma construção supostamente mal feita se mostraria impertinente se a dita construção já tivesse sido demolida.

A relevância mencionada é a relevância jurídica, a qual ocorre quando as provas propostas visam demonstrar a veracidade das alegações que tenham importância para a demanda. Questões que não são importantes para a lide são irrelevantes e não são admitidas. A exigência da relevância da prova é tamanha que entendem alguns que existe até um princípio de relevância²³¹. Seria irrelevante, por exemplo, o deferimento de oitiva de testemunha sobre fato incontroverso nos autos.

²²⁷ a redação do art. 462 do CPC.

²²⁸ Art. 437 do CPC - O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

²²⁹ a redação do art. 437 do CPC.

²³⁰ Art. 354 do projeto do NCPC – Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

²³¹ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. Vol. I. Bologna: Società editrice Mulino, 2011, p. 473.

Caso a prova seja pré-constituída (prova existente anteriormente e fora do processo)²³², verificar-se-á se ela é lícita, pertinente e relevante e se poderá permanecer nos autos, ou, no caso de ser constituenda (prova a ser produzida no curso do processo)²³³, analisar-se-á se esta é lícita, pertinente e relevante para ser produzida. Como somente se permite a produção de prova lícita, pertinente e relevante, pode o magistrado determinar que as partes especifiquem as provas, justificando-as, sob pena de não admiti-las.

A produção, por sua vez, é o momento em que a prova é realizada ou introduzida no processo. Quanto às provas pré-constituídas, a produção se dá normalmente acompanhando a petição inicial e a contestação. As provas constituendas são produzidas comumente na audiência, uma vez que o art. 336 do CPC dispõe que “salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência”. Ao se admitir a prova pré-constituída no processo, considera-se a prova produzida naquele momento, segundo magistério de Marinoni e Arenhart, porque “produzir” é utilizar a prova²³⁴.

Já a valoração é o momento processual em que o magistrado analisa a prova para a formação de seu convencimento judicial ou “o processo intelectual destinado a estabelecer a verdade produzida pelas provas”²³⁵. É quando se determina o valor da prova²³⁶. Normalmente, tal valoração é realizada em sede de antecipação de tutela ou sentença e julgamento pelo tribunal, devendo a prova ser valorada individualmente e em conjunto com os demais elementos do processo.

Acontece de, em algumas situações, se alterarem ou eliminarem alguma das fases da prova. Assim, pode ocorrer de a proposição da prova ser realizada antes do ajuizamento do processo a que se destina, como é o caso da produção antecipada de prova (art. 846/851 do CPC e art. 367/369 do projeto do novo CPC). Cite-se, por exemplo, a oitiva de testemunha de avançada idade ou gravemente enferma, a busca e apreensão de computador de indivíduo acusado de invadir computador de terceiro e divulgar fotos comprometedoras da vítima. Pode o juiz ainda verificar a ilicitude de uma prova somente na sentença. Ainda pode ocorrer de uma prova pré-constituída que se

²³² COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. Torino: UTET Giuridica, 2012, p. 182.

²³³ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. Torino: UTET Giuridica, 2012, p. 182.

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 110.

²³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 352.

²³⁶ MELENDO, Santiago Sentis. *Estudios de Derecho Procesal*. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1967, p. 559.

encontrava com terceiros vir aos autos e ser admitida, quando se confundiria a fase de proposição e admissão.

2.5. A prova como direito fundamental

Debate-se ser a prova um direito fundamental, ou não. Antes de obter resposta a tal questionamento, importante será debruçar-se sobre a origem dos direitos fundamentais, analisar a in(existência) de diferenciação entre direitos e garantias fundamentais, estudar a possibilidade de ocorrência de direitos implícitos e a importância da prova. Com tais análises (empreendidas com apego em trabalho realizado anteriormente sobre o tal tema²³⁷), poder-se-á responder com maior segurança se a prova é um direito fundamental.

2.5.1. Origem dos direitos fundamentais

Para os jusnaturalistas, existem direitos universais inerentes e indissociáveis do ser humano, os quais são chamados de direitos naturais. Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco*, afirma que “existe um direito natural, que é igual em toda parte e possui força de lei universal, seja reconhecido como tal, ou não o seja”²³⁸. Direitos estes nascidos com os primeiros seres humanos e que apenas serão fulminados com o perecimento da humanidade²³⁹.

Assim, os direitos naturais acima citados (não positivados) foram designados de direitos do homem. Apesar da denominação de “direitos”, eles eram somente reconhecidos no campo da filosofia. Foram os filósofos gregos os primeiros a pregar a existência de direitos naturais (Homero, Hesíodo, Sófocles, Heráclito, Protágoras, Sócrates, Platão, dentre outros).

O Cristianismo – por sua vez – foi o responsável pela propagação de tais direitos naturais, incluindo o direito de resistência ao soberano em determinados casos. O

²³⁷ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. O princípio da imparcialidade do julgador como garantia fundamental e seus efeitos no processo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 186, 2010, p. 332-352.

²³⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* apud SODER, José. *Direitos do homem*. São Paulo: Nacional, 1960, p. 26.

²³⁹ SODER, José. *Direitos do homem*. São Paulo: Nacional, 1960, p. 15.

Cristianismo, conjuntamente com a doutrina germânica de resistência ao poder, provocou, segundo José Soder, uma clara limitação aos poderes do Estado²⁴⁰.

Para frear os direitos de resistência, alguns soberanos elaboraram documentos jurídicos dando forma a tais direitos de resistência, chegando-se ao ápice ao torná-los – com a Magna Charta do Rei João Sem Terra (1215) – elemento constitucional do Estado²⁴¹. Procedeuse, neste momento, a recepção de tais direitos universais dos seres humanos (o que somente parte deles), os quais, em momento posterior, passaram a ter maior influência no mundo por meio de grandes pensadores como Grócio, Hobbes, Locke, Rousseau, Paine, Kant, (dentre outros) e de Declarações nacionais e internacionais de direitos humanos (Declaração da Independência dos Estados Unidos, Declaração dos Direitos do Homem e da Cidadania, Revolução Francesa e Declaração Universal dos Direitos do Homem).

Tais declarações nacionais e internacionais de direitos humanos surgiram quase todas após períodos traumáticos da humanidade, como as Guerras Mundiais. Estes direitos do homem, positivados no direito internacional, foram denominados de direitos humanos. E, quando tais direitos humanos são recepcionados pela ordem positivo-constitucional, são denominados direitos. Desta forma, os direitos fundamentais nada mais são do que os direitos humanos positivados no ordenamento constitucional de cada país. E positivados não quer dizer necessariamente escritos, podendo ser implícitos, desde que reconhecidos pela ordem constitucional.

Assim, nada impede que existam direitos para uma determinada nação que não o sejam para outra. Por tudo isso, entende-se que a Magna Carta foi a origem dos direitos fundamentais e que estes representam a manifestação positivada dos direitos humanos.

No âmbito judicial, a primeira admissão dos direitos fundamentais deu-se com o Caso Lüth, que se refere a um processo judicial ocorrido na Alemanha no pós-guerra no qual Veit Harlan (diretor de cinema e responsável pela propaganda nazista nos cinemas no período da guerra) ingressou com ação de indenização em desfavor de Erich Lüth (influyente judeu alemão e Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo) por este último ter feito um manifesto e conclamado os alemães a boicotarem o último filme de Veit Harlan. A questão chegou ao Tribunal Constitucional Federal Alemão com decisão do Tribunal Estadual contrária a Eric Lüth. Em sede de reclamação constitucional, Lüth aduziu que possuía o direito fundamental de liberdade de expressão do pensamento,

²⁴⁰ Op. Cit. p. 49.

²⁴¹ Op. Cit. p. 50.

vinculativa de terceiros. O Tribunal Constitucional Federal acatou tal argumentação lançando a base dogmática dos direitos fundamentais como direitos públicos de resistência contra o Estado e terceiros e como ordem axiológica.

2.5.2. Diferenciação entre direitos e garantias fundamentais

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu Título II (arts. 5º a 17), os direitos e garantias fundamentais. Ambos (direitos e garantias fundamentais) possuem o traço da fundamentalidade. A fundamentalidade se dá: a) por expressa previsão no Título II da Constituição Federal (Dos direitos e garantias fundamentais) e/ou b) por ser considerada de extrema importância para o ordenamento jurídico pátrio e por decorrer do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna, ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte.

Alguns doutrinadores defendem existir diferença entre direitos e garantias fundamentais, pelo fato do Título II fazer tal separação.

Ousa-se discordar. Primeiramente, como facilmente se percebe da Constituição Federal de 1988 em seu Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), não se pode mencionar que o constituinte teve intenção de diferenciar ambos, haja vista que a inclusão dos dois termos (direitos e garantias) pode ser mero recurso enfático para não deixar dúvidas que a proteção engloba os direitos fundamentais seja o nome dado a eles.

Ademais, garantias são verdadeiros direitos e direitos verdadeiras garantias, além de que não tem qualquer importância prática ou jurídica a diferenciação entre direitos e garantias fundamentais.

Diante disto, adota-se a nomenclatura de direitos fundamentais, a qual engloba o sinônimo garantias fundamentais.

2.5.3. Os direitos fundamentais implícitos e os pseudo-direitos fundamentais

Além de inúmeros direitos expressamente previstos (devido processo legal – art. 5º, LV, contraditório e ampla defesa – art. 5º LIV possibilidade de a associação representar seus associados quando expressamente autorizada – art. 5º XXI etc.), a Constituição Federal de 1988 dispôs, em seu §2º, que “os direitos e garantias expressos nesta

Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Tal norma foi – segundo Ingo Wolfgang Sarlet – inspirada na IX Emenda da Constituição dos EUA que, por sua vez, inspirou outras ordens constitucionais, como a portuguesa de 1911, a qual traz em seu bojo o entendimento de que, além do conceito formal de direitos fundamentais, a Carta Magna brasileira adotou o conceito material de direitos fundamentais, “no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, o não constando no catálogo”²⁴². São os chamados direitos fundamentais “implícitos, decorrentes, materialmente fundamentais”²⁴³ ou ocultos²⁴⁴. Pode-se citar como exemplos o direito fundamental à imparcialidade²⁴⁵, à busca da felicidade²⁴⁶, dentre outros.

Cite-se ainda que antes do advento da Constituição Federal de 1988 (onde não havia expressamente o direito fundamental do devido processo legal e duração razoável do processo), o Prof. Humberto Theodoro Júnior em tese de doutoramento (*A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*) já defendia a existência de tais direitos implícitos²⁴⁷.

Ao contrário do que menciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁴⁸, o §2º do art. 5º da Constituição Federal é de vital importância, primeiramente porque permite expressamente a existência de outros direitos fundamentais implícitos e, em segundo lugar por permitir maior elasticidade ao operador do Direito, possibilitando a adequação de tais direitos, de acordo com o período vivido, se adaptando a novas realidades futuras.

Entende-se que “decorrência do regime ou dos princípios adotados pela Carta Magna” quer dizer “com base” nas disposições do Título I (arts. 1º ao 4º da Constituição Cidadã) e Título II (art. 5º a 17 da Carta Magna). Ademais, o

²⁴²SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78-79.

²⁴³SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 79, 80.

²⁴⁴SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social*. RT 857/36.

²⁴⁵TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *Inibições processuais: abstenção, impedimento e suspeição no processo civil, processo administrativo e arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011; p. 37.

²⁴⁶STF – RE 477554 AgR/MG – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 16/08/2011.

²⁴⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987; p. 9 e 32-33.

²⁴⁸FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 100.

reconhecimento da existência de direitos fundamentais implícitos é pura decorrência de interpretação teleológica e sistemática pelo operador do Direito. Ou seja, o intérprete não aplica a lei, mas antes, aplica o Direito.

A marca da fundamentalidade pode se dar também quando o direito for decorrente de tratados de que o Brasil faça parte. E a expressão “tratados” prevista no art. 5º, §2º da Constituição Federal é ampla, abrangendo também pactos e convenções²⁴⁹.

De igual forma que podem existir direitos fundamentais não previstos no rol do Título II da Constituição Federal (Dos direitos e garantias fundamentais), podem existir outros valores constitucionais que constam no dito rol, mas não são verdadeiramente direitos fundamentais. O simples fato de o valor constitucional constar no Título II não atrai, por si só, o traço da fundamentalidade.

Há, como deixa claro Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, normas constantes do Título dos Direitos fundamentais da Lei Fundamental alemã que não são verdadeiros direitos fundamentais, mas versam “sobre direitos fundamentais” e são chamadas por eles como “normas jurídico-orgânicas”, o que também se aplica ao Brasil:

O fato de o capítulo I ser a localização dos direitos fundamentais não significa que todas as normas deste capítulo sejam direitos fundamentais. A par de direitos fundamentais e de normas sobre direitos fundamentais, encontram-se também normas jurídico-orgânicas que não conferem ao particular quaisquer direitos subjetivos. Nestas normas existe apenas uma relação temática com os direitos fundamentais²⁵⁰.

Também não faz sentido tratar tudo que constar do Título II como direito fundamental. Imagine-se uma situação hipotética para demonstrarmos o argumentado: fosse realizada uma emenda constitucional prevendo, no Título II da Constituição Federal, que “A Biblioteca Nacional será na cidade de Brasília”, logicamente que o mero fato de tal disposição constar no título II da Constituição Federal não seria bastante por si só para lhe trazer o traço da fundamentalidade. Diante disto, acredita-se que a mera posição topográfica não basta para classificar uma norma como fundamental.

²⁴⁹ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. O princípio da imparcialidade do julgador como garantia fundamental e seus efeitos no processo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 186, 2010; p. 342.

²⁵⁰ PIEROTH, BODO; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

Assim, apesar de a posição topográfica poder gerar uma presunção de se tratar de direito fundamental, ela não é determinante para a configuração de tal natureza, necessitando-se verificar se o valor constitucional analisado é de grande importância para o ordenamento jurídico e se decorre do regime ou dos princípios adotados no Título I (arts. 1º ao 4º da Constituição Cidadã) e no Título II (art. 5º a 17 da Carta Magna). Tais normas são pseudo-direitos fundamentais.

2.5.4. A importância da prova

Como já mencionado, todos os juristas vêm na prova a espinha dorsal do processo, fazendo menção a ela como a “alma do processo”, “o ponto culminante de toda processualística”, etc. Todos os epítetos dados à prova, e anteriormente citados, não configuram exagero, pois ela realmente tem a importância bradada por seus estudiosos. Ademais, a prova tem uma função social, segundo alerta Echandia, que se dá ao conceder segurança às relações sociais e comerciais, ao prevenir e evitar litígios e delitos, servir de garantia dos direitos subjetivos e dos diversos status jurídicos²⁵¹. Tem, ainda, por função dar legitimidade à decisão judicial.

Desde que se repassou ao Estado o monopólio jurisdicional, o mínimo que se exigiu foi a existência de um processo com direito de defesa, julgado por um terceiro imparcial e com possibilidade de produção de provas. Sem tais garantias mínimas, não faz sentido a existência do processo e tampouco se realiza um processo equo e justo²⁵². Não há necessidade de processo se não se concede às partes a oportunidade de provar suas alegações. Um processo em que não se oportuniza às partes a produção de prova é um processo sem alma, é um processo de “faz-de-conta” é um verdadeiro não-processo. Uma parte que não tem possibilidade de produzir prova é mero figurante no feito.

O UNIDROIT (Institut International Pour L’Unification du Droit Prive) e a ALI (American Law Institute), após amplo estudo e debate, do qual participou o Professor Antônio Gidi, trouxeram à lume princípios universais de processo civil, em que expressamente se incluiu o direito à prova em seu artigo 5.4, in verbis: “5.4. As partes têm o direito de alegar os fatos e argumentos jurídicos relevantes, bem como apresentar

²⁵¹ ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal: pruebas judiciales*. Tomo II. Bogotá: Editorial ABC; 1973; p. 2.

²⁵² COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. Torino: UTET Giuridica, 2012; p. 35.

provas²⁵³. Por conseguinte, sem a prova não há que se falar em dignidade da pessoa humana (finalidade e razão de ser de todo o direito²⁵⁴) e tampouco em processo justo.

2.5.5. A prova como direito fundamental implícito e os efeitos jurídicos desse reconhecimento

No Brasil, quando se entende que um direito tem o traço da fundamentalidade, essa garantia é içada à condição de direito fundamental. Como dito, a fundamentalidade pode se dar por expressa previsão no Título II da Constituição Federal (Dos direitos e garantias fundamentais) e/ou por ser considerada de extrema importância para o ordenamento jurídico pátrio e decorrer do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna, ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte.

Inicialmente, a própria restrição ao direito fundamental à prova (proibição de provas obtidas por meio ilícito) antevê a existência de tal direito.

Não há que se falar em dignidade da pessoa humana sem a existência do direito fundamental à prova. A ocorrência de um processo em que as partes não possam produzir prova é um atentado à dignidade humana e, mais especificamente, à tão propagada humanização do processo. Hodiernamente, tem-se ampliado os instrumentos processuais aptos a gerar a humanização do processo. Por isto, entende-se que o direito fundamental da prova decorre do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito fundamental à prova também decorre do regime democrático. O regime democrático na esfera jurisdicional compreende a possibilidade de a parte participar do processo e influir no convencimento judicial, o que só pode ocorrer com a possibilidade de ela produzir provas. Além disso, é antidemocrático admitir provas contrárias ao ordenamento como se o processo fosse um jogo sem regras.

Pode-se, ainda, entender que a prova é um direito fundamental por decorrer da noção do princípio do justo processo²⁵⁵, pois não haveria processo justo sem a possibilidade de a parte produzir provas que necessita para demonstrar as alegações por ela feitas ou para refutar as que lhes sejam contrárias. A prova também se origina do

²⁵³ Capturado do site < <http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf> > em 29 de dezembro de 2009.

²⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007; p. 62.

²⁵⁵ Justo processo é o devido processo legal balizado pela noção de justiça.

direito de ação e de defesa segundo aponta Comoglio²⁵⁶, Proto Pisani²⁵⁷ e Taruffo²⁵⁸. Também decorre por óbvio do contraditório e ampla defesa.

Diante do explanado, entende-se que há um direito fundamental à prova por ser ela muito importante para o ordenamento jurídico e por decorrer de outros regimes e princípios adotados pela Constituição Federal (regime e princípio democrático, princípio da dignidade da pessoa humana e do justo processo).

Além da fundamentalidade do direito à prova se dar pela decorrência do regime e de outros princípios adotados pela Constituição Federal, também se dá por estar prevista em tratados de direito internacional de que o Brasil é parte.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 226 de 12 de dezembro de 1991, ocorrendo sua adesão em 24 de janeiro de 1992. Entrou em vigor no dia 24 de abril de 1992 e foi promulgado no Brasil em 6 de julho de 1992, por meio do Decreto n. 592²⁵⁹.

O dito Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos prevê, em seu art. 14, que

[...] todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.

Da a forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto n. 27, de 26 de maio de 1992, cuja adesão brasileira se deu em 25 de setembro de 1992. Entrou em vigor no dia 25 de outubro de 1992, sendo promulgada em 6 de novembro de 1992, por meio do Decreto n. 678²⁶⁰.

Essa Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe, em seu art. 8, que

toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente,

²⁵⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. Torino: UTET Giuridica, 2012, p. 44.

²⁵⁷ PISANI, Andrea Proto. Chiose sul diritto alla prova nella giurisprudenza della Corte costituzionale. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 176, 2009; p. 93.

²⁵⁸ TARUFFO, Michelle et al. *La prova nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2012, p. 3 e 6-83.

²⁵⁹ REZEK, J. F. *O direito internacional no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 783.

²⁶⁰ REZEK, J. F. *O direito internacional no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1037.

independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Não se poderia falar em igualdade de tratamento, oitiva com as devidas garantias e julgamento independente e imparcial, sem a possibilidade de produção de provas de acordo com o ordenamento jurídico. Assim, resta mais que clara a existência e a caracterização da prova como direito fundamental. E o direito fundamental à prova desdobra-se na: a) possibilidade de se produzir e de se deduzir, de forma razoavelmente idônea e em termos objetivamente razoáveis, todas as provas (também aquelas que se encontram na disponibilidade da contraparte ou de terceiro), cuja aquisição e assunção sejam necessárias (sejam propriamente ‘necessárias’, se não indispensáveis) para comprovarem o fundamento das próprias alegações; b) possibilidade de se realizar prova contrária, vale dizer, o direito de deduzir ou de produzir todas as provas (causais ou preconstituídas) que sirvam para demonstrar o contrário do que a contraparte alega e pretende provar; c) possibilidade de efetivamente se utilizar todas as provas que tenham sido deduzidas e admitidas (salvo nos casos de controles seletivos do juiz sobre a admissibilidade, sobre sua relevância, sua superfluidade, ou sobre a aplicabilidade de determinada regra de exclusão); d) exigência de motivação sobre a prova e sobre critérios de seleção ou de valoração das diversas fontes (em outras palavras, ao direito a uma cônica ‘justificação’ motivacional dos Standards lógico-razoáveis e científicos, ou também das empíricas ‘máximas de experiência’, constituindo o núcleo central da ‘prudente apreciação’), adotados pelo juiz nas decisões das controvérsias concretas²⁶¹.

E o reconhecimento da prova como direito fundamental traz vários efeitos, sendo eles: a) a vinculação dos poderes públicos e particulares; b) a aplicabilidade imediata do direito fundamental; c) as limitações da prova.

Passa-se, então, a abordar cada um desses efeitos.

2.5.5.1. Vinculação dos poderes públicos e particulares

Segundo mencionado, a caracterização de um direito como fundamental coloca-a no topo do ordenamento jurídico, acarretando, por via de consequência, características e

²⁶¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. Torino: UTET Giuridica, 2012, p. 51 e 52.

efeitos peculiares. Em sentido inverso, são estes efeitos e características que permitem que os direitos fundamentais mantenham este grau de consideração jurídica. Discute-se se dentre estes efeitos está a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. Isto porque, enquanto algumas Constituições nada mencionam, outros textos constitucionais dispõem expressamente que os direitos fundamentais vinculam os poderes públicos, como a Lei Fundamental Alemã (art.1º, 3), a Constituição Espanhola (art. 53) e a Constituição Portuguesa (art. 18).

Como no Brasil não consta na Carta Magna a previsão de que os direitos fundamentais vinculam os poderes públicos, a celeuma inicialmente foi maior, mas, atualmente, resta pacificado que, o diante de tal silêncio, a vinculação existe, pois, em caso contrário, limitaria (sem razão jurídica razoável) o alcance destes direitos.

Segundo mencionado no item 2.4.1, os direitos fundamentais surgiram como freio ao Estado (poder público). Não faria sentido elevar os direitos fundamentais a um dado patamar de importância e não fazer o Estado a elas se curvar. Inclusive porque, frequentemente, vê-se que é o Estado o maior desrespeitador destes direitos. Alçar os direitos ao patamar de fundamentalidade e não vincular os poderes públicos de nada, ou de muito pouco, serviria. Cite-se, por exemplo, o instituto da verdade sabida²⁶², admitida como válida no Brasil anteriormente à consagração dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, que era aplicada com frequência. Se os direitos fundamentais não vinculassem os poderes públicos, a verdade sabida estaria sendo utilizada ainda hoje, e não se poderiam produzir provas em tal situação.

E essa vinculação dos poderes públicos é “ampla”, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet²⁶³, abrangendo o Poder Judiciário, o Ministério Público, o Poder Executivo e o próprio Poder Legislativo, no exercício de todas as suas atividades (quaisquer que sejam elas). Embora algum dos poderes não esteja exercendo sua atividade por excelência, estará vinculado pelos direitos fundamentais. Assim, na hipótese exemplificativa de o legislativo estar atuando numa Comissão Parlamentar de Inquérito, o assim, deverá se ater às referidos direitos fundamentais, como o direito do investigado de não produzir prova contra si, ficando em silêncio. Outrossim, quando se tratar de direitos

²⁶² Verdade sabida é o instituto de direito administrativo que permitia que a autoridade pública que tivesse conhecimento de determinado ilícito administrativo aplicasse, de imediato, a penalidade ao administrado, independentemente do contraditório e da ampla defesa.

²⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 365-369.

fundamentais, deve-se, necessariamente, fazer interpretação que acarretem suas máximas eficácias.

o com o avultamento da relevância dos direitos fundamentais perante os poderes públicos, notou-se que elas não eram deveras amplas, pois não vinculavam particulares. Entendia-se ainda que os direitos fundamentais, por sua natureza, somente podiam ser utilizadas perante os órgãos públicos²⁶⁴, pois tratava-se de direitos negativos (de defesas) perante tais órgãos. Também se advogava que não se podia desejar a submissão dos particulares aos direitos fundamentais em países onde inexistia disposição constitucional expressa a esse respeito.

Por outro lado, verificou-se que a não sujeição dos particulares aos direitos fundamentais, baseada na autonomia da vontade, trouxe muitas vezes a tirania do particular e atentava contra a própria dignidade da pessoa humana. Além disto, aos direitos fundamentais não abarcam apenas direitos negativos (de defesas), mas também direitos positivos (de prestações), deveres, direitos passivos (deveres) e direitos ativos (condição para influir na formação da vontade Estatal). Ademais, em inúmeras oportunidades, aos direitos fundamentais poderiam ser utilizadas nas relações com particulares sem qualquer complexidade.

Diante disso, surgiu na Alemanha, com Nipperdey, em 1954, a teoria da submissão dos particulares aos direitos fundamentais. O o Nipperdey, em 1957, enquanto Presidente do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, proferiu decisão concedendo igualdade de salários às mulheres em relação aos homens, o que se tratou de decisão pioneira de subjugação dos particulares aos direitos fundamentais²⁶⁵. Posteriormente, Nipperdey utilizou idêntica teoria para declarar nula a cláusula de contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital, prevendo a extinção do contrato na hipótese de elas engravidarem²⁶⁶. Trata-se da chamada teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. É chamada “horizontal” por se dar entre sujeitos de o patamar (particular x particular), em contraposição à eficácia vertical entre sujeitos de patamares diversos (Estado x particular).

Também há um importante fundamento sociológico para a admissão da sujeição dos particulares aos direitos fundamentais, segundo explicita Wilson Steinmetz:

²⁶⁴ Voto da Min. Rel. Ellen Gracie no STF – RE 201819-8 – DJ 11/10/2005.

²⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.91.

²⁶⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*; p. 60. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Sociologicamente, em favor da vinculação dos particulares e direitos fundamentais, poder-se-ia argumentar que esses direitos são conquistas sociais viabilizadoras da sociabilidade civilizada. A não-incidência desses direitos nas relações entre particulares enfraqueceria a consciência e os laços comunitários e, por conseguinte, ameaçaria ou inviabilizaria a coexistência social pacífica²⁶⁷.

A vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais pode ocorrer independentemente de regulamentação legislativa, de forma direta^{268 269}. Inobstante não existir no Brasil disposição permitindo a vinculação do particular aos direitos fundamentais, como ocorre em Portugal, não há previsão proibindo tal espécie de submissão, o que também corrobora a tese por sua utilização.

A submissão dos particulares aos direitos fundamentais depreende-se da própria previsão de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, prevista no *art. 5º, §1º da CF*. O STF – de forma acertada – em 1996 aplicou o direito fundamental do contraditório na relação entre particulares (Cooperado x Cooperativa), segundo ementa abaixo:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até o, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO -

²⁶⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 102.

²⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 141; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 382; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio*. Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 332.

²⁶⁹ Há outra corrente doutrinária (majoritária na Alemanha) defendendo a aplicação mediata dos direitos e fundamentais aos particulares, mediante a conformação das normas jurídicas infraconstitucionais.

CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa (RE 158215/RS – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 30/04/1996).

Posteriormente, em 2006, deu-se o julgamento no STF que consagrou a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, cuja importância deu-se pela sistematização de tal situação conduzida por importante voto do Min. Gilmar Mendes, em que se entendeu que as associações civis (pessoas jurídicas de direito privado) devem obedecer aos direitos fundamentais:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (...) IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO (RE 201819/RJ – 2ª T. – Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes – DJ 11/10/2005).

Identicamente, o direito fundamental à prova aplica-se na relação entre particulares, naquilo que couber. No caso de exclusão de associado de entidade associativa brasileira, apesar do silêncio do código civil, deverá ser concedida ao membro da entidade a possibilidade de produção de prova, pois de nada adiantaria realizar o contraditório e recorrer (garantias previstas no *art. 57* do CC) se não fosse possível demonstrar a veracidade de suas alegações.

De igual forma que na vinculação dos poderes públicos, a vinculação dos particulares será sempre balizada pelo postulado da proporcionalidade, ou seja, dar-se á na maior intensidade possível.

Não caberia, por exemplo, desejar aplicar o contraditório e a ampla defesa antes da demissão de algum funcionário, primeiramente, dada a própria essência da demissão e,

em segundo lugar, por se tratar de poder potestativo do empregador. Assim, por sua peculiaridade, caso haja discussão sobre sua validade, a demissão será travada posteriormente em sede de reclamação trabalhista.

2.5.5.2. Aplicabilidade imediata

Apesar do reconhecimento dos direitos fundamentais, alguns países negam suas aplicabilidades imediatas sob a alegação de necessitarem de regulamentação, dando margem ao surgimento de períodos totalitários como os ocorridos na Alemanha. A Lei Fundamental Alemã (1949), após o período nazista, previu expressamente a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, inspirando o mundo ocidental democrático. Tal inspiração chegou à Constituição Federal de 1988²⁷⁰, que dispôs em seu art. 5º, §1º: “As normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata”. Denota-se do dispositivo precitado que, ao mencionar terem tais “normas” aplicação imediata, desejou-se dar a entender que elas abrangem regras e princípios. Ademais, por não ter feito restrição e por não existir razão jurídica plausível para tanto, a previsão do art. 5º, 1º da CF engloba não só os direitos fundamentais individuais, mas todas as espécies, inclusive os coletivos e implícitos.

Os intérpretes e aplicadores do Direito, notadamente os magistrados, não só podem como devem aplicar os direitos fundamentais de forma instantânea. Citemos, por exemplo, uma lei municipal que não preveja o direito de ouvir testemunhas, no caso de processo administrativo de demissão de servidor público. Apesar da ausência de regulamentação do direito fundamental à prova, o aplicador do direito deve aplicar imediatamente tal garantia, concedendo prazo razoável para sua realização.

Deve-se ter em mente, ainda, que a exigência de aplicação imediata impõe aos Magistrados que sejam aplicadas os direitos fundamentais, ainda que em oposição à lei, na hipótese de ser esta desconforme ao sentido constitucional²⁷¹. Isto porque a legislação é que deve se adequar aos direitos fundamentais e não o inverso.

Entende-se que a aplicação imediata deve se dar na maior intensidade possível, mas não chegando ao extremo de se desejar aplicá-la em situações em que o aplicador do

²⁷⁰ As Constituições Federais brasileiras anteriores não possuíam previsão similar.

²⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 328.

direito não possuir o mínimo de condições, ou segurança jurídica, para, assim, proceder²⁷².

O direito ao Júri (art. 5º, XXXVIII), exemplificativamente, necessita de regulamentação processual para a plenitude de seus efeitos, dada sua baixa densidade normativa²⁷³.

2.5.6. Âmbito de proteção do direito fundamental à prova

Segundo dá conta Gilmar Mendes, âmbito ou núcleo de proteção dos direitos fundamentais “abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica (v.g., reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental”²⁷⁴. E o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, notadamente o da prova, variará de acordo com a conformação²⁷⁵ (também chamada configuração²⁷⁶), ou a teoria limitativa dos direitos fundamentais que se adotar²⁷⁷.

No caso da prova, pode-se entender que a proibição de proposição, admissão e produção de prova ilícita inclui-se no âmbito de proteção do direito fundamental à prova, ou pode-se entender tratar de mera limitação ao direito fundamental à prova, dependendo da teoria de limitação aos direitos fundamentais que se adote. Diante disso, analisemos tais teorias.

²⁷² MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 329-330; SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 315.

²⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 329.

²⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 373.

²⁷⁵ Conformação dá-se quando as normas legais destinam-se a completar, densificar e concretizar direito fundamental como, por exemplo, no âmbito de proteção ao consumidor (ar. 5º, XXII-XXXI da Constituição Federal). MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 376.

²⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 332-340.

²⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 328.

2.5.7. Limitações ao direito fundamental à prova

Os direitos fundamentais, como todos os demais direitos, não são ilimitados. Trata-se de questão pacífica sem maiores problemáticas. Por via de consequência, os direitos fundamentais possuem limitações²⁷⁸.

Como bem observado por Virgílio Afonso da Silva²⁷⁹, o gérmen da discussão sobre os limites dos direitos fundamentais os antecede, sendo conhecidos há muito tempo no âmbito do direito civil pelos embates entre Planiol e Ripert e Josserand acerca do “abuso do direito”.

Há duas principais teorias sobre os limites dos direitos fundamentais: a teoria interna e a teoria externa. A teoria interna sustenta que o núcleo de proteção engloba apenas o direito e seu conteúdo (limitações imanentes), inerentes ao próprio direito. Como ensina Alexy, “não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito com determinado conteúdo”²⁸⁰. O direito já nasceria com seu limite (limites imanentes), não estando sujeito a aspectos externos, como colisão entre direitos fundamentais. Para tal teoria, os direitos fundamentais seriam regras, não sujeitas a sopesamento e com característica de definitivos²⁸¹.

Já a teoria externa afirma que o núcleo de proteção dá-se por duas coisas diversas: o direito e suas limitações. Alexy, mais uma vez, menciona que

[...] o conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o *direito em si*, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o *direito restringido*²⁸².

²⁷⁸ Também chamadas restrições.

²⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p 127.

²⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277.

²⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p 129.

²⁸² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p 277.

Há, na teoria externa, o direito ilimitados e a restrição, fazendo com que haja um direito “*prima facie* e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes de sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado”²⁸³.

A teoria interna não prospera por estar afinada com o ultrapassado positivismo, admitindo apenas as limitações imanentes, incompatíveis com o neoprocessualismo, com o sopesamento²⁸⁴ e com a admissão dos princípios como normas. É, ainda, improsperável pela dificuldade de se definir qual o âmbito de proteção e por não resolver de forma satisfatória a infinidade de situações da vida que podem ser atingidas por aquele determinado direito fundamental. Ingo Wolfgang Sarlet também aduz que tal teoria “permite que sejam incluídas considerações relativas a outros bens dignos de proteção (por exemplo, interesses coletivos ou estatais) no próprio âmbito de proteção desses direitos, o que aumenta o risco de restrições arbitrárias da liberdade”²⁸⁵.

Diante do afirmado e da adoção da teoria externa, pode-se concluir que a proibição de proposição, da admissão, da produção e da valoração de prova ilícita não está inserida no âmbito do direito fundamental à prova, servindo, em contrário, como limite não-imanente àquele direito fundamental. A proibição de não proposição, admissão, produção e valoração de prova ilícita não é, portanto, um direito fundamental, mas uma limitação ao direito fundamental da prova. Inexiste um direito fundamental de rejeição das provas ilícitas²⁸⁶. Como já dissertado, o simples fato de a proibição de prova ilícita constar do catálogo dos direitos fundamentais do Título II da Constituição Federal não pode, por si só, trazer a esta a natureza de direito fundamental.

Nem ao menos se pode dizer que proibição de prova ilícita seja um princípio, segundo ensina Cretella Neto: “o tema permanece excessivamente controvertido e ainda não suficientemente sedimentado para ser erigido em ‘princípio’; configura-se, sem dúvida, em importante regra, mas que comporta múltiplas exceções e dubiedade interpretativa”²⁸⁷. Entende-se que ela seria uma regra constitucional limitativa do direito fundamental à prova.

²⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 329.

²⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 133.

²⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 329.

²⁸⁶ GONZÁLEZ, Evaristo González. La prueba ilícita: uma (re)visión crítica. In: LLUCH, Xavier Abel e PICÓ E JUNOY, Joan (Orgs.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch Editor, 2007, p. 375.

²⁸⁷ CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 345.

Caso assim não fosse, também haveria o princípio e o direito fundamental de não se admitir associações ilícitas, haveria o princípio e o direito fundamental de proibição de ampla defesa ilícita, haveria o princípio e o direito fundamental de proibição de publicidade ilícita, haveria o princípio e o direito fundamental de não se admitir associação paramilitar etc. Todo direito fundamental teria seu correspondente direito fundamental negativo.

Importante fazer um aparte, para mencionar que ainda que se entenda que a proibição de prova ilícita seja um princípio fundamental, como entendem alguns, as conclusões obtidas neste trabalho permanecem incólumes. Desta feita, a proibição de prova ilícita não é um direito fundamental e tampouco um princípio, mas sim uma regra limitativa do direito fundamental à prova.

E as limitações ao direito fundamental à prova podem se dar por: a) limitações diretamente constitucionais²⁸⁸; b) limitações indiretamente constitucionais²⁸⁹; c) colisão com outros direitos fundamentais ou valores constitucionais.

Todas as formas de limitações supracitadas têm base direta ou indireta na Constituição Federal, pois, se assim não fosse, impossível seria uma norma hierarquicamente inferior, sem base constitucional, limitar uma com tal base.

2.5.7.1. Limitações diretamente constitucionais

A primeira espécie de limitação aceitável aos direitos fundamentais dá-se por meio constitucionalmente direto, ou seja, a limitação provém do próprio texto constitucional. Podemos citar como exemplo o inciso IV do art. 5º da Constituição Federal: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. A vedação ao anonimato na manifestação do pensamento é uma limitação diretamente constitucional. No caso da prova, a limitação diretamente constitucional clássica é o próprio inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

²⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 291.

2.5.7.2. Limitações indiretamente constitucionais

A segunda espécie de limitação dá-se com baseada em legislação infraconstitucional com base constitucional. Pode se dar, tanto quando o texto constitucional faz remissão à legislação infraconstitucional, quanto quando, apesar de inexistir remissão à legislação infraconstitucional pelo texto constitucional, tal legislação infraconstitucional não contrariar disposição da Carta Magna.

No primeiro caso, mencione-se o inciso VI do art. 5º da Constituição Federal, que contém limitação indiretamente constitucional ao remeter para a lei ordinária a forma de se assegurar o livre exercício dos cultos religiosos: “VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Já no segundo caso, podem-se citar inúmeros dispositivos do CPC, *ad exemplum*, o art. 420, parágrafo único, inciso I: “Art. 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando: I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico”. O art. 449 do projeto do novo CPC possui análoga redação.

Entende-se que tais limitações não necessitam de ser apenas por lei em sentido *stricto sensu*, como defende Ingo Wolfgang Sarlet²⁹⁰, pois há situações de restrição que, ainda não se dando por meio de lei, podem não estar contrariando a Constituição Federal, como, por exemplo, um ato administrativo de um órgão público que concede o prazo de 10 dias para apresentar rol de testemunha em determinado processo administrativo disciplinar. Apesar de limitar o direito fundamental à prova por meio de ato administrativo, não é de forma alguma incompatível com os preceitos constitucionais, guardando consonância com o postulado da proporcionalidade.

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 332.

2.5.7.3. Colisão com direitos fundamentais ou outros valores constitucionais

Também têm se entendido que pode haver limitação aos direitos fundamentais por meio da colisão com outros direitos fundamentais²⁹¹, ou outros valores de patamar constitucional. As colisões do direito fundamental da prova com outros direitos fundamentais dão-se quando há entrecchoque de direitos fundamentais de sujeitos diversos²⁹². Já a colisão com outros valores constitucionais, dá-se em hipóteses em que a norma colidente não prever um direito fundamental, mas apenas um valor previsto constitucionalmente. E os direitos fundamentais e valores constitucionais se exteriorizam por normas (regras e princípios), uma vez que os postulados são apenas instrumentos para interpretação e aplicação das outras espécies normativas. As normas são “sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”²⁹³.

Diferenciam-se as regras dos princípios: a) quanto à natureza do comportamento prescrito (imediatamente descritivas ou imediatamente finalísticas); b) quanto à natureza da justificação (exige a correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ou exige uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária); c) quanto ao modo como contribuem para a decisão (com pretensão de decidibilidade e abrangência, ou pretensão de complementariedade e parcialidade)²⁹⁴. Por conseguinte, as regras, são, segundo Humberto Ávila,

[...] normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação de correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos²⁹⁵.

Já os princípios, são:

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 333.

²⁹² STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 139.

²⁹³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.30.

²⁹⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.183.

²⁹⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.183.

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção²⁹⁶.

Há direito fundamental que é somente princípio, como no caso da imparcialidade do julgador, que não possui regra que lhe dê guarida, mas pode ser depreendido como decorrência de outros princípios, como o da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal e do princípio democrático.

De outro lado, pode haver direito fundamental que seja apenas regra, como na hipótese do direito de prestar assistência religiosa em presídios e locais de internação coletiva: “art. 5º, VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”.

Pode ainda haver direito fundamental que seja regra e princípio ao o tempo, como na hipótese do princípio do contraditório: “art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ressalta-se, ainda, que, independentemente de os direitos fundamentais serem regras ou princípios, eles estarão sujeitos a sopesamento, como defende Humberto Ávila:

[...] é preciso ponderar a razão geradora da regra com as razões substanciais para o seu não cumprimento, diante de determinadas circunstâncias, com base na finalidade da própria regra ou em outros princípios. Para fazê-lo, porém, é preciso uma fundamentação que possa superar a importância das razões de autoridade que suportam o cumprimento incondicional da regra²⁹⁷.

Isso porque as normas jurídicas devem viver em constante “diálogo”. Esta expressão (diálogo das fontes) foi criada por Erik Jayme na Alemanha, no âmbito de seu curso de Direito Internacional na Academia de Haia em 1995, e importada ao Brasil por Cláudia Lima Marques²⁹⁸.

²⁹⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.183.

²⁹⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 58.

²⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 75.

O diálogo das fontes surgiu com base no pensamento sistemático²⁹⁹ pelos seguintes motivos: insuficiência dos critérios tradicionais para a resolução das incompletudes do sistema jurídico (quebras sistemáticas, normas estranhas ao sistema e lacunas) e necessidade de manutenção da unidade do ordenamento jurídico, com a tentativa de harmonização ao máximo de suas normas.

A metodologia do diálogo das fontes permite a harmonização das normas jurídicas (inclusive regras) de uma forma simultânea, coerente e sistemática como dá conta Cláudia Lima Marques:

Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo', porque há aplicação conjunta das duas normas ao o tempo e ao o caso, seja complementariamente, seja subsidiariamente, seja permitido a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matérias de convenções internacionais e leis modelos) ou o permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. (...) ³⁰⁰.

A professora gaúcha deixa clara a necessidade de utilização de tal forma de resolução de quebras jurídico-sistemáticas:

A solução atual ou pós-moderna é sistemática e tópica ao o tempo, pois deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Hoje, a superação de paradigmas foi substituída pela convivência ou coexistência dos paradigmas, como indica nosso título. Efetivamente, raramente encontramos hoje a revogação expressa, substituída pela incerteza da revogação tácita indireta, através da idéia de 'incorporação', como bem expressa o Art. 2.043 do novo Código Civil. Há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em um o sistema jurídico que deve ser ressystematizado³⁰¹.

Abandona-se um monólogo e inicia-se um verdadeiro diálogo das fontes³⁰², como apontou o STJ:

²⁹⁹ O pensamento sistemático surgiu com Karl Larenz e teve grande impulso e sistematização com Canaris. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 621-693; CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

³⁰⁰ Op. Cit. p. 75.

³⁰¹ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes. *Revista da ESMESE*. Vol. 07, 2004, p. 43-44.

³⁰² Op. cit. p. 44.

ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO EM ENTIDADE FISCALIZADORA DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. PESSOA JURÍDICA. ACADEMIA DE GINÁSTICA. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. LEIS 6.839/80 E 9.696/98. DIÁLOGO DAS FONTES. ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA. LEGITIMIDADE. 1. Não há conflito entre o art. 1º da Lei 6.839/80 e o art. 2º da Lei 9.696/98, de modo a aplicar a sistemática da exclusão da norma inválida. Cada mandamento legal possui âmbito de aplicação próprio e disciplina situações diversas. Dessa feita, ao contrário do suposto monólogo no regramento da matéria, as fontes legais apreciadas estão em diálogo, devendo ambas ser aplicadas de forma harmônica (REsp 1139554/RS – Rel. Min. Castro Meira – DJ 01/10/2009).

Destarte, o diálogo das fontes (que não deixa de ser uma espécie de pensamento sistemático) autoriza a ponderação de regras. Enquanto as formas tradicionais de resolução de incompletudes (notadamente as antinomias) visam expungir do ordenamento uma das normas antagônicas, o diálogo das fontes (emanação do pensamento sistemático) tenta, ao máximo, conciliá-las.

A teoria do diálogo das fontes aduz que a norma geral mais benéfica ao hipossuficiente incide em detrimento da norma especial menos. Acredita-se, no entanto, que o diálogo das fontes deve ser realizado não a fim de atender o hipossuficiente, mas de forma a buscar a harmonização das normas à luz dos preceitos constitucionais, notadamente dos direitos fundamentais. Não faz sentido privilegiar uma interpretação favorável ao hipossuficiente quando ela contrariar preceitos constitucionais e os direitos fundamentais. Isto porque, com a supremacia da Constituição, advento do neoconstitucionalismo e principalmente dos direitos fundamentais, a aplicação do Direito deve se dar observando-se tais critérios, como bem pontua Barroso ao afirmar que a constitucionalização “interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado [...] tem como principal marca a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”³⁰³.

O diálogo das fontes tem sido amplamente utilizado para harmonizar antinomias existentes entre diplomas legislativos diversos, notadamente o conflito entre o Código

³⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

Civil e o Código de Defesa do Consumidor, e na interpretação à luz da Constituição Federal (esta última, objeto deste estudo).

A doutrina e a jurisprudência citam inúmeras hipóteses em que se aplica a teoria do diálogo das fontes, como, por exemplo, no caso de: a) oferta ao público (art. 427 do CC) e oferta aos consumidores (art. 30 e 35 do CDC)³⁰⁴; b) legalidade (arts. do Decreto-Lei 73/66, Decreto-lei 261/67 e lei 10.192/2001) ou ilegalidade (art. 51, IV CDC) do prazo de carência para resgate de título de capitalização³⁰⁵; c) desconsideração da personalidade jurídica nas associações civis (art. 50 do CC e art. 5º, XVIII da CF)³⁰⁶; d) interpretação das norma infralegais à luz da Constituição Federal³⁰⁷.

Entre as possíveis formas de diálogo das fontes, há aquela ocorrida entre a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais processuais (característica da doutrina neoconstitucional). Pode-se e deve-se, portanto, também utilizar o diálogo das incompletudes do sistema (quebras sistemáticas, normas estranhas ao sistema e lacunas) sempre à luz dos preceitos constitucionais, notadamente a dos direitos fundamentais. Salienta-se que o pensamento sistemático, no geral, também corrobora a possibilidade de ponderação de regras. O pensamento sistemático diverge dos métodos tradicionais para a resolução de incompletudes do sistema, pois, enquanto aquele tenta dar a maior eficácia às normas, o último tem como primeiro critério a invalidação de uma delas.

O pensamento sistemático iniciou-se com Savigny, segundo dá conta Karl Larenz:

[...] desde o começo é característica de SAVIGNY a exigência de uma combinação dos métodos ‘histórico’ e ‘sistemático’, referindo-se aquele à formação de cada lei dentro de uma certa situação histórica e propondo-se este compreender a totalidade das normas e dos institutos jurídicos subjacentes como um todo englobante. (...) Pois o que veio a influir mais tarde foi, além da perspectiva histórica, a idéia de sistema como sistema ‘científico’ construído a partir dos conceitos jurídicos³⁰⁸.

³⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes. *Revista da ESMESSE*. Vol. 07. 2004, p. 54.

³⁰⁵ STJ – REsp 1216673/SP – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJ 02/06/2011.

³⁰⁶ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *A desconsideração da personalidade jurídica nas associações civis em relações de consumo à luz do neoconstitucionalismo in 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. Renan Lotufo e Fernando Rodrigues Martins (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

³⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

³⁰⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 18-19.

Savigny – que escreveu o *Tratado da Posse* em poucas semanas, aos 24 anos, o qual trouxe luz à matéria, com dificuldades consideradas insuperáveis, e prevaleceu por mais de um século³⁰⁹ – também possibilitou, segundo Menezes Cordeiro, uma importante reflexão jurídica, ao defender que o Direito estava a salvo das arbitrariedades dos legisladores, por haver a prevalência do “espírito do povo”³¹⁰.

Posteriormente, o pensamento sistemático teve grande desenvolvimento com Karl Larenz³¹¹ e Canaris³¹², que colocaram em dúvida a máxima do positivismo segundo a qual o arcabouço legal é perfeito e acabado. O positivismo não conseguiu acompanhar o avançar da sociedade, cujas mudanças passaram da velocidade de uma caminhada para a velocidade de uma corrida, além de ser insuficiente na solução de *hard cases* e de questões em que as regras jurídicas são injustas e até teratológicas.

Karl Larenz aponta que as normas jurídicas não estão desligadas umas das outras, mas, pelo contrário, encontram-se interligadas e dentro de um único sistema, devendo a interpretação tomar em consideração tal caráter sistemático^{313 314}. Soma-se a isto o fato de terem os juristas percebido que o ordenamento jurídico é aberto, ou seja, é incompleto e provisório³¹⁵. Desta feita, na interpretação e na aplicação do Direito, o operador deve fazer tal mister à vista de todo o Direito, de forma interrelacionada e não à luz de uma norma ou conjunto de normas isoladamente. As normas de prova, exemplificativamente, não são vistas apenas isoladamente no código em que estão contidas e tampouco de forma apartada de outras normas, mas sim como parte de todo o Direito, o qual é possuidor de vasos comunicantes entre si. Nos termos mencionados por Menezes Cordeiro,

perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depor. Por isso, há que lidar com os diversos ramos do Direito, em termos articulados, com relevo para a Constituição – a interpretação

³⁰⁹ REZENDE, Astolpho. *A posse e sua proteção*. Atual. Barbosa Moreira. São Paulo: Lejus, 2000; p. 34.

³¹⁰ Prefácio de Menezes Cordeiro in CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008; p. LXXXII.

³¹¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

³¹² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

³¹³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 621.

³¹⁴ No mesmo sentido: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 156.

³¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 106.

deve ser conforme com a Constituição, os diversos dados normativos revelam e os próprios níveis instrumentais, como o processo³¹⁶.

Trata-se da tópica como complemento da interpretação sistemática. Ademais, num sistema jurídico como o brasileiro, em que há grande profusão de legislação escrita e de regras, mostra-se mais coerente com a nossa realidade a adoção da teoria dos princípios de Humberto Ávila (que admite a ponderação de regras) que a de Dworking e Alexy (que dá elevado valor aos princípios).

Assim, na atual fase do Direito, da ebulição do pensamento sistemático-tópico e do diálogo das fontes, tem-se procurado harmonizar as normas (princípios e regras) o máximo possível. O que antes era a mera busca para invalidar uma das regras, agora é a tentativa de salvá-la e harmonizá-la com outras regras e princípios em colisão, visando-se manter a mobilidade e a unidade do ordenamento jurídico. Outrossim, como dá conta Ana Paula de Barcellos, por tratar-se de técnica de decisão autônoma, a ponderação não envolve exclusivamente princípios, apesar de isto ocorrer, na maioria das vezes³¹⁷. Entende tal jurista que cabe a ponderação de regras por existirem princípios “que não funcionam completa ou necessariamente sob a lógica da ponderação (seja porque dispõem de núcleo com natureza de regra, seja porque tem estrutura e funcionamento diverso”³¹⁸. Adiciona-se a isso o fato de não se verificar motivo juridicamente consistente o bastante para impedir a ponderação de regras.

Por último, entende-se que a ponderação de regras pode permitir a realização do ideal de justiça, o qual não seria alcançado se não admitissem tal ponderação e utilizassem o método engessado de exclusão de uma(s) da(s) regra(s).

Conclui-se que a ponderação de regras é admitida: a) pela adoção do pensamento do diálogo das fontes e pelo pensamento sistemático em que se busca, ao máximo, conciliar as normas (e não invalidar alguma delas), independentemente de se tratarem de princípios ou regras; b) por se tratar de técnica de decisão autônoma, não envolvendo exclusivamente princípios, apesar de ocorrer, na maioria das vezes³¹⁹; c) por não se

³¹⁶ Prefácio de Menezes Cordeiro in CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. CXI/CXII.

³¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36.

³¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36.

³¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36.

verificar motivo juridicamente forte o bastante para impedir a ponderação de regras; d) por existirem princípios “que não funcionam completa ou necessariamente sob a lógica da ponderação (seja porque dispõem de núcleo com natureza de regra, seja porque tem estrutura e funcionamento diverso)”³²⁰; e) pelo fato de a ponderação de regras poder trazer a preservação de ambas as regras o máximo possível, balizada pela noção de justiça.

Ainda que se prefira a prevalência da teoria dos princípios de Alexy (não ponderação de regras), o resultado será idêntico, haja vista que, apesar de não mencionar a possibilidade de ponderação de regras, o autor alemão entende que a regra pode ser excepcionada e, somente na hipótese de não se conseguir tal exceção, uma das regras seria invalidada. Desta feita, admitindo-se a teoria de Robert Alexy, ainda que as premissas fossem diversas, os resultados seriam, a priori, idênticos.

2.5.7.4. Técnica do sopesamento (ou ponderação) nas hipóteses de limitações (direta e indiretamente constitucionais) e colisões de direitos fundamentais

De acordo com o apontado alhures, as quebras (antinomias, *hard cases* e lacunas) são patologias do sistema jurídico que devem ser remediadas, sob pena de tornar o último ineficaz e não cumpridor da pacificação social. E estas patologias jurídicas são normalmente combatidas por métodos tradicionais, como o cronológico (*lex posteriori derogat legi priori*), hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e de especialidade (*lex specialis derogat legi generali*). Este modo de proceder, além de não conseguir resolver todos os problemas num modelo sistemático-tópico, como antinomias de normas de um único diploma legislativo e *hard cases*, possui claras limitações para tratar de normas constitucionais (limitações e colisões).

A insuficiência da forma tradicional de solução das quebras jurídicas acarreta a necessidade de utilização de outro mecanismo que, no caso, é a interpretação e a integração sistemática-tópica.

A interpretação e integração sistemática conseguem, com maior eficácia, solucionar o problema de lacunas, *hard cases*, antinomias, limitações e colisões de direitos fundamentais, além de manter a unidade do sistema.

³²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36.

Dessa forma, além de procederem a uma resposta satisfativa a essas patologias jurídicas, a interpretação e a integração sistemática-tópica conseguem manter a unidade do ordenamento, o que muitas vezes não se dá com os métodos tradicionais, pois estes invalidam determinadas normas no caso concreto.

A metodologia tópica sistemática dá-se, inicialmente, pelo diálogo das fontes onde se busca harmonizar as normas em confronto. No insucesso de tal harmonização, utiliza-se a teoria dos princípios, de Humberto Ávila. Caso ainda assim não se consiga solucionar as quebras sistemáticas, dever-se-á utilizar os métodos tradicionais de resolução de conflitos normativos, porque este último método deve se dar em hipótese de revogação de norma (último caso).

Na atual fase do pensamento sistemático, em que se almeja o máximo de eficácia das normas em conflito, em que há hipercomplexidade dos conflitos normativos e em que se busca a preservação das normas o máximo possível, não se pode colocar os métodos tradicionais de resolução de conflitos como o primeiro método para resolver os conflitos normativos porque não se conseguiria isto.

Os mecanismos clássicos eram utilizados à exaustão em épocas passadas (no positivismo), quando se acreditava na completude e na perfeição do sistema, não sendo aplicável, de imediato, atualmente por haver-se quebrado tal paradigma (atualmente notou-se que o sistema é aberto, não é completo e tampouco perfeito).

Assim, somente se vale dos métodos tradicionais de resolução de conflito quando o diálogo entre as fontes e a teoria dos princípios de Humberto Ávila não conseguirem solucionar o conflito normativo. A utilização dos métodos tradicionais e a revogação de normas é, assim, excepcional. Saliente-se que tal situação (hipercomplexidade dos conflitos normativos), cumulada com o crescimento da utilização dos princípios (que são meios tão vagos de ordenamento de conduta), exige uma medida para resolver, de forma aceitável, os problemas jurídicos dos procedimentos³²¹. E a medida, a “técnica de decisão jurídica”³²² utilizada pelo pensamento sistemático-tópico para resolução de limitações e colisões de direitos fundamentais, é o do sopesamento ou ponderação (*balancing*), o porque as limitações não deixem de ser uma verdadeira colisão entre a

³²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Derechos Fundamentales, proceso y principio de proporcionalidade*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 95, 2003; p. 64.

³²² Expressão utilizada por BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 97.

restrição e direito à prova³²³. Ressalta-se, ainda, que o direito fundamental à prova, como norma que é, está sujeita a limitação (direta e indiretamente constitucional) e colisão, o que gera a possibilidade de utilização de tal técnica na solução de conflitos.

Pela complexidade, abertura e mobilidade do sistema, e pela pluralidade e dinâmica da sociedade, torna-se impossível ao Constituinte e ao legislador preverem, antecipadamente, todas as hipóteses de limitações e colisões de direitos fundamentais, pelo que se torna viável, por via de consequência, realizar o sopesamento/ponderação em casos concretos como forma de limitação de direitos fundamentais. Para a resolução da questão, é importante descobrir a natureza jurídica das normas em conflitos (se regras, princípios ou ambos).

Pode-se formular o seguinte esquema, considerando-se a regra como “R” e o princípio como “P”. Se houver colisão entre regra e regra, buscar-se-á, com base no diálogo das fontes, a harmonização e o sopesamento dessas regras. Somente na hipótese de ser impossível a harmonização e sopesamento, prevalecerá uma das regras e afastar-se-á a outra.

$$R' \times R'' = R''' \text{ ou no caso de impossibilidade, } R' \times R'' = R' \text{ ou } R''$$

Imagine-se, por exemplo, uma pessoa que presta assistência religiosa em um presídio e insiste em promover a pregação para determinado detento que tem problemas psicológicos e tem pânico daquele religioso. Neste caso, entram em conflito duas regras constitucionais: a liberdade de prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII da Constituição Federal) e o direito do detento de não ser submetido a tortura, ou a situação desumana ou degradante (art. 5º, VII da Constituição Federal). O produto da colisão levaria à criação de uma terceira regra, permitindo a essa pessoa promover pregação a outros detentos que não o indivíduo afetado.

Na impossibilidade de assim proceder, dever-se-ia utilizar a medida excepcional de eleger uma das regras, ou seja, ou impedir o religioso a exercer seu mister naquele local, ou permiti-lo a assim proceder, independentemente do sofrimento do presidiário.

Já na hipótese de colisão entre regra e princípio, a priori, prevalece a regra em detrimento do princípio. Isto porque se deve privilegiar inicialmente a regra que, dentro

³²³ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. Vol. I. Bologna: Società editrice Mulino, 2011, p. 462.

de uma normalidade, possui maior densidade normativa, é emanada pelo poder constituído (normalmente o Legislativo) e prevê conduta de forma objetiva³²⁴.

Outrossim, a falta de critério de prevalência *prima facie* da regra enseja desmesurado grau de subjetivismo e discricionariedade. Ana Paula de Barcellos alerta sobre a realização de *ad hoc balancing* (ponderação sem norma prevalente *prima facie*) gerou grandes críticas na Alemanha, tanto pela inconsistência metodológica da técnica quanto pela ameaça no que se refere a restrições a direitos fundamentais³²⁵.

A decisão da Constituição e da legislação de tratar algo como regra ou princípio tem uma razão de ser, não podendo ser ignorado tal fato pelo interprete e aplicador do direito segundo aponta a doutrina:

Vale observar que, no caso da atividade legislativa, a opção entre princípio ou regra pode estar relacionada também com a maior ou menor concretização que se pretende atribuir a algum dispositivo constitucional. Nesse ponto, uma disciplina infraconstitucional insuficiente pode inclusive ser objeto de controle de constitucionalidade por omissão³²⁶.

Somente na hipótese de haver motivação e de se ultrapassar o filtro da proporcionalidade, poderá, excepcionalmente, prevalecer o princípio, havendo a superabilidade ou a derrotabilidade da regra³²⁷.

$R' \times P' = R'$ ou excepcionalmente (com motivação e proporcionalidade) $R' \times P' = P'$.

Cite-se, por exemplo, a hipótese de um neto ajuizar ação de investigação contra o avô paterno quando possui pai vivo. Poder-se-ia dizer que há conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana (identidade) e a regra do art. 1606 do Código Civil, que dispõe: “A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo”.

³²⁴ No mesmo sentido: NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 136.

³²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 82-83.

³²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 185.

³²⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 120.

Como o art. 1606 do Código Civil possui base constitucional (direito de intimidade), a prevalência, a princípio, é da regra, a qual não permite o ajuizamento da dita ação enquanto o pai estiver vivo.

O STJ decidindo caso idêntico ao citado chegou à idêntica conclusão:

RECURSO ESPECIAL CONTRA ACÓRDÃO QUE MANTEVE O INDEFERIMENTO DE PETIÇÃO INICIAL DE CAUTELAR PARA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA VOLTADA À REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA PARA INSTRUÇÃO DE FUTURA DEMANDA INVESTIGATÓRIA DE RELAÇÃO AVOENGA.

1. (...)

4. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA, CARENTE DE REGULAMENTAÇÃO, EM HARMONIA COM O REGIME DE FILIAÇÃO DISCIPLINADO NO CÓDIGO CIVIL - APARENTE TENSÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE A MAGNITUDE QUE DEVE SER SOLUCIONADA MEDIANTE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE (RAZOABILIDADE), SENDO ESTE O VETOR HERMENÊUTICO APROPRIADO A SALVAGUARDAR OS NÚCLEOS ESSENCIAIS DE DIREITOS EM SUPOSTA COLIDÊNCIA - VALOR/PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA QUE TANTO INFORMA O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL, LASTRADO NA VERDADE BIOLÓGICA DO INDIVÍDUO, COMO TAMBÉM, OS DIREITO DE FILIAÇÃO, PRIVACIDADE E INTIMIDADE DO INVESTIGADO E DAS DEMAIS PESSOAS ENVOLVIDAS EM LIDES VOLTADAS À CONSTITUIÇÃO COERCITIVA DE PARENTESCO, GARANTINDO-SE SEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA - INEXISTÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA DO DIREITO À BUSCA DA VERDADE BIOLÓGICA, RESSALVADO O DISPOSTO NO ART. 48 DA LEI N. 8.069/90, QUE ENSEJA A OBSERVÂNCIA DO REGIME DE FILIAÇÃO REGULADO NO CÓDIGO CIVIL - IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO DE PARENTESCO DE FORMA INTERPOSTA (PER SALTUM), TENDO EM VISTA O CARÁTER LINEAR DO REGIME ESTABELECIDO NO CÓDIGO CIVIL (CC, ART. 1591/1594), DE MODO QUE AS CLASSES MAIS REMOTAS DERIVAM DAS PRÓXIMAS.

(...)

6. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO (Resp 876434/RS – Rel. Min. Marco Buzzi – DJ 01/12/2011).

Em outra questão envolvendo colisão entre regra e princípio, ultrapassou-se a regra e fez-se prevalecer o princípio, com base na motivação e na proporcionalidade. Tratava-se de um processo por meio do qual o ECAD cobrava direitos autorais, com base na

ausência de isenção existente no art. 46 da lei 9610/98 de uma festa sem fins lucrativos realizada em uma escola com finalidade religiosa.

RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO- ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS E SONORIZAÇÕES AMBIENTAIS. EVENTO REALIZADO EM ESCOLA, SEM FINS LUCRATIVOS, COM ENTRADA GRATUITA E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSA.

I - Controvérsia em torno da possibilidade de cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em escola, abrindo o Ano Vocacional, evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita.

II - Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.

III - O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais.

III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC/TRIPS.

IV - Reconhecimento, no caso dos autos, nos termos das convenções internacionais, que a limitação da incidência dos direitos autorais "não conflita com a utilização comercial normal de obra" e "não prejudica injustificadamente os interesses do autor.

V - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO (REsp 964404/ES – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – DJ 15/03/2011).

Na hipótese de colisão entre princípio e uma regra/princípio, prevalece a regra/princípio em detrimento do mero princípio. Somente na hipótese de haver motivação e ultrapassar-se o filtro da proporcionalidade, poderá excepcionalmente prevalecer o princípio.

$P' \times R'P' = R'P'$ ou excepcionalmente (com motivação e proporcionalidade) $P' \times RP' = P'$.

Ilustre-se, com a seguinte situação: um indivíduo deseja produzir prova pericial em uma ação de indenização demonstrando que fora agredido por socos, ainda que já tendo o réu realizado confissão judicial. Há uma colisão entre o princípio do direito à prova e

a regra/princípio da duração razoável do processo. Nesta colisão de fácil resolução, prevalece a regra/princípio da duração razoável do processo, haja vista ser a prova desnecessária no caso.

Já em outras situações, o princípio pode prevalecer. Suponha-se que ajuíza-se uma ação civil pública alegando que determinada pessoa está promovendo (sem autorização legal) intervenção em área de preservação permanente e o réu alegue que não se trate de área de tal natureza e requeira a produção de prova pericial para comprovar suas alegações. Mais uma vez, há uma colisão entre o princípio do direito à prova e a regra/princípio da duração razoável do processo. Já nesta colisão, ultrapassada a motivação e proporcionalidade, prevalece o princípio por ser a prova pericial imprescindível para a justa composição do litígio.

Na hipótese de colisão entre regra e uma regra/princípio, dever-se-á realizar o sopesamento para se verificar qual dos dois prevalecerá, diante da inexistência de precedência.

$$R' \times R'P' = R'' \text{ ou } R'P'.$$

Cite-se, como exemplo, a publicação de uma poesia anônima em um jornal. Ocorre colisão entre a regra da vedação do anonimato (art. 5º, IV da Constituição Federal) e o princípio/regra de liberdade de expressão (art. 5º, IX da Constituição Federal), caso em que prevalece o último. Já na hipótese de policiais interceptarem panfletos anônimos que fossem jogados na rua, apontando o cometimento de crime por um prefeito, ocorre a colisão entre a regra da vedação do anonimato (art. 5º, IV da Constituição Federal) e o princípio/regra de liberdade de expressão (art. 5º, IX da Constituição Federal). Neste caso, prevalece a proibição de anonimato.

Havendo colisão entre uma e outra regra/princípio, dever-se-á realizar o sopesamento para se verificar qual dos dois prevalecerá, diante da inexistência de precedência.

$$R'P' \times R''P'' = R'P' \text{ ou } R''P''.$$

Cite-se, por exemplo, uma ação de usucapião na qual é realizada citação por edital em que conste apenas o endereço do imóvel, mas não conste o nome do requerente. Há colisão entre a regra/princípio do contraditório e ampla defesa versus a regra/princípio

da coisa julgada/segurança jurídica. Neste caso *in concreto*, prevalecerá a regra/princípio do contraditório por se tratar de *querella nullitatis*, que, por sua gravidade, não prescreve.

Ulteriormente, havendo colisão entre princípios, dever-se-á realizar o sopesamento para verificar qual dos dois prevalecerá, diante da inexistência de precedência.

$P' \times P'' = P' \text{ ou } P''$.

Em importante questão em que uma estudante da Universidade Federal de Santa Maria desejava transferir-se para Universidade Federal de Santa Catarina para dar continuidade a tratamento de câncer, o STJ entendeu que, diante da colisão entre o princípio da legalidade (pela inexistência de legislação prevendo a situação e obrigando o Estado a promover tal transferência) e o princípio do direito à saúde e educação da estudante, deveria prevalecer o último:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSFERÊNCIA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA PARA A UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. TRATAMENTO DE SAÚDE. ACÓRDÃO FIRMADO SOB FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE VEDADA NESTA VIA RECURSAL.

1. (...)

2. No caso dos autos, a recorrida, aprovada no concurso vestibular em 2006, na Universidade Federal de Santa Maria, para o curso de Comunicação Social, pleiteou, em fevereiro de 2009, transferência para a Universidade Federal de Santa Catarina, em razão da necessidade de tratamento do câncer Linfoma de Hodgkin.

3. A recorrente sustenta a inexistência de respaldo para a referida transferência pelo ordenamento jurídico, o que ofenderia o princípio da legalidade.

(...)

7. De fato, consignou que se deveria aplicar o "princípio da proporcionalidade, segundo o qual as medidas tomadas pela Administração devem estar na direta adequação das necessidades administrativas, ou seja, somente se devem sacrificar interesses individuais em função de interesses coletivos, de interesses primários, na medida da estrita necessidade, não se desbordando do que seja realmente indispensável para a implementação da necessidade pública, por isso que se deixou marcado que outro fundamental limite ao exercício do poder discricionário é o da necessidade e adequação".

8. (...)

10. Recurso Especial não provido (REsp 1251347/SC – Rel. Min. Herman Benjamin – DJ 07/06/2011).

Há situações em que há grande dificuldade de se verificar se a norma é uma regra ou um princípio, devendo-se, em tais situações, tratá-las como regra/princípio, para fins de solução da colisão.

2.5.7.5. Limites das limitações ao direito fundamental à prova

Assim como os direitos fundamentais são limitados, as limitações a estes também o são. Isto se deve ao fato de que

[...] até meados do século XX, por conta de uma tradição fortemente vinculada à postura reverencial em relação ao legislador, os direitos fundamentais não raras vezes tinham sua eficácia esvaziada pela atuação erosiva dos poderes constituídos. Ao longo da evolução dogmática e jurisprudencial, todavia, especialmente a partir do labor da doutrina e jurisprudência constitucional germânica, foram desenvolvidos uma série de instrumentos, destinados a controlar as ingerências exercidas sobre os direitos fundamentais, evitando ao máximo a sua fragilização³²⁸.

Com o intuito de evitar que fossem fulminados totalmente os direitos fundamentais, alguns países como a Alemanha (*art. 19, I e II da Lei Fundamental Alemã*) e a Espanha (*art. 18, 2 e 3 da Constituição Portuguesa*) previram, expressamente, limites aos limites dos direitos fundamentais. Soma-se a isto que tais previsões deram-se após períodos totalitários em tais países (Nazismo na Alemanha e Franquismo na Espanha).

Apesar de não existir, no Brasil, previsão expressa dos limites das limitações aos direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência têm admitido esses direitos fundamentais.

Existem dois limites das limitações aos direitos fundamentais: a) núcleo essencial dos direitos fundamentais; b) proporcionalidade e/ou razoabilidade. O núcleo essencial é o mínimo que deve ser garantido de eficácia ao direito fundamental. A proteção ao núcleo essencial pode ser depreendida do art. 60, §4º da Constituição Federal, que aduz que não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir, dentre outros, os

³²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 335.

direitos individuais, os quais devem ser interpretados amplamente para absorver todos os direitos fundamentais.

Como dito anteriormente, isso não induz a acreditar que não possa o legislador alterar a configuração dos direitos fundamentais. O que resta vedado é, tão somente, extirpar o direito fundamental da Constituição, ou alterar a configuração de forma a reduzir seu núcleo essencial (aquele espaço que, uma vez retirado, desnaturaria tal direito).

Ressalta-se que a caracterização do núcleo essencial dá-se no caso concreto, não podendo, previamente, saber-se de cada um dos direitos fundamentais. Ademais, pode haver uma certa elasticidade, dependendo das condições do caso concreto, fazendo com que o núcleo essencial de um determinado direito seja maior ou menor que o outro.

Cite-se, por exemplo, o corte de fornecimento de água de órgão público por inadimplência. Se o órgão prestar serviços essenciais, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana da população não permite tal corte, mas se esse órgão não prestar serviços essenciais, o corte será lícito. Assim, não será permitido o corte de água por débito de um hospital municipal, mas será permitido o corte de fornecimento de água por inadimplência de um espaço de eventos público.

No que diz respeito ao direito fundamental à prova, a título de ilustração, em determinadas situações, o núcleo essencial poderá ser a impossibilidade de produção de provas ilícitas e, em outras, a possibilidade de produção de provas lícitas, como na hipótese de se permitir a validade de prova ilícita se considerada em benefício do Réu no processo penal.

Também existe como limite das limitações aos direitos fundamentais os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade³²⁹, que se fundamentam nos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade pode se exteriorizar de três formas: a) a adequação; b) a necessidade; c) a proporcionalidade, em sentido *stricto*.

A adequação, segundo Wilson Steinmetz, “ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio, a medida) do direito fundamental

³²⁹ O postulado (que o autor chama de princípio) da proporcionalidade é diverso do princípio da razoabilidade, tanto na origem quanto na destinação. Enquanto o primeiro possui origem germânica, o segundo possui origem norte-americana no devido processo legal (*due process of law*) procedimental (*procedural*) e material (*substantive*). Enquanto o primeiro tem feição positiva (demarcar os limites e se manter dentro deles), o segundo tem função negativa (proibir a ultrapassagem do juridicamente aceitável). GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 75-76.

oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de examinar se o meio é apto, útil, idôneo ou apropriado para atingir ou promover o fim pretendido”³³⁰. Já a necessidade “ordena que se examine se dentre os meios de restrição disponíveis e igualmente eficazes para atingir ou promover o fim pretendido, o escolhido é o menos restritivo – isto é, menos prejudicial ou gravoso – ao(s) direito(s) fundamental(is) em questão”³³¹.

E a proporcionalidade, em sentido estrito, exige que o resultado tenha razoabilidade em relação aos meios perseguidos. Assim, uma decisão judicial que indefere a oitiva de testemunha sobre idênticos fatos que nada tem a acrescentar de novo, limitando o direito fundamental à prova, pode se dar normalmente sem que tal limitação afronte a proporcionalidade. Em contrapartida, a inadmissibilidade de oitiva de uma testemunha, apenas pelo fato de que a audiência atrasou e a pauta se encontra assoberbada, é uma limitação totalmente desproporcional.

A razoabilidade, por sua vez, seria a emanção jurídico-principlológica da lógica do razoável de Recasens Siches³³², já abordada. Hipoteticamente, no caso de haver uma lei que admitisse a confissão por meio de tortura, com base na razoabilidade, o Poder Judiciário poderia desconsiderá-la.

³³⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 212.

³³¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 213.

³³² GÖES, Gisele Santos Fernandes. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? in Sistema e tópica interpretação do ordenamento. LOTUFO, Renan. (Org.). *Sistema e tópica interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 97.

3. A PROVA ILÍCITA

De todas as limitações ao direito fundamental da prova, a mais importante delas é a que proíbe as que se derem de forma ilícita. A Constituição Federal em seu art. 5º, LVI dispôs que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A importância desta limitação é tamanha que ela consta expressamente prevista na Constituição Federal, enquanto o próprio direito fundamental à prova não consta. Isto não quer dizer que a limitação da prova sempre possui importância superior ao direito fundamental à prova, mas tão somente que o Constituinte quis deixar claro sua repulsa inicial pela prova ilícita.

Para melhor delimitação do instituto da prova ilícita, tratemos de seu escorço, de seu histórico, de seu tratamento alienígena, de seu conceito e da diferenciação de outros institutos jurídicos cuja nomenclatura pode gerar confusão.

3.1. Escorço histórico

Inicialmente, não havia a proibição de proposição, admissibilidade, produção e valoração da prova ilícita, o porque a obtenção da verdade não encontrava obstáculos. A prova, em muitos casos, era a própria sentença, como no caso das ordálias (juízos de Deus), que se davam em várias modalidades como, por exemplo: a) prova das bebidas amargas – a mulher acusada de adultério, ingeria a bebida amarga e, se contraísse o rosto e se seus olhos ficassem vermelhos, era considerada culpada; b) prova pelo veneno – consistente na ingestão de veneno, o qual poderia ter efeito purgativo ou ocasionar vertigens e até a morte. O mal-estar, concomitante com a sobrevivência, era considerado como absolvição; c) prova pelo fogo – para verificar se o indivíduo possuía razão, averiguava-se se ele não se queimava ao tocar, com a língua, o ferro quente, ou ao conduzir uma barra de ferro em brasa, ou ao caminhar com os pés sobre barras de ferro incandescentes; d) prova pela água – pela água quente, o indivíduo que não se queimasse ao pegar um objeto do fundo de uma caldeira d’água fervente era absolvido, e, pela água fria, o indivíduo que, amarrado pela mão direita e pelo pé esquerdo, sobrevivesse ao ser atirado no rio, era considerado culpado, mas, se afundasse, era considerado inocente; e) prova da cruz – os demandantes eram colocados de pé, com os braços abertos, diante de uma cruz, e aquele que, por cansaço, deixasse pender os braços

era culpado; f) prova das serpentes – se o acusado não fosse mordido por nenhuma das 2 serpentes colocadas com ele, seria considerado inocente; g) prova do cadáver – colocava-se o corpo da vítima perante o acusado e, se no corpo da vítima voltasse a correr sangue, aquele era culpado; h) duelo – combate no qual a pessoa que tinha razão era protegida por Deus e vencia³³³.

Somente a partir do início do século XX surgiram teorias (ainda que timidamente) sobre a necessidade de limitação da busca da verdade. Algum tempo depois, principalmente na Alemanha e nos Estados Unidos, desenvolveu-se teoria defendendo a limitação ao direito probatório e à inadmissibilidade de proposição, de admissão, de produção e de valoração da prova ilícita.

No Brasil, o Regulamento 737 previa, em seu art. 138, que eram admitidas as seguintes provas (escrituras públicas e instrumentos, escritos particulares, confissão judicial, confissão extrajudicial, juramento supletório, juramento, depoimento testemunhal, presunções, arbitramento, depoimento da parte e vistorias). Apesar de tal previsão *numerus clausus*, admitia-se as provas ilícitas. Posteriormente, deu-se a proliferação dos códigos de processo civil estaduais, os quais abordaram a ilicitude de provas de diferentes formas.

Com a passagem da competência para a União legislar sobre processo civil, adveio o Código de Processo Civil de 1939, o qual dispôs, em seu art. 208, que “são admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais”

Em 1973 adveio o atual Código de Processo Civil, que dispôs, em seu art. 332, que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Segundo aponta Nelson Nery, embora inexistente tratamento expresso da prova ilícita, a doutrina e jurisprudência a partir do código de processo civil já passou a inadmitir a prova ilícita com base no art. 332 do CPC, por entender que a prova ilícita não era “legal ou moralmente legítima”³³⁴.

Até tal época, nenhuma das Constituições Federais tratou da admissibilidade, ou não, de prova ilícita. Somente em 1988, após longo período autoritário, adveio a Constituição Federal de 1988, que regrou, em seu art. 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Tal redação foi baseada no art. 32,

³³³ GUSMÃO, Manuel Aureliano de. *Processo Civil e Comercial*: explanação de um programa. Vol. II. São Paulo: Saraiva & Cia., 1924, p. 21-32.

³³⁴ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 259.

inciso 8 da Constituição Portuguesa de 1976: “art. 32, 8 – São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

3.2. Direito estrangeiro

Elegeu-se para estudo de direito comparado os EUA, Alemanha, Espanha e Itália por serem estes os que mais desenvolveram estudos e tem em seus respectivos ordenamentos jurídicos, o melhor tratamento do tema das provas ilícitas que se tem notícia.

3.2.1. Alemanha

A Alemanha e os EUA foram os países que mais desenvolveram o tema das provas ilícitas³³⁵. No ano de 1903, o jurista Beling fez publicar substancial trabalho acerca das proibições probatórias como limites da busca da verdade no processo penal, mas, apesar de seu brilhantismo, o trabalho não teve a atenção merecida, pois o princípio do livre convencimento judicial era uma conquista recente e não poderia ser minimizado por tal proibição, além de que existia uma visão burocrática e autoritária da Jurisdição, cuja busca da verdade real tinha prevalência absoluta³³⁶.

Beling defendia a necessidade de se equilibrar as exigências processuais com os direitos individuais, utilizando-se, para exemplificar sua tese, da propriedade como decorrente da dignidade da pessoa humana, de clara fonte de proibição de provas, citando como exemplo o caso *Vigo vs Fomenti*, julgado pela Corte de Apelo de Milão, onde foi proibida a utilização de carta, por ser de propriedade de outrem³³⁷.

Posteriormente, as Constituições dos Estados-Membros e a Lei Fundamental alemã passaram a prever a sobreposição da tutela do indivíduo sobre perigos e ameaças

³³⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. São Paulo: Editora Atlas, 2010; p. 148.

³³⁶ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzionale: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 567.

³³⁷ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzionale: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 567-568.

tecnológicas futuras, ao proclamar, em seu art. 1º e 2º, a dignidade da pessoa humana e a livre formação da personalidade³³⁸. A partir daí, a intenção de prevalência do interesse público na busca da verdade penal foi limitada pelos direitos dos indivíduos.

Posteriormente, em 1950, o legislador introduziu o novo §136 do Código de Processo Penal alemão (Strafprozessordnung), vedando o seguinte:

[...] a tortura e sofrimentos físicos, mas também a subministramento de substâncias capazes de alterar, reduzir ou suprimir a capacidade de entender e a faculdade mnemônica do sujeito, também qualquer forma de violência moral ou de pressão dolosa realizada com expediente inadmissível ou com promessa de vantagem ilícita. E a proibição de empregar estes e similares métodos de investigação se junta a explícita proibição de utilizar em juízo a prova obtida de forma viedada³³⁹.

Como dá conta Avolio, o pós o advento do §136 do Código de Processo Penal Alemão, “nem sempre as Cortes ordinárias alcançavam o verdadeiro significado da norma em exame”, sendo que em 1952 a Corte de Apelação entendeu que “o emprego dos métodos proibidos por particulares não torna a prova inadmissível ou inutilizável aos fins da decisão”³⁴⁰.

No ano de 1954, o *Bundesgerichtshof* (equivalente ao Superior Tribunal de Justiça alemão) apontou ser ilícita, em processo criminal por afronta à livre determinação do indivíduo, a prova obtida pela utilização de detector de mentira (polígrafo), independentemente da anuência do indivíduo³⁴¹. Em 1958, fundado nas lições de Nipperdey de que “os direitos de propriedade não podem ser superior aos direitos do indivíduo”, o *Bundesgerichtshof* consagrou “valores fundamentais”, aplicando a vedação da prova ilícita em questão privada. O Tribunal entendeu que a gravação secreta de conversa por parte de particular e sua reprodução, ou a divulgação pública, é afronta indevida à privacidade³⁴². Em outros processos, entendeu-se que uma gravação clandestina de fita magnética não poderia ser utilizada como prova; tampouco poderiam

³³⁸ CARVALHO, Márcia Cunha Silva Araújo de. *Prova ilícita*. RT 801/ 434.

³³⁹ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzionale: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 574-575.

³⁴⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revisto dos Tribunais, 2003, p. 49.

³⁴¹ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzionale: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 75.

³⁴² TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzionale: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 581.

ser usadas as anotações de diário pessoal³⁴³. Entendeu-se, posteriormente, que a utilização de anotações pessoais ou diário, do jurisdicionado constituiria violação à privacidade. A importância de tal decisão, que é caracterizada por Marcia Cunha como um marco, deu-se porque: a) equiparou a tutela jurídica dos interesses patrimoniais à dos interesses da personalidade; b) introduziu uma valoração unitária da prova ilícita, tanto no âmbito penal como no civil; c) reconheceu que, apesar de sua grande importância a busca pela verdade não tem valor absoluto e não pode ser alcançada a qualquer preço³⁴⁴.

Em 1970, o *Bundesgerichtshof* entendeu ser ilícita a prova testemunhal de uma pessoa que se portou dentro da residência do acusado, em cômodo contíguo ao quarto, para ouvir os maus-tratos ao cônjuge vítima, por se tratar do domicílio do acusado e de parte de sua esfera privada³⁴⁵. A proibição de prova ilícita é chamada na Alemanha de *Beseisverbot* ou *Beweiserhebungsverbot*³⁴⁶.

Posteriormente, passou-se a entender que a proibição de prova ilícita não acompanhava, necessariamente, a proibição da utilização, em juízo, da prova obtida de forma vedada (*Verhältnismässigkeit*)³⁴⁷.

Passou a jurisprudência a admitir outras exceções à proibição de prova ilícita, como, por exemplo: a) em 1961, distinguindo a carta comercial da pessoal, dando à primeira proteção mitigada; b) em 1963, possibilitando a gravação de conversa telefônica quando fosse realizada nas dependências do escritório de um comerciante; c) em 1964, permitindo a divulgação das anotações externas, como livros de comércio e similares que não estivessem dentro da esfera pessoal do autor; d) em 1966, permitindo a gravação secreta de expressões verbais de alguém em via pública.

Entendeu-se, ainda, que todas as vedações de provas ilícitas são realizadas mediante verificação, pelo Judiciário, com base no postulado da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) nos casos concretos. Pondera-se se prevalece o direito fundamental da prova ou sua limitação.

³⁴³ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzionale: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 582-583.

³⁴⁴ CARVALHO, Márcia Cunha Silva Araújo de. *Prova ilícita*. RT 801/ 434.

³⁴⁵ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzionale: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 579.

³⁴⁶ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzionale: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 597.

³⁴⁷ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzionale: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 597.

Em 1955, o *Bundesgerichtshof* analisou um processo de divórcio para o qual um marido juntou 72 fitas magnéticas registrando maus-tratos de sua mulher para com ele durante um período de cerca de um ano. A Corte reconheceu que a gravação secreta de uma conversa representa uma afronta ao direito da personalidade e que uma ilicitude pode ser legitimada quando houver um interesse contrastante superior, produto de uma atenta valoração entre tais interesses em jogo³⁴⁸.

Nelson Nery Jr. também cita outras hipóteses em que a doutrina e jurisprudência alemã entendem se tratar de prova ilícita inadmitida: “a) a gravação de conversa telefônica sem o consentimento dos partícipes; b) a exibição de fotografia com ofensa a direitos gerais da personalidade; c) a leitura indevida de diário pessoal; d) o depoimento de alguém que observou, ilegalmente, o cônjuge réu em sua própria casa; e) o depoimento de uma testemunha sobre fatos que soube espreitando conversa privada em segredo”³⁴⁹.

Na Alemanha, atualmente, não há disposição expressa na Lei Fundamental, ou no ZPO (Código de processo civil alemão), acerca da proibição de provas ilícitas (*beweisverbote*), ao contrário do que ocorre no StPO (Código de processo penal), sendo a admissibilidade das provas ilícitas realizada pela proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*).

A *beweisverbote* é, pois, uma construção teórica sistemática fulcrada nos direitos individuais materiais dos indivíduos, principalmente na dignidade da pessoa humana, na inviolabilidade do segredo de correspondência e no livre desenvolvimento da personalidade, das telecomunicações e do domicílio³⁵⁰.

A conclusão de Nicolò Trocker sobre a admissibilidade das provas ilícitas na Alemanha merece transcrição:

A regra segundo a qual a ‘ilicitude’, quando se configura como contrariedade à norma constitucional, se traduz também em uma proibição probatória, não vale de maneira incondicional. Ainda reconhecendo a aplicabilidade de certas causas de justificações expressamente previstas no plano substancial, como a legítima defesa e o estado de necessidade, a jurisprudência alemã admite as exceções à proibição geral de admissibilidade (e de utilização) da prova

³⁴⁸ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzionale: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 623.

³⁴⁹ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 263.

³⁵⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 149.

formada ou obtida ‘inconstitucionalmente’ quando se trata de realizar exigências superiores de caráter público ou privado, merecedores de particular tutela. Em seguida, entram em jogo o princípio da *Güter- und Interessenabwägung* (ou seja o princípio do ‘balanciamento dos interesses e dos valores’) e, de reflexo, o *Verhältnismässigkeitsprinzip* (ou seja o princípio de proporcionalidade entre meio empregado e finalidade da qual se tende)³⁵¹.

Nelson Nery também deixa claro que via de regra não se admite a proibição de prova ilícita segunda a moderna doutrina alemã no direito processual civil, o que deixa antever sua admissibilidade em situações excepcionais:

“A moderna doutrina alemão do direito processual civil tem-se pronunciado no sentido de que não mais vige, em sua inteireza, o princípio da busca da verdade real, de modo que devem ser impostas algumas restrições à obtenção da prova, a fim de que sejam respeitados os direitos personalíssimos e os direitos fundamentais. De consequência, a invalidade material do meio de prova acarreta, de regra, a inadmissibilidade de sua utilização no processo”.³⁵²

Atualmente, portanto, tem-se admitido a produção de provas ilícitas no caso concreto, desde que o fruto da ponderação seja no sentido da prevalência da admissão da prova ilícita em confronto com outro direito fundamental ou valor constitucional.

3.2.2. Espanha

A Constituição Espanhola de 1978 disciplina, em seu art. 24, que

1. Todas as pessoas tem direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa ficar indefeso. 2. Assim o, todos tem direito ao Juiz competente pela lei, a defesa e a assistência de advogado, a ser informado das acusações formuladas contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, a não se auto-incriminar, a não confessar culpado e a presunção de inocência. A lei regulará os

³⁵¹ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzionale: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 619.

³⁵² NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 260-261.

casos em que, por razão de parentesco ou de segredo profissional, não se estará obrigado a declarar sobre fatos presumivelmente criminosos.

Na Espanha, há expressamente o direito fundamental à prova, mas a limitação consta apenas para que sejam admitidas as provas pertinentes à defesa.

Como mencionado por Evaristo González González, o constituinte poderia ter estabelecido outros limites ao direito constitucional à prova, como no caso de provas ilícitas, mas, sem embargo, não o fez³⁵³. Assim, existia apenas a limitação da prova impertinente, a qual não se confundia com prova ilícita, pois aquela diz respeito à relação quanto ao *thema probandum*.

A questão da prova ilícita na Espanha teve importante decisão dada pelo Supremo Tribunal Constitucional espanhol em 1984, em que, no RTC 114/1984, dita corte julgou possível a utilização de gravação telefônica, realizada por um chefe, de uma conversa em que fora chantageado por seu subordinado. Isto porque, segundo González, além de tal questão, tal decisão judicial

não se limitou a analisar se havia ocorrido ou não violação do direito e resolveu a pendência, examinando o conteúdo constitucional do o, mas acabou trazendo uma série de considerações sobre a prova obtida com infração dos direitos constitucionais, que permitem dar azo à inadmissão de materiais probatórios obtidos mediante a vulneração de direitos fundamentais³⁵⁴.

Passado algum tempo, a *Ley Orgánica Del Poder Judicial*, de 1985, dispôs, em seu art. 11.1, que: “Em todo tipo de procedimento, respeitar-se-ão as regras de boa-fé. Não surtirão efeito as provas obtidas, direta ou indiretamente, violentando os direitos ou liberdades fundamentais”.

Apesar disto, é a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola de 2000 que disciplina sobre as provas ilícitas, em seus arts. 283.3 e 287.1 e 2:

283.3. Nunca se admitirá como prova qualquer atividade proibida pela lei.

287. 1.Quando qualquer das partes entender que na obtenção ou origem de qualquer prova admitida, foram violados direitos fundamentais, deverá manifestar-se de imediato, com traslado, em seu

³⁵³ GONZÁLEZ, Evaristo González. La prueba ilícita: uma (re)visión crítica. In: LLUCH, Xavier Abel e PICÓ E JUNOY, Joan (Orgs.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch Editor, 2007, p. 372.

³⁵⁴ GONZÁLEZ, Evaristo González. La prueba ilícita: uma (re)visión crítica. In: LLUCH, Xavier Abel e PICÓ E JUNOY, Joan (Orgs.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch Editor, 2007, p. 375.

caso, às demais partes. Sobre esta questão, que também pode ser levantada ex officio pelo juiz, deverão ser resolvidas no ato de julgamento ou, no caso de processo oral no início da audiência, antes da abertura da obtenção de provas. Para este fim, se ouvirão as partes e, se for o caso, se praticarão as provas pertinentes e úteis que se proponham no ato sobre o caso concreto da referida ilicitude. 2. Contra a resolução a que se refere o parágrafo anterior somente caberá recurso de substituição que deverá ser interposto no próprio ato de julgamento ou audiência, e substituirá e resolverá a questão, sem prejuízo do direito das partes a reproduzir a impugnação da prova ilícita em apelação contra a sentença definitiva.

A jurisprudência espanhola, representada pelo Supremo Tribunal Constitucional, tem caminhado no o sentido dos Estados Unidos, limitando e prevendo exceções às provas ilícitas, permitindo que sejam utilizadas em várias situações, como, por exemplo: a) ATC 349/1988 (a regra de exclusão somente vale em hipótese de violação de direitos fundamentais e não de sua normativa de desenvolvimento legal); b) STC 86/1995 (a ilicitude probatória de escutas telefônicas ilegais, que permitiram a descoberta de um esconderijo de droga, não atinge a posterior confissão do processado)³⁵⁵.

3.2.3. Estados Unidos

A IV Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que passou a vigora em 1791, prevê que

[...] o direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e efeitos, contra buscas e apreensões, não deve ser violado, salvo por mandado devidamente expedido contendo a causa provável, apoiada por juramento ou declaração, e particularmente descrevendo o local a ser pesquisado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Apesar de tal redação, os processos eram solucionados com todas as provas disponíveis, sendo elas lícitas ou ilícitas, no âmbito penal ou civil. Não havia impedimento para a proposição, a admissão, a produção e a valoração de prova ilícita, por pior que fosse sua ilicitude. Inexistia qualquer regra de proibição de prova ilícita.

³⁵⁵ GONZÁLEZ, Evaristo González. La prueba ilícita: uma (re)visión crítica. In: LLUCH, Xavier Abel e PICÓ E JUNOY, Joan (Orgs.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch Editor, 2007, p. 375.

Somente em 1914, a situação alterou-se. A Suprema Corte dos Estados Unidos foi instada a se manifestar no processo *Weeks vs United States* (232 EUA 383 – 1914), em que um policial havia ingressado na residência de Weeks Fremont sem mandado e obtido documentos que serviram para sua condenação criminal de prática de jogos de azar³⁵⁶. Posteriormente, em sede de recurso para a Suprema Corte dos EUA, Weeks alegou que havia afronta à IV Emenda da Constituição dos Estados Unidos. Tal alegação foi aceita pela Corte, surgindo daí a *exclusionary rule* (regra de proibição), a qual veda a utilização de provas ilícitas em processos criminais. Inicialmente, a *exclusionary rule* somente foi aplicada em nível federal.

Entre 1926 e 1928, dois *cases*, *The People v. Defoe* (242 NY 413 – 1926) e *Olmstead v. United States* (277 EUA 438 – 1928), discutiram se deveriam, ou não, utilizar prova ilícita. A peculiaridade destes *cases* foi o debate de alto nível travado entre os Juízes da Suprema Corte, Benjamín Cardozo e Oliver Wendell Holmes Jr. O Juiz Cardozo entendia inadmissível a absolvição de quem se sabia culpado, independentemente da licitude da prova, devendo-se punir ambos (o que se soube criminoso e o que produziu a prova ilícita). Já Oliver Wendell Holmes Jr. entendia que se deveria eleger entre duas coisas igualmente desejáveis, mas incompatíveis, e que preferia a absolvição de um criminoso à indignidade do Estado³⁵⁷.

Em 1943, em *McNabb-Mallory*, proveniente de *McNabb vs. United States* (318 EUA 332 – 1943) e *Mallory v. United States* (354 EUA 449 – 1957), a Suprema Corte norte-americana, mais uma vez, aplicou a *exclusionary rule*, com base na IV Emenda, para não permitir confissão obtida por policiais quando o acusado não for levado imediatamente perante autoridade judicial após sua prisão, podendo dar margem a confissões secretas e forçadas³⁵⁸.

No caso *McNabb vs United States*, um agente federal foi morto quando tentava prender membros da família McNabb. Foram detidos três membros do grupo familiar, os quais ficaram em uma cela por mais de 14 horas e acabaram confessando o cometimento de homicídio. Com base em tal confissão, os três foram condenados. Em sede de recurso para a Suprema Corte, houve a reforma da decisão, pois se entendeu que não se poderia basear em prova ilícita, confissão obtida pela demora em levar o acusado perante a autoridade judicial. E no caso *Mallory vs United States*, da a forma, o acusado

³⁵⁶ Capturado do site <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/case.html> em 02 de maio de 2012.

³⁵⁷ DEU, Teresa Armenta. *La prueba ilícita: um estúdio comparado*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 11.

³⁵⁸ Capturado do site http://lawbrain.com/wiki/McNabb-Mallory_Rule em 03 de maio de 2012.

fora interrogado pela autoridade policial por 6 horas, sem ser apresentada à autoridade judicial, pelo que a Suprema Corte entendeu ilegal tal conduta, pois havia tempo mais que suficiente para a apresentação do acusado perante a última autoridade, de forma a melhor colher o depoimento e respeitar suas garantias³⁵⁹. Também em *McNabb-Mallory*, a *exclusionary rule* somente foi admitida perante a esfera federal. Já em 1952, em *Rochin vs Califórnia* (342 EUA 165 – 1952), a Suprema Corte norte-americana, pela primeira vez, aplicou a *exclusionary rule* aos Estados.

Em *Rochin vs Califórnia*, a Suprema Corte entendeu ilícita a prova por “chocar a consciência” o ato da polícia do Estado de ministrar substâncias ao acusado para forçá-lo a vomitar os entorpecentes engolidos quando da abordagem policial e utilizar tais entorpecentes para condená-lo no uso de tais produtos. Como se tratava de um Estado, não se aplicou a Emenda IV, mas aplicou-se a *exclusionary rule*, por força da Emenda XIV da Constituição dos Estados Unidos, que prevê o direito ao devido processo legal (*due process of law*) e que era ilícita a busca sem mandado realizada desarrazoavelmente³⁶⁰.

Em 1961, em *Mapp vs Ohio* (367 EUA 643 – 1961), a Suprema Corte dos EUA estendeu aos Estados a *exclusionary rule*, consolidando tal posicionamento. Em tal caso, policiais de Cleveland foram questionar Dollree Mapp sobre um recente bombardeio e exigiram a entrada em sua casa, apesar de não possuírem mandado. Mapp acionou seu advogado, que não autorizou o ingresso dos policiais em sua residência sem um mandado judicial. Apesar disto, os policiais agiram com agressividade, algemaram Mapp, ingressaram na residência e a revistaram, tendo encontrado materiais pornográficos que serviram para a condenação de Mapp em crime por tais materiais. Instada a se manifestar em grau de recurso, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que também em 1966, no precedente *Miranda vs Arizona* (384 EUA 436 – 1966), ratificou-se a utilização da *exclusionary rule* aos Estados pelo fato de a Suprema Corte dos EUA não admitir confissão realizada por acusado preso sem que lhe ter sido informado o direito de permanecer em silêncio e constituir advogado. A partir de tal decisão, fez-se necessário informar ao preso sem mandado judicial quais são seus direitos. Tal informe foi chamado de alerta-Miranda³⁶¹.

³⁵⁹ Capturado do site http://lawbrain.com/wiki/McNabb-Mallory_Rule em 03 de maio de 2012.

³⁶⁰ Capturado do site http://lawbrain.com/wiki/Rochin_v._California em 03 de maio de 2012.

³⁶¹ Capturado do site http://lawbrain.com/wiki/Miranda_v._Arizona em 03 de maio de 2012.

Com o passar do tempo, mais especificamente a partir da década de 80, a Suprema Corte passou a restringir a utilização da *exclusionary rule*, ao verificar que ela estava sendo excessivamente aplicada. Em 1984, no *case United States vs Leon* (468 EUA 897 – 1984), a Suprema Corte entendeu que a boa-fé excluía a possibilidade de se utilizar a *exclusionary rule*.

Em tal precedente, policiais federais, por força de um mandado, promoveram busca na casa de Alberto A. Leon, onde foi encontrada grande quantidade de drogas. O mandado que dera origem à dita busca, fora posteriormente invalidado. Por tal motivo, o Tribunal da Califórnia, utilizando-se da *exclusionary rule*, não permitiu a utilização de tais entorpecentes no processo. A Suprema Corte, em grau de recurso, entendeu que não se aplicaria *in casu* a *exclusionary rule* pelo fato de que os policiais agiram de boa-fé (*good faith*)³⁶².

Outra restrição da *exclusionary rule* deu-se em 1995, em *Arizona v. Evans* (514 EUA 1 – 1995). Erroneamente, constava um mandado de contravenção em desfavor de Evans. Um policial em fiscalização de trânsito acabou parando Evans e encontrando maconha no interior de seu veículo. A Suprema Corte do Arizona entendeu que a prova era ilícita no crime de posse de entorpecente, mas a Suprema Corte dos EUA entendeu que ela era lícita, por ter sido obtida por mero erro involuntário do agente³⁶³.

Em outras situações, também não se aplicou a *exclusionary rule*, como em *Florida v. White* (526 EUA 559 – 1999), ao se aceitar não haver necessidade de mandado para apreensão de veículo em via pública.

Por outro lado, em outras situações, a *exclusionary rule* tem sido aplicada como: em 2001, em *Florida vs JL* (529 EUA 266 – 2001), no qual não se admitiu revista em pessoa suspeita de estar armada, com base em mera denúncia anônima, sem outros elementos razoáveis; em 2001, em *Kyllo vs United States* (533 EUA 27 – 2001), no qual não se admitiu a utilização de equipamento de vigilância eletrônica (no caso de imagens térmicas) para verificar funcionamento interno de uma residência sem mandado judicial³⁶⁴.

Como derivada da *exclusionary rule*, surgiu a proibição de admissão de provas derivadas de provas ilícitas chamadas de “frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*). A primeira vez em que se deu tal proibição (sem, no entanto, se usar a

³⁶² Capturado do site http://lawbrain.com/wiki/United_States_v._Leon em 03 de maio de 2012.

³⁶³ Capturado do site http://lawbrain.com/wiki/Exclusionary_Rule em 03 de maio de 2012.

³⁶⁴ Capturado do site http://lawbrain.com/wiki/Exclusionary_Rule em 03 de maio de 2012.

expressão ‘frutos da árvore envenenada’) foi em *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251 EUA 385). Em tal *case*, Frederick W. Silverthorne foi preso por suspeitas de crimes federais envolvendo sua madeireira. Posteriormente à prisão, agentes federais realizaram buscas sem mandado nos escritórios de Silverthorne. Com base nas provas ali encontradas, a promotoria pleiteou que o Tribunal ordenasse Silverthorne a apresentar mais documentos, o que foi por ele recusado. Silverthorne acabou sendo processado por desacato. O governo norte-americano acabou por reconhecer que a busca havia sido ilegal e que não possuía o direito de manter os documentos obtidos, mas possuía, por outro lado, o direito de fotocopiar tais documentos para que fossem utilizados em ações judiciais futuras. A Suprema Corte entendeu que deveriam ser excluídas do feito, não somente as provas ilícitas obtidas, mas também aquelas delas decorrentes³⁶⁵.

A expressão “frutos da árvore envenenada” fora primeiramente utilizada em 1939, em *Nardone vs United States* (308 EUA 338 – 1939), e como doutrina em 1963, em *Wang Dom vs United States* (371 EUA 471 – 1963)³⁶⁶. Também foi utilizada em outros precedentes, como em *United States vs Ceccolin* (435 EUA 268 – 1978)³⁶⁷.

Depreende-se que a *exclusionary rule*, nos EUA, não é uma regra legal, mas uma *court-made rule* (regra feita pela corte/precedente judicial) aplicável ao processo penal com certa parcimônia e de acordo o princípio da razoabilidade norte-americano. Apesar de ser aplicável apenas no processo penal, a *exclusionary rule* influenciou a legislação de provas ilícitas no processo civil de vários países. Até a década de 70, as disposições sobre provas ilícitas eram basicamente baseadas em precedentes conforme mencionado.

Posteriormente, passou-se a fazer um esforço para criar legislação escrita para tutelar as provas e as provas ilícitas no processo penal e também civil, pelo que surgiu, em 1973, a *Federal Rules of Evidence*, que dispõe, em sua regra 402, que “toda prova relevante é admissível, salvo disposição em contrário da Constituição dos Estados Unidos, de lei federal, por estas regras ou por outras regras prescritas pela Suprema Corte. A prova irrelevante não é admissível”.

Já a regra 403 prescreve que “a Corte pode excluir prova relevante se o provável valor é substancialmente superior por um perigo de um ou mais dos seguintes:

³⁶⁵ Capturado do site http://lawbrain.com/wiki/Fruit_of_the_Poisonous_Tree em 06 de maio de 2012.

³⁶⁶ Capturado do site http://lawbrain.com/wiki/Fruit_of_the_Poisonous_Tree em 06 de maio de 2012.

³⁶⁷ Capturado do site http://lawbrain.com/wiki/Fruit_of_the_Poisonous_Tree em 06 de maio de 2012.

preconceito injusto, confusão de problemas, engano do Júri, atraso, perda de tempo ou desnecessariamente apresentando evidência repetitiva”.

Os Estados também possuem suas *Rules of Evidence*, podendo prever proibição de provas ilícitas. Assim, as provas ilícitas no processo civil norte-americano são aquelas assim declaradas pela Constituição dos Estados Unidos, pela lei federal, pela *Federal Rules of Evidence*, pelos Estados e pela Suprema Corte. O instituto da proibição de prova ilícita no processo civil se chama *inadmissible evidence*.

Quando o julgamento é realizado pelo *jury trial* (júri cível) a admissibilidade se dá pelo próprio e, quando não, a admissibilidade é realizada pelo juiz. A prova ilícita no processo civil quase sempre é admitida, salvo em casos excepcionais³⁶⁸.

3.2.4. Itália

Em sede jurisprudencial, o primeiro caso de grande repercussão na Itália sobre o tema deu-se com Vigo x Formenti julgado pela Corte de Apelação de Milão em 1880, onde vedou-se a utilização de cartas de propriedade de outra pessoa como prova de direito de crédito.³⁶⁹

A Constituição italiana não prevê expressamente o direito fundamental à prova e tampouco a proibição de prova ilícita. Resume-se a promover outros direitos fundamentais. O código de processo civil italiano também não possui qualquer previsão a este respeito. Desta forma, o direito fundamental à prova é extraída do disposto no art. 24 da Constituição italiana:

Todos podem agir em juízo para tutela de seus próprios direitos e interesses legítimos. A defesa é direito inviolável em cada estado e grau de procedimento.

São assegurados aos pobres, com as instituições necessárias, os meios para agirem e defenderem diante de cada jurisdição.

A lei determina as condições e modos para reparações do erro judiciário.

³⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 84, 1996; p. 144.

³⁶⁹ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzionale: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 568.

Entende-se que a expressão “os meios para agirem e defenderem” englobam o direito fundamental à prova. Segundo ensina Mauro Cappelletti, o direito fundamental à prova (chamado por ele de direito fundamental à prova) consiste na asseguuração às partes “da possibilidade de valer-se dos meios de prova geralmente reconhecidos pelo ordenamento e, ao o tempo, impedir o legislador de pôr obstáculos irrazoáveis à prova em juízo”³⁷⁰.

Segundo dá conta Avolio, a vedação das provas ilícitas permaneceu até o após a promulgação da Constituição italiana de 1948 que reconheceu solenemente os direitos de liberdade do indivíduo, apesar de ter permitido fosse levada a questão para análise da Corte Constitucional ³⁷¹.

A Corte Constitucional italiana, na sentença n. 175 de 02/12/1970, dispôs que a máxima de que o juiz está autorizado a apreciar, segundo sua experiência, o material probatório parte do pressuposto de que não se tratem de provas proibidas pela lei³⁷². Na sentença n. 34 de 06/04/1973 a a Corte Constitucional decidiu que o magistrado não pode utilizar prova contrária a Constituição Federal. A Corte de Cassação por meio da Seção Conjunta na decisão n. 26795 de 28/03/2006 entendeu que a gravação de vídeo no interior do domicílio de um indivíduo, não poderia ser utilizada (ainda que em sede cautelar) por se tratar de prova ilícita.

Também surgiram teorias diversas sobre a admissibilidade da prova ilícita.

No que tange a proibição de prova ilícita, nem a Constituição Italiana e tampouco o Código de Processo Civil italiano abordam a questão. Tão somente o Código de Processo Penal possui previsão expressa da proibição de prova ilícita no art. 191. A proibição de prova ilícita são amparadas normalmente no Decreto Legislativo 196 de 2003 (Código em matéria de proteção dos dados pessoais) que disciplina a proteção da intimidade de dados pessoais. O art. 160, inciso 6 do Decreto Legislativo 196/2003 dispõe que “a validade, eficácia e admissibilidade dos atos, documentos e medidas no procedimento judiciário baseados no tratamento dos dados pessoais desconforme com os ditames das leis ou regulamentos são disciplinados pelas disposições pertinentes processuais nas matérias civis e penais”. Em complemento, o art. 11, inciso 2 do

³⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 558.

³⁷¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revisto dos Tribunais, 2003, p. 46.

³⁷² CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 561.

Decreto Legislativo 196/2003 dispõe que “os dados pessoais obtidos em violação das normas que regem o tratamento de dados pessoais não podem ser usados”.

Desta feita, a doutrina e a jurisprudência italiana ainda vacilam, entendendo alguns pela admissibilidade absoluta da prova ilícita³⁷³, outros pela inadmissibilidade absoluta e outros pela inadmissibilidade relativa da prova ilícita³⁷⁴.

3.2.5. Tendências do direito estrangeiro

Nota-se facilmente que há, no Direito Comparado, no que concerne ao tema provas ilícitas, uma aproximação entre os sistemas jurídicos da *civil law e commom law*³⁷⁵. Os pontos convergentes são os seguintes:

a) tendência a não disciplinar a proibição, ou não, de prova ilícita no âmbito constitucional, deixando a matéria para o âmbito infraconstitucional, ou para análise do magistrado no caso concreto. Dos países estudados (Alemanha, Estados Unidos, Itália e Brasil), somente o Brasil prevê a proibição de prova ilícita no âmbito constitucional, tendo os demais países versado sobre a matéria apenas em âmbito infraconstitucional (Espanha), ou no caso concreto (Alemanha, Estados Unidos e Itália);

b) tendência a não utilizar regras estanques de proibição, ou não, de prova ilícita, como bem observado por Teresa Armenta Deu em sua obra *La prueba ilícita: uno estudio comparado*³⁷⁶;

c) tendência a prever a admissibilidade, ou não, da prova ilícita apenas no caso concreto;

d) tendência à utilização da proporcionalidade (nos países da *civil law*) e razoabilidade (nos países da *commom law*) como mecanismo para a aferição da admissibilidade, ou não, da prova ilícita no caso concreto.

³⁷³ CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: A. Giuffrè, 1963; p. 163.

³⁷⁴ CAPELLETTI, Mauro e PERILLO, Joseph M. *Civil procedure in Italy*. The Hage, Netherlands: M. Nijhoff, 1965, p. 190; RICCI, Gian Franco. *Le prove illecite nel processo civile in Rivista di Diritto Processuale*. Padova, 1987, p. 1713; SCARPA, Antonio. *La prova civile: percorso giurisprudenziali*. A. Giuffrè, 1963, 2009; p. 53.

³⁷⁵ ÀVILA, Thiago André Pierobom. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. 295 p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 197.

³⁷⁶ DEU, Teresa Armenta. *La prueba ilícita: um estudio comparado*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 11.

3.3. Teoria geral do processo

Discute-se, ainda hoje, se existe uma teoria geral do processo. A teoria monista entende que existe um único direito processual, tronco comum para todos os ramos daí decorrente: processo penal, processo civil, processo administrativo, processo do trabalho etc. Já a teoria dualista defende que cada ramo possui sua própria teoria de processo. Acredita-se que a teoria monista deve sobressair. Como esclarece Alexandre Freitas Câmara,

[...] é inegável o imenso número de institutos afins a todos os ramos do Direito Processual, podendo servir como exemplo do que acaba de ser afirmado o fato de que todos os citados ‘ramos’ têm uma base em comum, formada pela ‘trilogia estrutural do Direito Processual’, a qual é formada pela jurisdição, pela ação e pelo progresso³⁷⁷.

Outros vários fatores apontam pela existência de uma teoria geral do processo:

- a) há várias faculdades no país que possuem a cadeira autônoma de teoria geral do processo (TGP);
- b) o critério de divisão em processo civil, processo penal, processo administrativo etc. é meramente didático e com o escopo de facilitar a atividade legislativa;
- c) a jurisdição é única, pelo que não se pode aceitar divisão entre ramos de Direito com o objeto e finalidade³⁷⁸;
- d) tanto nas demandas cíveis quanto nas penais, as provas (juntamente com as afirmações) servem para embasar as sentenças³⁷⁹.

Eduardo Talamini também lembra que os objetivos dos ramos do processo são os: atuação da ordem jurídica de forma imparcial, garantia da liberdade e pacificação social, dentre outros³⁸⁰. Rosemiro Pereira Leal também entende da a forma devido à

³⁷⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. São Paulo: Rio de Janeiro, 2012, p. 11.

³⁷⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. São Paulo: Rio de Janeiro, 2012, p. 11-13.

³⁷⁹ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 332.

³⁸⁰ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 91, 1998; p. 92.

convergência dos princípios fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia, também referentes do instituto do devido processo legal (due process of law), como aspectos inafastáveis da construção dos procedimentos quando se põem em conflito os direitos, sejam direitos-garantias assegurados pela norma constitucional ou outros direitos atinentes a bens da vida jurídica criados ao nível da infraconstitucionalidade³⁸¹.

E a teoria monista ganha corpo quando se estuda alguns institutos processuais, como preclusão, coisa julgada, processos que guardam grande similitude entre todos os ramos do processo. Dentre estes institutos, que guardam grande similitude entre os ramos do Direito Processual, há o da prova e o da prova ilícita. Por isso, pode-se, tranquilamente, falar em uma teoria geral da prova³⁸² e da prova ilícita, o que não acarreta logicamente que cada ramo do processo não possa guardar suas devidas peculiaridades.

São adeptos da visão monista do Direito Processual (teoria geral do processo), além dos já citados Alexandre Câmara, Eduardo Talamini e Rosemiro Pereira Leal, os seguintes doutrinadores: Luiz Guilherme Marinoni³⁸³, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco³⁸⁴ e Eduardo Cambi³⁸⁵.

Ao se estudar a prova ilícita sob a ótica processual penal e civil, nota-se grande similitude no trato da matéria, pois, nos âmbitos estrutural e funcional, as prova penal e civil não se diferenciam³⁸⁶.

Ademais, é extremamente enriquecedor o intercâmbio entre o estudo de ambos, haja vista que é no processo penal que normalmente se tem as primeiras discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito dessas questões. Isto porque, historicamente, o processo penal normalmente³⁸⁷ aborda bens da vida mais caros, como liberdade, honra, intimidade etc.

No objeto de nosso estudo (prova ilícita), não raras vezes, o amparo na doutrina e jurisprudência penal, auxilia frequentemente o estudo do instituto no âmbito civil.

³⁸¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Forense, 2009, p. 75.

³⁸² MELENDO, Santiago Sentis. *Estudios de Derecho Procesal*. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1967, p. 543; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 175.

³⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

³⁸⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo [et. al.]. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

³⁸⁵ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: 2001, p. 84-88.

³⁸⁶ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 91, 1998; p. 93.

³⁸⁷ Normalmente, mas nem sempre, pois há bens da vida no âmbito civil muito mais caros que alguns do âmbito penal.

Diante disto, a análise que se faz de prova ilícita, se dá sob a ótica da teoria geral do processo e da prova, utilizando-se (quando couber) de doutrina e jurisprudência penal, que é mais rica do que a civil.

3.4. Conceito

A conceituação de prova ilícita passa necessariamente da determinação do que seja “ilícita”. Logo após a promulgação da Constituição Federal (que previu, expressamente pela primeira vez no Brasil, a proibição de prova ilícita em seu art. 5º, LVI), Ada Pellegrini Grinover, forte em Pietro Novuolone, publicou trabalho de grande repercussão, defendendo que as provas ilegais eram divididas em ilícitas (quando afrontavam direito material) e ilegítimas (quando afrontavam direito processual). Isto porque, enquanto a prova ilegítima já desencadeava a nulidade prevista no próprio sistema processual, podendo ser sanada, a prova ilícita, além de nula, era insanável³⁸⁸.

Essa corrente tem prevalecido no país desde então, tendo como seus adeptos, dentre outros: Maria Cecília Pontes Carnaúba³⁸⁹, Luiz Francisco Torquato Avolio³⁹⁰, Luis Alberto Reichelt³⁹¹, Susana Henriques da Costa³⁹², Fernanda Letícia Soares Pinheiro³⁹³, Oswaldo Trigueiro Valle Filho³⁹⁴ e Wagner Marteleto Filho³⁹⁵. Apesar da envergadura dos defensores de tal corrente e de seu predomínio, entende-se que não é a melhor opção disponível. Isto porque há situações em que a infração à norma processual é tão ou mais grave que a infração à norma de direito material. Cite-se, por exemplo, um processo de erro médico em que fora realizada perícia sem intimação de uma das partes,

³⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 45-53.

³⁸⁹ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 77.

³⁹⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revisto dos Tribunais, 2003, p. 42-43.

³⁹¹ REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 291.

³⁹² COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. São Paulo: Revista de Processo, vol. 133, 2006; p. 187.

³⁹³ PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. *Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 117-121.

³⁹⁴ VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro. *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004; p. 44.

³⁹⁵ MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 203.

conforme preconiza o art. 431-A do CPC³⁹⁶ (o art. 458 do projeto do novo CPC possui o teor). A gravidade de tal ilicitude é tão grande quanto ou maior que qualquer outra infração à norma de direito material.

Adiciona-se que tal corrente (prova ilícita e ilegítima) é insuficiente para atender aos reclamos do neoprocessualismo e não dá relevo aos direitos fundamentais. Outrossim, na maioria dos ordenamentos jurídicos mais avançados, como ocorre na Alemanha, na Itália e na Espanha, tem-se apontado que a ilicitude da prova diz respeito à contrariedade de direitos fundamentais. Entendem que as provas ilícitas são as que contrariam direitos fundamentais: Gilmar Mendes³⁹⁷, Comoglio, Ferri e Taruffo³⁹⁸, Evaristo González González³⁹⁹, Spiegelberg⁴⁰⁰, Orbea⁴⁰¹, Maria Elizabeth Queijo⁴⁰² e Bernardo Gonçalves Fernandes⁴⁰³.

A expressão “obtida por meios ilícitos” prevista na Constituição Federal tem natureza ampla, englobando as provas ilicitamente propostas, admitidas ou produzidas, lembrando que as fases da prova são de proposição, admissibilidade, produção e valoração. A expressão de pouca técnica “obtenção” abarca as fases da proposição, da admissão e da produção. Isto porque uma prova proposta em que se pede a obtenção de confissão mediante tortura é tão ilícita quanto outra ilicitamente admitida ou produzida. A especificação de provas fora do prazo legal fere o direito fundamental da isonomia, tornando-as ilícitas. A admissão sem fundamentação de pedido de busca e apreensão em uma residência fulmina o mandado de ilicitude. Produção de prova pericial sem o conhecimento de uma das partes também gera sua ilicitude.

A ilicitude da prova não pode se dar pela valoração porque esta última fase da prova serve, dentre outras coisas, justamente para verificar sua licitude ou ilicitude. Por

³⁹⁶ Art. 431-A do CPC - As partes terão ciência da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova.

³⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 744.

³⁹⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. Vol. I. Bologna: Società editrice Mulino, 2011, p. 466.

³⁹⁹ GONZÁLEZ, Evaristo González. La prueba ilícita: una (re)visión crítica. In: LLUCH, Xavier Abel e PICÓ E JUNOY, Joan (Orgs.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch Editor, 2007, p. 371.

⁴⁰⁰ SPIEGELBERG, José Luis Seoane. *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil 1/2000: disposiciones generales y presunciones*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007, p. 294.

⁴⁰¹ ORBEA, Juan Varea. El control judicial de la prueba ilícita en el proceso civil español. In: LLUCH, Xavier Abel e PICÓ E JUNOY, Joan (Orgs.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch Editor, 2007, p. 414.

⁴⁰² QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si o: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 428.

⁴⁰³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 341.

consequente, advoga-se que a prova ilícita é a prova proposta, admitida ou produzida em contrariedade a direito fundamental de alguém.

Já as provas que contrariarem normas jurídicas que não sejam direitos fundamentais serão apenas taxadas como ilegítimas, mas não ilícitas. As provas ilícitas diferem das provas ilegítimas quanto a natureza jurídica, causa e efeitos. As provas ilícitas possuem natureza jurídica de ato inexistente enquanto as ilegítimas de ato anulável. Quanto a causa, as provas ilícitas consistem nas provas que afrontam direitos fundamentais, enquanto as provas ilegítimas são aquelas que contrariam norma do ordenamento jurídico e não afrontam direitos fundamentais. No que tange aos efeitos, as provas ilícitas quando inadmitidas no processo não geram efeitos, não podem ser valoradas e devem ser desentranhadas, enquanto as provas ilegítimas podem gerar efeitos e terem o suprimento da anulabilidade, podem ser valoradas e podem permanecer nos autos. Marinoni faz a a distinção:

...quando se considera a prova obtida com violação de regra não essencial, não há razão para se retirar qualquer eficácia ao seu resultado. Ao contrário, na hipótese de violação de direito fundamental, seja material ou processual, a prova não pode gerar consequência alguma no processo⁴⁰⁴.

Destarte, pode-se dizer que as provas proibidas dividem-se em provas ilícitas e ilegítimas, sendo tais provas ilícitas o objeto de nosso estudo.

3.5. Diferenciação da prova atípica

Numa análise superficial, pode-se acreditar que as provas ilícitas se confundem com as provas atípicas. Em exame mais apurado, no entanto, percebe-se que não pode haver tal confusão. Como dito, a prova ilícita é a prova proposta, admitida ou produzida em contrariedade a direito fundamental de alguém. Já a prova atípica é uma das duas formas de classificação da prova quanto à tipicidade dos meios de prova.

Como é cediço, o art. 332 do CPC dispõe que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar

⁴⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Prova ilícita in Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco (Orgs.). *Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU-Centro de Extensão Universitária, 2008, p. 200.

a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. O art. 358 do projeto do novo CPC possui redação semelhante: “As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz”. Isto quer dizer que, além dos meios de prova especificados na legislação, também podem ser utilizados outros meios de prova não previstos.

Apesar de o art. 332 do CPC e o art. 358 do projeto do novo CPC fazerem remissão ao Código, entende-se que prova típica não é só aquela existente em tal *codex*, mas aquela existente em qualquer norma jurídica específica. Por conseguinte, quando o meio de prova possui previsão específica na lei, é chamada de prova típica, ou nominada, e, quando não possui tal previsão, é chamada de prova atípica. Diante disto, as provas documental, testemunhal, pericial etc. que possuem previsão expressa são provas típicas, enquanto outras que não possuem tal natureza são atípicas.

Tanto não se confunde a prova ilícita com a prova atípica que também podem existir provas ilícitas típicas (ex.: perícia realizada sem participação de uma das partes) e prova atípica lícita (ex.: email trocado entre as partes, prova emprestada). O avanço da tecnologia é responsável pela difusão de um sem número de provas atípicas que podem ter importante relevo na resolução de um caso concreto. Cite-se vídeos, emails, gravação de voz, arquivo digital, dentre outros. E a prova atípica terá a valoração que o magistrado entender, limitado às amarras do ordenamento jurídico e dos direitos fundamentais (notadamente, o do contraditório e o da ampla defesa).

Dessa forma, um email poderá não ser admitido como meio de prova de horário nele constante pela fácil manipulação informática de tal horário. Um email também poderá não ser admitido como prova de envio de correspondência eletrônica se não houver comprovação de recebimento. A gravação de uma conversa telefônica poderá não ser admitida como prova se não houver a transcrição da conversa etc.

3.6. Diferenciação do sistema de prova legal

Não há que se confundir também prova ilícita com sistema de prova legal. Há três sistemas distintos, no que pertine à valoração de prova: o sistema legal de apreciação da prova, o sistema de livre convicção e o sistema de livre convencimento

motivado (persuasão racional). O sistema legal de valoração da prova, que predominava antigamente, já antevia o valor do meio de prova em uma perspectiva hierarquizada.

Nos períodos arcaicos, bárbaros, praticamente não existia a valoração da prova por parte dos juízes, pois estes se limitavam a dar razão àquele litigante socorrido pela divindade, por meio da prova. Tratava-se do sistema das ordálias (juízos), em que se utilizavam métodos irracionais para verificar quem possuía razão, tendo a prova mais do que um valor predeterminado: ela tinha natureza de sentença.

No processo romano-canônico, afastou-se da irracionalidade das ordálias, estabelecendo-se, não obstante, critérios a serem seguidos pelos julgadores na resolução da demanda. Nesta fase, a tarificação das provas já era pré-estabelecida, devendo o juiz se ater aos critérios pré-estabelecidos, pouco importando suas convicções pessoais e peculiaridades do caso concreto. Trata-se de uma fase de concepção filosófica-escolástica, de prevalência do abstrato sobre o particular, em que se desconfiava da atividade judicial e, portanto, criavam-se mecanismos de restrições legais para limitar a atividade de valoração da prova⁴⁰⁵. As limitações e a tarificação das provas imprimiam-lhes valores pré-constituídos, como na hipótese de o depoimento de um nobre valer mais do que a de um plebeu, na inadmissão de um único testemunho (*testius unus, testius nullus*), na impossibilidade ou no menor valor do depoimento de uma mulher etc.

Esse sistema de prova legal engessava a atuação do aplicador do direito, notadamente do juiz, porque já trazia de antemão qual a eficácia da prova. Por mais injusto e irracional que fosse o resultado, o magistrado era obrigado a conceder a eficácia para a prova que a legislação previu.

No sistema do livre convencimento, cujas origens remontam ao Direito Romano⁴⁰⁶, o magistrado é livre para dar à prova o valor que ele bem entender. Não há amarras ou regras pré-fixadas do valor e da eficácia da prova. Como eram livres para apreciar e valorar a prova e para julgavam *secundum conscientiam*, os magistrados podiam também não julgar, alegando *sibi no liquere*⁴⁰⁷. No sistema de livre convicção o julgador é ilimitadamente livre na valoração das provas, sendo raramente previsto nos dias atuais. Pode-se citar como reminiscência deste sistema o júri popular e a abstenção do julgador (chamada equivocadamente de suspeição por foro íntimo).

⁴⁰⁵ SPIEGELBERG, José Luis Seoane. *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil 1/2000: disposiciones generales y presunciones*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007, p. 375.

⁴⁰⁶ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1971; p. 356.

⁴⁰⁷ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 356.

Já no sistema do livre convencimento motivado, cujas origens remontam ao Direito Romano-canônico⁴⁰⁸, as provas têm previamente o o valor probante, somente diferenciando quando de sua utilização no caso concreto. Neste sistema, o magistrado possui liberdade para valorar a prova com liberdade, mas não irrestritamente, como acontecia no período anterior. Está positivado no art. 131: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. O art. 355 do projeto do novo CPC possui quase a a redação: “O juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento”.

Salienta-se, contudo, que maior liberdade de valoração não significa liberdade absoluta ou exercício de arbítrio judicial; eis que o magistrado está sujeito às balizas do ordenamento jurídico e aos critérios de racionalidade e da lógica-razoável da linguagem aqui defendida. Inclui-se nos controles supracitados, o dever de que o magistrado se atenha às provas dos autos na formação de seu convencimento.

Apesar de, atualmente, predominar o sistema do livre convencimento motivado (persuasão racional), ainda há reminiscências dos outros sistemas de valoração da prova, como o da prova legal, no caso, por exemplo, de não se admitir a confissão de direitos indisponíveis (art. 351 do CPC e art. 378 do projeto do novo CPC), na hipótese de se determinar que a confissão extrajudicial por escrito, feito à parte, tem a a eficácia probatória da judicial (art. 353 do CPC e art. 380 do projeto do novo CPC), em caso de não se admitir prova exclusivamente testemunhal nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do salário mínimo ao tempo em que foram celebrados (art. 401 do CPC e art. 429 do projeto do novo CPC).

Por conseguinte, não há que se confundir a prova ilícita do sistema legal de prova, haja vista que o último é apenas um dos sistemas existentes de valoração da prova, seja ela lícita ou ilícita.

⁴⁰⁸ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 357.

3.7. Teorias tradicionais sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo civil

A questão sobre a admissibilidade ou a inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil põe em confronto o direito fundamental à prova (busca da verdade) e a regra de proibição de provas ilícitas. Dependendo da teoria escolhida, uma prevalece sobre a outra.

Tradicionalmente, sobressaem duas teorias sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo civil: a admissibilidade absoluta da prova ilícita e inadmissibilidade absoluta da prova ilícita, as quais se abordará abaixo.

Importante salientar que todas as teorias abaixo descritas também existem no processo penal, pelo fato de a matéria ser atinente à teoria geral da prova⁴⁰⁹, havendo, às vezes, menções de doutrinas e acórdãos no âmbito penal que se aplicam perfeitamente ao âmbito cível e vice-versa.

3.7.1. A admissibilidade absoluta da prova ilícita

A mais antiga das teorias sobre a admissibilidade da prova ilícita é de sua admissibilidade absoluta, herança da natureza privada do processo e do pouco respeito aos direitos fundamentais.

No Brasil, antes da democratização e do marco-histórico da Constituição de 1988, não era raro a admissão de provas ilícitas, a obtenção de provas mediante tortura, a utilização de provas forjadas, a cassação da liberdade de expressão, de associação de reunião⁴¹⁰. A ilicitude das provas, muitas das vezes, reinava.

A admissibilidade absoluta da prova ilícita defende que a a pode ser utilizada no processo sem qualquer ressalva, pois o direito à prova (busca da verdade) sobrepõe-se a outros interesses, inclusive à segurança jurídica. Dá vida à máxima *male captum, bene retentum* (mal colhida, mas bem observada). A única peculiaridade é que a pessoa responde civil, criminal ou administrativamente pela ilicitude cometida na proposição, na admissão e na produção da prova ilícita. Nesta teoria, o infrator seria apenado, mas a prova seria considerada como se de prova lícita se tratasse, pois a transgressão não

⁴⁰⁹ MELENDO, Santiago Sentis. *Estudios de Derecho Procesal*. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1967, p. 542.

⁴¹⁰ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 85.

afetaria o conteúdo, que seria lícito⁴¹¹. Defendem a admissibilidade absoluta da prova ilícita: Walter Zeiss⁴¹², Franco Cordero⁴¹³ e Yussef Said Cahali, no âmbito do Direito de Família⁴¹⁴.

3.7.2. A inadmissibilidade absoluta da prova ilícita

De outro flanco, há a teoria da inadmissibilidade absoluta da prova ilícita. Os defensores desta teoria pregam a prevalência da segurança jurídica sobre a verdade, não podendo esta última ser buscada a qualquer preço. Seus defensores se apegam no texto do art. 5º, LVI da Constituição Federal que veda a utilização de provas ilícitas no processo. Salientam que, uma vez já havendo a própria constituição realizado o sopesamento, optando pela prevalência da impossibilidade de provas ilícitas, não caberia ao intérprete agir diversamente. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

[...] a Constituição brasileira por disposição expressa, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação de bens e valores em jogo. Elegeu ela própria o valor mais elevado: a segurança das relações sociais pela proscrição da prova ilícita⁴¹⁵.

Interessante relembrar as palavras de Barbosa Moreira sobre a razão de ser da redação do texto constitucional do art. 5º, LVI da Constituição Federal, que se deu por se temer recaídas autoritárias na democracia recém-instaurada; toda sorte de ilicitude probatória era, naquele momento, repudiada. As palavras do jurista carioca, José Carlos Barbosa Moreira, são de citação obrigatória por sua pertinência:

Explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguira-se recentemente o regime autoritário que por tanto tempo

⁴¹¹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 57.

⁴¹² ZEISS, Walter. *El dolo procesal: aporte a la precisación teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico*. Tomas A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, p. 93.

⁴¹³ CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: A. Giuffrè, 1963; p. 163.

⁴¹⁴ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 390.

⁴¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 346.

dominar o país, e sob o qual eram freqüentes e graves as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao "grampeamento" de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir, a recaída nesse gênero de violências. E mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxamos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantemos por largo tempo, quando seja liberado ele fatalmente se moverá com força equivalente no sentido oposto⁴¹⁶.

Por conta disso, o constituinte foi enfático em prever a redação extrema de proibição de prova ilícita, inspirada na Constituição Portuguesa de 1976, uma vez que, entre os países da *civil law* de maior tradição jurídica, um dos poucos a prever tal proibição é Portugal.

O STF, no período inicial pós-constituição de 1988, passou a apontar veementemente pela inadmissibilidade da prova ilícita, taxando, ainda, de inadequada a teoria da inadmissibilidade relativa da prova ilícita, pelo fato de a Constituição já ter feito o sopesamento de antemão, segundo se resume infra:

Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação (HC 80.949 – Rel. Min.Sepúlveda Pertence – DJ 30/10/2001 – DJ 14/12/2001).

Objecção de princípio – em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal – à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição a que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte – salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável – a ponderação de quaisquer

⁴¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 84, 1996; p. 144.

interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência (HC 79512 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 16/12/1999).

Em 2007, o STF voltou a mencionar que era inadmissível a prova ilícita em sede processual, tendo o relator mencionado que a opção da constituição foi pelo seu banimento do ordenamento jurídico:

PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, O EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. – (...)ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (...), (RHC 90376/RJ – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 03/04/2007).

Defendem tal teoria: Carlos Alberto Molinaro e Mariângela Guerreiro Millhoranza⁴¹⁷, Alexandre Freitas Câmara⁴¹⁸, Jorge Reis Novais⁴¹⁹, Vânia Siciliano Aieta⁴²⁰ e o já citado Luís Roberto Barroso.

⁴¹⁷ MOLINARO, Carlos Alberto e MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 145, 2007; p. 276.

⁴¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 403.

⁴¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 52.

⁴²⁰ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 191.

4. A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL: A ADMISSIBILIDADE RELATIVA DA PROVA ILÍCITA E CONSEQUÊNCIAS JURÍCIAS

No presente estudo, entende-se que ambas as teorias tradicionais sobre a admissibilidade da prova ilícita do processo civil são insuficientes para atender ao escopo do processo justo e às exigências de um processo civil constitucional.

A teoria da admissibilidade absoluta da prova ilícita tem como ponto negativo a possibilidade de estimular o Estado e os particulares a promoverem toda a sorte de ilícitos para obterem a prova que desejarem. Tal medida acertaria frontalmente a dignidade da pessoa humana. Além disso,

[...] os cidadãos, por sua vez, sem limites para a obtenção de provas, perderão o respeito recíproco, o que será um grande estímulo ao crescimento da violência no seio social, e a impunidade decorrente do uso abusivo do direito à privacidade obstaculizará a materialização dos fins do Estado⁴²¹.

Outrossim, faria letra morta do art. 5º, LVI da Constituição Federal, que proíbe a utilização da prova ilícita. Ademais, é cediço que a Constituição (como norma fundamental de um país) não possui palavras inúteis⁴²². Inspirações de um povo e conquistas seculares constam de disposições expressas na Constituição, não podendo simplesmente ser ignoradas.

A inadmissibilidade absoluta da prova ilícita também sofre críticas por fazer prevalecer, algumas vezes, a segurança jurídica sobre outros valores mais caros em determinados casos concretos. Como ensina Barbosa Moreira, “a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que se repita não consiste em santificar o excesso oposto”⁴²³. Ademais, pode, em muitas situações, fazer prevalecer a impunidade e a injustiça sobre a justiça. O prevalecimento absoluto da proibição de provas obrigará o magistrado a agir como se não conhecesse os fatos devidamente comprovados, tão

⁴²¹ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 85.

⁴²² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio*. Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 336.

⁴²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 84, 1996; p. 144.

somente pela ilicitude da prova. Outrossim, há situações em que a parte não é responsável pela ilicitude como ensina Dinamarco⁴²⁴.

Como defende Humberto Theodoro Júnior, constata-se

que entre os princípios de direito, inclusive os de ordem constitucional, é impossível evitar conflitos e que, não raro, instalam-se contraposições graves, a exigir do intérprete e aplicador da lei delicada operação para harmonizar os comandos principiológicos e definir o ponto de equilíbrio entre eles⁴²⁵.

Relembre-se as palavras de Marinoni, atestando que o fato de o constituinte ter feito uma primeira ponderação, no caso do art. 5º, LVI da Constituição Federal, não impede que seja feita uma segunda pelo intérprete e aplicador do direito:

Como se vê, é necessária a percepção de que a eleição de um valor, pela norma, não exclui a possibilidade de realização de outra ponderação, a ser feita pelo juiz diante do caso concreto. A resposta a essa argumentação seria no sentido de que a norma constitucional, ao proibir a prova ilícita, não fez restrição a qualquer espécie de processo e, assim, considerou também o processo civil. Essa objeção não impressiona, pois a proibição da prova ilícita não exclui – e nem poderia – a radical diferença entre os bens que compõem os diferentes processos. Por isso, a norma que proíbe a prova ilícita, ainda que tenha feito uma ponderação – como fazem aliás, várias outras normas que consagram direitos fundamentais –, não se libertou da sua reserva imanente de ponderação com outros bens e direitos⁴²⁶.

Isto porque não é raro acontecer de parâmetros abstratos não conseguirem solucionar adequadamente conflito normativo de um caso em concreto, seja porque nenhuma formulação em tese, dentre as existentes, se adapte, seja pertinente, ou contenha todas as peculiaridades fáticas antes não cogitadas, ou por qualquer outra razão não antecipada⁴²⁷. Segundo defende Fredrich Muller a interpretação da norma

⁴²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 51.

⁴²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)*. Revista Brasileira de Direito Família do IBDFAM, nº 3, outubro-dezembro de 1999, p. 15.

⁴²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Prova ilícita in Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco (Orgs.). *Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU-Centro de Extensão Universitária, 2008, p. 203.

⁴²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 151.

deve se dar conjuntamente com a análise de casos concretos.⁴²⁸ Como se não fosse suficiente, tais formas engessadas seriam incapazes de atender, com eficácia e senso de justiça, toda infinidade de casos concretos que possam ocorrer.

Diante da insuficiência das teorias tradicionais sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo civil, surgiu uma terceira corrente, de cunho intermediário, prevendo sua admissibilidade relativa, capitaneada por Barbosa Moreira⁴²⁹, Humberto Theodoro Júnior⁴³⁰ e Vicente Greco Filho⁴³¹.

Essa teoria, compatível com o neoprocessualismo e com a visão atual de prova, defende que, via de regra, não se admite a prova ilícita, por força do art. 5º, LVI da Constituição Federal, mas, em determinadas situações excepcionais, em que o valor confrontado com a segurança jurídica sobrepõe-se a esta, poderá ser utilizada tal prova ilícita. Fala-se “excepcionalmente” porque prevalece a regra da limitação constitucional da prova ilícita, dada a natureza das regras, que, a priori, sobrepõem-se aos princípios de a hierarquia, nos termos abaixo:

As regras consistem em normas com pretensão de solucionar conflitos entre bens e interesses, por isso possuindo *caráter ‘prima facie’ forte e superabilidade mais rígida* (isto é, as razões geradas pelas regras, no confronto com razões contrárias, exigem um ônus argumentativo maior para serem superadas); os princípios consistem em normas com pretensão de complementariedade, por isso tendo *caráter ‘prima facie’ fraco e superioridade mais flexível* (isto é, as razões geradas pelos princípios, no confronto com razões contrárias, exigem um ônus argumentativo menor para serem superadas). (...) No entanto, se as normas forem de o nível hierárquico, e ocorrer um autêntico conflito, deve ser dada primazia à regra. (...) Pode-se, no entanto, sustentar que as regras devem ser obedecidas não apenas por serem regras, mas, sim, porque sua obediência é, enquanto tal, positiva, por vários motivos. Em primeiro lugar, como as regras têm a função de pré-decidir o meio de exercício do poder, elas afastam a incerteza que surgiria não tivesse sido feita essa escolha. (...) Em segundo lugar, além de afastar a controvérsia e a incerteza, a opção pelas regras tem a finalidade de eliminar ou reduzir a arbitrariedade que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais.

⁴²⁸ MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; p. 241.

⁴²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 84, 1996; p. 144.

⁴³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)*. Revista Brasileira de Direito Família do IBDFAM, nº 3, outubro-dezembro de 1999, p. 15.

⁴³¹ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 112.

(...)Em terceiro lugar, a opção pelas regras tem a finalidade de evitar problemas de coordenação, deliberação e conhecimento⁴³².

Não se poderia fazer letra morta da regra limitativa de prova disposta pelo Constituinte, devendo ser, a princípio, privilegiada. Trata-se da conhecida utilização da teoria dos princípios de Humberto Ávila⁴³³, no caso das provas ilícitas no processo civil constitucional. Como já afirmado, isto não quer dizer que, em todos os casos, prevalece a regra da proibição da prova ilícita, havendo situações em que prevalece o direito fundamental da prova (que é um princípio). Isto porque o art. 5º, LVI da Constituição Federal não pode ser interpretado isoladamente, mas deve ser interpretado conjuntamente com todo o ordenamento jurídico e, notadamente, com o postulado da proporcionalidade⁴³⁴, o que se tira como produto, a possibilidade, em situações excepcionais, de se admitir a prova ilícita no processo civil.

O art. 5º, LVI da Constituição Federal deve ser interpretado à luz do art. 5º. XXXV da a Constituição (que submete à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito) e da proporcionalidade, como professora Barbosa Moreira⁴³⁵.

O constitucionalista Celso Ribeiro Bastos ao dissertar sobre o art. 5º, XVIII da Constituição Federal que prevê a proibição de provas ilícitas, aduz que “o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa de sua redação”.⁴³⁶

Tanto a doutrina⁴³⁷ e jurisprudência⁴³⁸ já deixaram patente que apesar do art. 5º, XXXVI da Constituição Federal mencionar que “a lei não prejudicará a coisa julgada”, admite-se em situações excepcionais a relativização da coisa julgada. Da mesma forma

⁴³² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105.

⁴³³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)*. Revista Brasileira de Direito Família do IBDFAM, nº 3, outubro-dezembro de 1999, p. 16.

⁴³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 84, 1996; p. 144.

⁴³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1989; p. 273.

⁴³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)*. Revista Brasileira de Direito Família do IBDFAM, nº 3, outubro-dezembro de 1999, p. 17-23; DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coordenador). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 51; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Revista da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo: Imprensa Oficial vol. 2, n. 2, jul-dez. de 2001, p. 12.

⁴³⁸ STF – AI 665003 AgR/RJ – Rel. Min. Dias Toffoli – DJ 07/08/2012; STF – RE 508283 AgR/MA – Rel. Min. Dias Toffoli – DJ 24/04/2012; STJ – REsp 1279932/AM – Rel. Min. Castro Meira – DJ 27/11/2012; STJ – Edcl na MC 18265/SP Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – DJ 12/06/2012.

que se admite a relativização da coisa julgada, deve-se admitir a relativização da inadmissibilidade da prova ilícita.

Trata-se de tese em que se utiliza o postulado da proporcionalidade para fazer o sopesamento entre o direito fundamental à prova (em conjunto com outro direito fundamental) versus a regra da proibição de prova ilícita (em conjunto com outro direito fundamental) e para ter como produto a prevalência de um deles no caso concreto. Esta teoria se mostra mais eficaz para a resolução da infinidade de situações concretas que podem ocorrer, além de permitir a realização de um processo justo. Em 1976, Ada Pellegrini Grinover já mencionava existir uma tendência a admitir a teoria da admissibilidade relativa da prova ilícita⁴³⁹. Utilizam-se as regras e princípios de forma complementar, desempenhando cada qual sua função, sendo inconcebível a existência e a efetividade de uma sem a outra⁴⁴⁰.

Barbosa Moreira aduz que a admissibilidade relativa da prova ilícita é mais sensata

[...] ao conceder ao juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos; atenta a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, em que medida⁴⁴¹.

Em 1983 Barbosa Moreira, enquanto relator em importante aresto admitiu a prova ilícita (interceptação telefônica de cônjuge suspeito de adultério):

Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização. (TJRJ – AgIn 7111 – Rel. Des. José Carlos Barbosa Moreira – DJ 22/11/1983)⁴⁴²

⁴³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976; p. 145.

⁴⁴⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003; p. 121.

⁴⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 84, 1996; p. 144.

⁴⁴² NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 264.

Analisa-se, então, qual dos males é o menor⁴⁴³. Os sistemas jurídicos democráticos têm, na atualidade, tido repúdio àquelas previsões de posturas rígidas no trato da prova ilícita, assim como no caso das teorias tradicionais sobre sua admissibilidade, pela insuficiência destas teorias para resolverem questões desta estirpe, que envolvem alta complexidade, infinidade de situações e alteração das perspectivas com alterações das circunstâncias.

Também é importante salientar que, como bem coloca Taruffo, é inconstitucional a limitação ao direito à prova de forma injustificada e desproporcional⁴⁴⁴, o que se aplica à teoria da inadmissibilidade absoluta da prova ilícita em situações em que o direito fundamental são superiores à proibição de prova ilícita.

Interpretar o art. 5º, LVI da Constituição Federal como peremptória vedação à utilização de prova ilícita é fazer interpretação inconstitucional de norma constitucional, pois, como relembra Couture, “a lei que diga impossível a prova é tão inconstitucional como a lei que diga ser impossível a defesa”⁴⁴⁵. E o que se entenda que o resultado possa vir a ser uma interpretação *contra legem*, não há problema algum, pois será *intra jus*⁴⁴⁶. Isto porque quando se faz uma interpretação jurídica, se interpreta não só o texto da norma, mas mais do que isto, se interpreta o que Castanheira Neves chama de “objecto intencionalmente normativo-jurídico”⁴⁴⁷.

O papel do intérprete e aplicador do Direito não é o de ser apenas “boca da lei”, ou autômato, mas o de construir e reconstruir esses significados, não sendo razoável crer que a aplicação do Direito abarca um meio de subsunção entre conceitos previamente prontos antes até da própria aplicação⁴⁴⁸. Assim, há a prevalência da inadmissibilidade de prova ilícita no processo civil, admitindo-se, excepcionalmente, a sua admissibilidade. São partidários deste entendimento (além dos já citados Barbosa Moreira, Humberto Theodoro Júnior e Vicente Greco Filho): Gian Franco Ricci⁴⁴⁹,

⁴⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 84, 1996; p. 144.

⁴⁴⁴ TARUFFO, Michelle et all. *La prova nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2012; p. 3 e 6-85.

⁴⁴⁵ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979, p. 21.

⁴⁴⁶ VASCONCELOS, Roberto Prado de. Provas ilícitas (Enfoque Constitucional). Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 791, 2001; p. 456.

⁴⁴⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed, 1993, p. 90; p. 144.

⁴⁴⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32.

⁴⁴⁹ RICCI, Gian Franco. *Le prove illecite nel processo civile in Rivista di Diritto Processuale*. Padova, 1987, p. 1713.

Antonio Scarpa⁴⁵⁰, E.D. Moniz de Aragão⁴⁵¹, Nelson Nery Jr⁴⁵², Marinoni⁴⁵³, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira⁴⁵⁴, Susana Henriques da Costa⁴⁵⁵, Roberto Prado de Vasconcelos⁴⁵⁶, Luís Alberto Thompson Flores Lenz⁴⁵⁷, Adalberto Guedes Xavier de Andrade⁴⁵⁸, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça⁴⁵⁹, Marcelo Novelino⁴⁶⁰ e Daniel Amorim Assumpção Neves⁴⁶¹.

4.1. Controle da admissibilidade

Por se tratar de situação excepcional, a admissibilidade de prova ilícita está sujeita a um controle de admissibilidade, somente sendo aceitável mediante ultrapassagem dos filtros da *proporcionalidade e motivação da decisão* após a verificação da prevalência *prima facie* das regras. Ada Pellegrini Grinover em importante trabalho deixou claro que a resolução da questão com base apenas no princípio da proporcionalidade pode tornar-se perigosa pela alta subjetividade como ocorreu inclusive na Alemanha⁴⁶².

Diante disto, estes filtros servem para frear o arbítrio judicial e minimizar o risco de uma importante salvaguarda ao cidadão de ser utilizada como mecanismo de injustiça

⁴⁵⁰ CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: A. Giuffrè, 1963; p. 163.

⁴⁵⁰ SCARPA, Antonio. *La prova civile: percorso giurisprudenziali*. A. Giuffrè, 1963, 2009; p. 53.

⁴⁵¹ ARAGÃO, E. D. Moniz de. Direito à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 39, 1995; p. 102.

⁴⁵² NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 260.

⁴⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. Prova ilícita in Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco (Orgs.). *Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU-Centro de Extensão Universitária, 2008, p. 202-203.

⁴⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; p. 524-525.

⁴⁵⁵ COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. São Paulo: Revista de Processo, vol. 133, 2006; p. 187.

⁴⁵⁶ VASCONCELOS, Roberto Prado de. Provas ilícitas (Enfoque Constitucional). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 791, 2001; p. 456.

⁴⁵⁷ LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. Os meios moralmente legítimos de prova. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 621, 1988; p. 273.

⁴⁵⁸ ANDRADE, Adalberto Guedes Xavier de. A aplicabilidade do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 126, ano 30, 2005; p. 219.

⁴⁵⁹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 67-74.

⁴⁶⁰ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 129 e 132.

⁴⁶¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: São Paulo, 2012, p. 432.

⁴⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976; p. 146.

diante de seu maior grau de subjetivismo. Permitem tais barreiras que o convencimento seja racional e controlável⁴⁶³.

4.1.1. Postulado da proporcionalidade

Inicialmente, importante salientar que, apesar de importantes vozes dissonantes⁴⁶⁴, o postulado da proporcionalidade não se confunde com o princípio da razoabilidade, conforme já dito anteriormente. O postulado da proporcionalidade tem origem na Alemanha, mais especificamente no Direito Administrativo, por meio de Suárez, em 1791, que, diante do rei da Prússia, Frerich Wilhelm, o propõe como princípio fundamental do Direito Público, com o objetivo de exigir que o Estado somente limite a liberdade na medida em que seja realmente necessário para o exercício do poder de polícia, sendo empregado posteriormente o termo “proporcional” por von Berg, em 1802, e “princípio da proporcionalidade” por Wolzendorf, com apego em Otto Mayer⁴⁶⁵.

É, no entanto, no Tribunal Constitucional alemão, que o princípio da proporcionalidade foi tratado no âmbito constitucional, utilizado como mecanismo de proibição de excesso, tendo função de demarcar os limites e se manter dentro deles⁴⁶⁶.

Atualmente, a proporcionalidade não só tem a noção de proibição de excesso (no seu aspecto negativo), mas também de necessidade de proteção contra a insuficiência (aspecto positivo), como mencionado pelo STJ em relevante aresto:

[...] Atualmente, o princípio da proporcionalidade é entendido como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente. No primeiro caso, a proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, ao passo que no segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela faz com que o Estado seja obrigado a garantir os direitos fundamentais contra a agressão propiciada por terceiros. (...) (HC 161393/MG – Rel. Min. Jorge Mussi – DJ 19/04/2012).

⁴⁶³ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. Vol. I. Bologna: Società editrice Mulino, 2011, p. 478.

⁴⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181.

⁴⁶⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Derechos Fundamentales, proceso y principio de proporcionalidade*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 95, 2003; p. 64.

⁴⁶⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 57-66.

Já a razoabilidade, origina-se de construção jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos, proveniente do *due process of law* procedimental (procedural) e material (substantive), com a função negativa de proibir a ultrapassagem do juridicamente aceitável⁴⁶⁷. Desta feita, o postulado da proporcionalidade distingue-se da razoabilidade quanto à origem e quanto à destinação⁴⁶⁸.

A proporcionalidade, por sua vez, não é considerada no vazio e sem limites. Possui também um controle de admissibilidade por meio dos chamados “3 passos”: a) adequação; b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido estrito. A adequação exige que o ato utilizado seja capaz de alcançar o fim que se almeja. Assim, não seria adequado, portanto, quebrar o sigilo telefônico celular de um devedor de alimentos se este devedor não possuísse e não utilizasse aparelho telefônico desta espécie.

A necessidade se configura quando o ato é imprescindível para se alcançar o fim que se almeja, não havendo outras possibilidades menos gravosas. Por conseguinte, somente pode ser determinada a juntada de declarações de imposto de renda de um devedor nos autos de uma execução após terem se esgotados todos os meios de procura de bens (penhora on-line, pesquisas no Detran, cartório de imóveis etc).

Já a proporcionalidade, em sentido estrito, exige que o resultado do sopesamento seja menos lesivo do que outros resultados possíveis. Exige que, dos males, seja eleito o menor. Desta forma, diante de um caso de atos de violência de uma torcida organizada e do direito fundamental de associação, deve-se, a princípio, optar pela medida menos gravosa (suspender as atividades) que seja apta a resolver o problema, antes de se optar pela medida mais drástica (dissolução da associação civil – torcida organizada).

E, no caso da admissibilidade da prova ilícita no processo civil, necessita-se que os direitos fundamentais sopesados passem pela barreira da proporcionalidade, que se desdobra na necessidade de: a) adequação – que o ato seja adequado aos fins que se deseja; b) necessidade – que o ato seja imprescindível para o resultado que se almeja; c) proporcionalidade, em sentido estrito – que o resultado do sopesamento seja menos lesivo do que outros resultados possíveis.

⁴⁶⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 75-76.

⁴⁶⁸ No mesmo sentido: GÓES, Gisele Santos Fernandes. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan (Org.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006, p. 96.

Como pontifica Canaris, “todo o processo de realização de Direito, portanto todos os factores que interferem, justificam ou explicam as decisões jurídicas, devem ser incluídos no discurso juscientífico”⁴⁶⁹.

4.1.2. Motivação da decisão

O segundo mecanismo de controle da admissibilidade da prova ilícita no processo civil é a necessidade de motivação da decisão de admiti-la⁴⁷⁰. Isto porque não existe poder ilimitado dado ao juiz sobre a admissibilidade, ou não, da prova, conforme já apontava Souza Pinto em 1850: “Ao juiz pertence sempre apreciar a concludência ou inconcludência da prova: mas, este arbítrio, assim deixado ao juiz, não é vago, indeterminado, caprichoso, antes deve ser regulado pelas respectivas disposições de direito, e pelos princípios do que é razoável, e de justo e honesto”⁴⁷¹.

Logicamente, toda decisão judicial deve ser motivada e é direito das partes a valoração da prova, mas a peculiaridade reside em que, na hipótese de admissão da prova ilícita, por se tratar de medida excepcional, o magistrado deverá fundamentá-la com mais vigor. A motivação deverá demonstrar as bases racionais pelas quais o magistrado admite a prova ilícita no processo civil, visando assim afastar o subjetivismo exagerado⁴⁷². Deverá o magistrado apontar: a) quais os interesses em conflito; b) qual o resultado do sopesamento no caso concreto; c) qual a fundamentação para prevalência de determinado interesse sobre o outro. Deverá, ainda, o magistrado “indicar de forma expressa quais foram os bens, princípios ou valores confrontados, ou seja, deve ser indicado o caminho percorrido pelo Julgador no seu processo de raciocínio”⁴⁷³.

⁴⁶⁹ Introdução de Menezes Cordeiro. In: CANARIS, Claus Wilhelm (Org.). *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. XXIV.

⁴⁷⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. Torino: UTET Giuridica, 2012, p. 46/47.

⁴⁷¹ SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. Accommodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas. mprensa: Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p. 158.

⁴⁷² TARUFFO, Michelle et all. *La prova nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2012, p. 3 e 6-83; GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*. Campos: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, n.º 4 e Ano V, n.º 5 – 2003-2004, p. 258.

⁴⁷³ VASCONCELOS, Roberto Prado de. Provas ilícitas (Enfoque Constitucional). Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 791, 2001; p. 456.

A ausência ou insuficiência da motivação justificando a admissibilidade da prova ilícita, se não fulminar a decisão de nulidade, tornará impossível a utilização da prova proibida, segundo apontou o STF:

Habeas Corpus. 2. Quebra de sigilo bancário e telefônico. Alegação de que as decisões proferidas pelo magistrado de primeiro grau não foram devidamente motivadas, por terem apresentado mera menção às razões expostas pelo Parquet. 3. Ausência de decisão com fundamentos idôneos para fazer ceder a uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional. 4. Prova ilícita, sem eficácia jurídica. Desentranhamento dos autos. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, deferido (HC 96056/PE – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 28/06/2011).

São consideradas ilícitas as provas produzidas a partir da quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico, sem a devida fundamentação. Com esse entendimento, a Segunda Turma deferiu *habeas corpus* para reconhecer a ilicitude das provas obtidas nesta condição e, por conseguinte, determinar o seu desentranhamento dos autos de ação penal. Na espécie, os pacientes foram denunciados pela suposta prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/1986, arts. 11, 16 e 22, *caput*), lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998, art. 1º, VI e VII, e § 4º), e formação de quadrilha (CP, art. 288), por promoverem evasão de divisas do país, efetuarem operação de câmbio não autorizada, operarem instituição financeira clandestina e, ainda, movimentarem recursos e valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação. Ressaltou-se que a regra seria a inviolabilidade do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII), o que visa, em última análise, a resguardar também direito constitucional à intimidade (art. 5º, X). E, somente se justificaria a sua mitigação quando razões de interesse público, devidamente fundamentadas por ordem judicial, demonstrassem a conveniência de sua violação para fins de promover a investigação criminal ou instrução processual penal. No caso, o magistrado de primeiro grau não apontara fatos concretos que justificassem a real necessidade da quebra desses sigilos, mas apenas se reportara aos argumentos deduzidos pelo Ministério Público. Asseverou-se, ademais, que a Constituição veda expressamente, no seu art. 5º, LVI, o uso da prova obtida ilicitamente nos processos judiciais, no intuito precípuo de tutelar os direitos fundamentais dos atingidos pela persecução penal (HC 96.056 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 28/06/2011).

A prática de alguns magistrados de utilizar a chamada motivação implícita, no que tange à admissibilidade da prova ilícita, também se equipara à ausência de motivação precitada. Em resumo, deve haver motivação da forma mais completa possível, sobre a admissibilidade da prova ilícita.

4.2. Aplicação da teoria em casos concretos

Suponha-se, inicialmente, uma declaração obtida por meio de utilização de soro da verdade, ou outra forma de tortura para fazer um indivíduo confessar a destruição de um automóvel em uma ação de indenização. Nesta situação, sem sombra de dúvidas, prevalece a regra da proibição de obtenção e utilização de prova ilícita, como resultado da colisão do direito fundamental à dignidade humana, em detrimento do direito fundamental à prova e direito fundamental de propriedade.

Cite-se ainda o caso concreto da cantora mexicana, Glória Trevi, que foi presa no Brasil e engravidou durante o período em que se encontrava na carceragem da Polícia Federal, tendo sido acusados agentes federais de tê-la engravidado. A Justiça Federal determinou, então, que fosse recolhida amostra da placenta da cantora, quando do parto, para análise de DNA, para confrontação com o material genético dos funcionários públicos que a estavam custodiando. Contra tal decisão, a cantora ajuizou Reclamação no STF, alegando afronta a sua intimidade e a de seu filho e que somente poderia haver tal exame de DNA com sua concordância.

Em tal julgamento, o STF admitiu o recolhimento da placenta da cantora, o sem seu consentimento, por entender que, naquele caso concreto, prevalece o princípio da moralidade administrativa, da persecução penal pública, da segurança pública, da honra e da imagem dos agentes acusados e da própria instituição, em confronto com o alegado direito da mãe de preservação da sua intimidade e do pai de seu filho:

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso

também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante. (RCL 2040 QO/DF – Rel. Min. Néri da Silveira – DJ 21/02/2002)

Em determinada situação, antes do advento da lei que regulamenta a interceptação telefônica, fora promovida uma interceptação dentro de presídio, a qual serviu de meio de prova para fundamentar denúncia contra preso, de corrupção de agentes penitenciários para obter mordomias naquele estabelecimento. Naquela ocasião, o STJ aplicou a proporcionalidade (no caso, aduzindo como razoabilidade) para admitir a prova ilícita, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFONICA COM ORDEM JUDICIAL. REU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIARIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PROPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLICIA. O INCISO LVI DO ART. 5. DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE 'SÃO INADMISSIVEIS AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILICITO', NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HA SEMPRE UM SUBSTRATO ETICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PROPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE E DIRIGENTE E PROGRAMATICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVES DA 'ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL' (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLAUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA E RELATIVA. A JURISPRUDENCIA NORTE-AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO E TRANQUILA.

SEMPRE E INVOCAVEL O PRINCIPIO DA 'RAZOABILIDADE' (REASONABLENESS). O 'PRINCIPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS' (EXCLUSIONARY RULE) TAMBEM LA PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM DENEGADA (HC 3.982/RJ – Rel. Min. Adhemar Maciel – DJ 05/12/1995).

Marinoni também cita interessante caso e hipótese⁴⁷⁴. Menciona que, em um processo criminal de tóxicos, foi considerada ilícita a gravação telefônica sem autorização judicial, obtida por marido, de conversa da sua esposa com amante, na qual aquela confessava que dopava seus filhos com Lexotan para poder manter relação extraconjugal. Neste caso, o STJ entendeu que a prova era ilícita, segundo mostra a ementa abaixo:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ESCUTA TELEFONICA. GRAVAÇÃO FEITA POR MARIDO TRAIIDO. DESENTRANHAMENTO DA PROVA REQUERIDO PELA ESPOSA: VIABILIDADE, UMA VEZ QUE SE TRATA DE PROVA ILEGALMENTE OBTIDA, COM VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE INDIVIDUAL. RECURSO ORDINARIO PROVIDO.

I - A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante medico. Quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espurio, ela ministrava "lexotan" as meninas. O marido, ja suspeito, gravou a conversa telefonica entre sua mulher e o amante. A esposa foi penalmente denunciada (toxico).

Ajuizou, então, ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnetica. II - Embora esta turma já se tenha manifestado pela relatividade do inciso XII (última parte) do art. 5. da CF/1988 (HC 3.982/rj, rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 26/02/1996), no caso concreto o marido não poderia ter gravado a conversa a arripio de seu conjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito garantido constitucionalmente (art. 5, X) (RMS 5352/GO – Rel. Min. Adhemar Maciel – DJ 27/05/1996).

E como bem questiona Marinoni, e se essa a prova se desse em uma ação de alteração de guarda dos filhos?⁴⁷⁵. Nesta hipótese, acompanhamos o processualista paranaense, ao apontar pela admissibilidade da prova ilícita:

⁴⁷⁴MARINONI, Luiz Guilherme. Prova ilícita in Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco (Orgs.). *Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU-Centro de Extensão Universitária, 2008, p. 204.

⁴⁷⁵MARINONI, Luiz Guilherme. Prova ilícita in Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco (Orgs.). *Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU-Centro de Extensão Universitária, 2008, p. 204.

se essa prova diante de uma ação de alteração da guarda dos filhos, não há como deixar de enxergar a distinção entre o que se pretende fazer com a prova ilícita nas ações penal e civil. Ora, o *Estado, além de ter que se preocupar com os direitos fundamentais que a prova ilícita pode violar, não pode esquecer da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que podem depender, diante de certo caso concreto, da prova ilícita*⁴⁷⁶.

Cite-se ainda o exemplo de Roberto Prado de Vasconcelos⁴⁷⁷, em que se admite a utilização de prova ilícita:

Imagine-se a hipótese, o em sede de processo civil, do autor que, numa ação de indenização, para comprovar o furto de bens valiosos em sua loja contra um ex-cliente, faz uso de uma única prova que consiste numa filmagem realizada por uma câmera oculta no local. Ainda que não houvesse no estabelecimento aviso da presença de filmadoras ocultas, forçoso é reconhecer que não há numa loja aberta ao público espaço para intimidade. Portanto, já é possível a seguinte conclusão: o uso desta prova no processo não viola a intimidade alheia, ou seja, não houve bem jurídico algum afetado, logo não há motivo para rejeitar o uso desta prova.

Outro caso emblemático foi julgado pelo TJRS, que admitiu a utilização de prova ilícita (gravação de conversa sem autorização judicial) para demonstrar a dilapidação do patrimônio comum por um dos cônjuges:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. PROVA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA ENTRE MARIDO E MULHER. JUNTADA. PROVA DE DEFRAUDAÇÃO DO PATRIMÔNIO COMUM. DECISÃO QUE DETERMINA O DESENTRANHAMENTO DA DEGRAVAÇÃO. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PONDERAÇÃO DO DIREITO À PROVA. LIMITAÇÃO QUE CEDE À PROVA RELEVANTE. INTERESSES DA BUSCA DA VERDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA QUE SACRIFICAM, NO CASO CONCRETO, A TUTELA DA INTIMIDADE. RESTRIÇÃO CONSTITUCIONAL SUPERADA PELA ORIGINALIDADE DA PROVA PARA A DESCOBERTA DA VERDADE. (...). (SEGREDO DE JUSTICA)

⁴⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Prova ilícita in Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco. *Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU-Centro de Extensão Universitária, 2008, p. 205.

⁴⁷⁷ VASCONCELOS, Roberto Prado de. Provas ilícitas (Enfoque Constitucional). Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 791, 2001; p. 456.

Os arestos citados neste tópico ilustram a aplicação da teoria da admissibilidade relativa da prova ilícita em situações concretas.

4.3. Consequências jurídicas da (in)admissibilidade da prova ilícita no processo civil constitucional

Segundo apontado, acredita-se que a teoria da admissibilidade relativa da prova ilícita é a mais acertada, tendo como característica a prevalência, a priori, da regra da proibição de prova ilícita, admitindo-se, no entanto, em situações excepcionais, sua admissibilidade mediante a devida motivação e a superação do filtro da proporcionalidade. Diante disto, a prova pode ser taxada como ilícita e admitida no processo, ou não. Em cada uma destas duas hipóteses, as consequências são diversas, conforme se demonstra.

4.3.1. Admissibilidade da prova ilícita no processo

Caso sejam ultrapassados os filtros da motivação e da proporcionalidade e se admita a utilização da prova ilícita no processo, ela (a prova ilícita) passa ter status semelhante ao da prova lícita: é considerada existente, válida e eficaz, devendo permanecer no processo, ser valorada e levada em consideração quando da decisão judicial. A única peculiaridade é que, no caso de o magistrado verificar o acometimento de alguma ilicitude penal ou administrativa na obtenção da prova ilícita, deve cientificar o órgão próprio para abertura do respectivo processo⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ No mesmo sentido: LIMA, Alcides de Mendonça. A eficácia do meio de prova ilícito no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 43, 1986; p. 138.

4.3.2. Inadmissibilidade da prova ilícita no processo

Já no caso de se entender que a prova ilícita não pode ser utilizada no processo, as consequências variam conforme se passa a demonstrar.

4.3.2.1. Inexistência jurídica da prova ilícita inadmitida no processo

Antes de ingressar na essência da presente questão, será imprescindível passar pela teoria dos planos dos fatos jurídicos, de Pontes de Miranda⁴⁷⁹, difundida e aprofundada por Marcos Bernardes de Mello⁴⁸⁰.

Fatos jurídicos referem-se àquela parcela dos fatos relevantes para o Direito. Isto porque há fatos que não possuem qualquer relevância jurídica, ou não possuem importância jurídica em determinada situação. Assim, o mero ato de respirar é um fato, mas não seria um fato jurídico. Por outro lado, o ato de respirar ar contaminado por fábrica e falecer, tem repercussão jurídica.

Os fatos jurídicos podem existir em 3 (três) planos: existência, validade e eficácia. Os atos processuais, como espécie dos fatos jurídicos, estão submetidos aos os planos. Quanto a sua existência, podem ser juridicamente existentes ou inexistentes. Segundo aponta Aroldo Plínio Gonçalves, o ato inexistente pode se dar pela “ausência de sua própria constituição material ou por defeito essencial de sua formação, ou de sua situação no processo”⁴⁸¹. Ele pode não existir no plano fático, ou pode existir faticamente e não possuir relevância no âmbito jurídico. Os atos juridicamente inexistentes são considerados atos inadmissíveis. E a prova ilícita, uma vez rejeitada definitivamente em determinado processo, é considerada inadmissível, inexistente⁴⁸². O próprio art. 5º, LVI da Constituição Federal prevê que as provas ilícitas são

⁴⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

⁴⁸⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2011; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2009; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁸¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992; p. 71.

⁴⁸² No mesmo sentido: QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si o: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012; p. 446.

inadmissíveis. Uma prova ilícita inadmitida é considerada muito mais do que nula; ela é considerada como inexistente⁴⁸³, não possuindo validade e eficácia.

Há diferença entre nulidade e existência, a uma porque a existência é um plano autônomo e a nulidade não (está contida na validade), a duas porque há diferenciação de grau (a inexistência é muito mais grave que a nulidade) e a três porque os efeitos podem ser diversos.

A inexistência jurídica é característica dos atos que não possuem requisito imprescindível para gerar efeitos jurídicos, podendo existir no mundo dos fatos, mas não produzindo efeitos no mundo do Direito⁴⁸⁴. Como exemplos de atos jurídicos inexistentes, pode-se citar o processo instruído e julgado sem citação válida do Réu. Pode-se ainda citar a sentença proferida por quem não é magistrado.

Segundo Avolio, “as provas ilícitas, porque consideradas inadmissíveis pela Constituição, não são por esta tomadas como provas. Trata-se de não-ato, não-prova, de um nada jurídico, que as remete à categoria da inexistência jurídica”⁴⁸⁵.

Echandia cita exemplo interessante demonstrando que a prova é juridicamente inexistente:

Isto ocorre quando se obtêm confissão ou testemunho em um grau de sofrimento ou de tortura de tipo psicológico (como não deixar dormir uma pessoa e submetê-la a jogos de luzes que venham a produzir alteração da vontade), são torturas refinadas, mas são torturas. Quando se está em estado de verdadeira inconsciência e se faz esta pessoa falar, não existe juridicamente confissão e tampouco testemunho; é algo mais desde o ponto de vista doutrinário que sua nulidade absoluta⁴⁸⁶.

A inexistência é diversa e muito mais ampla do que a nulidade, pois, enquanto a última permitiria a permanência da prova (o carente de validade e eficácia) nos autos, a inexistência não a permitiria. Pode-se, ademais, aduzir que, em determinados casos concretos, a nulidade que não traz prejuízo pode ser levada em consideração pelo juízo, enquanto a prova ilícita não admitida não possui tal característica.

⁴⁸³ No mesmo sentido: ECHANDIA, Hernando Devís. Pruebas ilícitas. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 32, 1983; p. 82.

⁴⁸⁴ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: 2001, p. 177.

⁴⁸⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revisto dos Tribunais, 2003, p. 43.

⁴⁸⁶ ECHANDIA, Hernando Devís. Pruebas ilícitas. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 32, 1983; p. 82.

4.3.2.2. Desentranhamento da prova ilícita inadmitida no processo

Quando uma prova ilícita não for admitida no processo, ela não poderá ser produzida. Caso tenha sido produzida, deve ser desentranhada⁴⁸⁷ e não pode ser valorada e tampouco servir como fundamento para a decisão judicial. Assim, o ideal é que não se proponha prova ilícita. Se não for possível evitar essa proposição, deve-se evitar sua admissão. Se não for possível evitar sua admissão, ela não deve ser produzida. E, se não for possível evitar sua produção, ela deve ser desentranhada e não valorada. Independentemente de a ilicitude se dar na proposição, na admissão ou na produção, ela retroagirá e afetará todas as partes, como se já nascesse ilícita.

Deve a prova ilícita não admitida ser desentranhada para que não gere qualquer influência no convencimento judicial, conforme entendimento do STF:

- Ação Penal. Denúncia recebida. Prova ilícita. Embargos de declaração pleiteando seu desentranhamento. Constituição, art. 5º, inciso LVI. 2. Reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, consequência imediata é o direito da parte, à qual possa essa prova prejudicar, a vê-la desentranhada. 3. Hipótese em que a prova questionada foi tida como ilícita, no julgamento da Ação Penal nº 307, fato já considerado no acórdão de recebimento da denúncia. 4. Pedido de desentranhamento formulado na resposta oferecida pelo embargante e reiterado em outro instante processual. 5. Embargos de declaração recebidos, para determinar o desentranhamento dos autos das peças concernentes à prova julgada ilícita, nos termos discriminados no voto condutor do julgamento (INQ 731 ED – Rel. Min. Néri da Silveira – DJ 22/05/1996)⁴⁸⁸.

Isto porque a prova que teve sua admissibilidade alterada pelo juízo *ad quem* pode influenciar o convencimento judicial do juízo *a quo*, ainda que “não figurar (uma linha sequer) no processo justificativo”⁴⁸⁹. Um magistrado mais habilidoso, para não correr o risco de ter sua decisão declarada inexistente, pode se basear em outras provas e nada falar sobre a prova sobre a qual recai a pecha de ilícita, o que em seu íntimo tenha sido esta prova crucial para seu *decisum*.

⁴⁸⁷ No mesmo sentido: GOMES, Luiz Flavio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 92; 2003; p. 401; TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 91, 1998; p. 92; FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 97.

⁴⁸⁸ Neste sentido: STF – HC 82862/ SP – Rel. Min. Cezar Peluso – DJ 19/02/2008.

⁴⁸⁹ GOMES, Luiz Flavio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 92; 2003; p. 401.

Diante disso, entendemos censurável a decisão que permite a permanência nos autos de prova ilícita não admitida, como a seguinte proferida pelo STJ:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME TRIBUTÁRIO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. DESENTRANHAMENTO. DESNECESSIDADE. CONDENAÇÃO FUNDADA EM OUTRAS PROVAS AUTÔNOMAS. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Reconhecida a irregularidade na quebra do sigilo bancário procedida pela autoridade fazendária sem a prévia e indispensável autorização judicial, inviabilizando sua utilização como prova no julgamento da ação penal, desnecessário e irrelevante o seu desentranhamento dos autos. (...) (HC 43944/SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima – DJ 13/12/2005).

O momento do desentranhamento da prova deverá se dar quando inexistir recurso com efeito suspensivo contra a decisão de inadmissão da prova, ou quando se der o trânsito em julgado da decisão que a determinou. Ainda que a decisão judicial tenha apenas se limitado a não permitir determinada prova ilícita em determinado processo, é direito da parte prejudicada por tal prova exigir o seu desentranhamento, por ser esta consequência natural da proibição da prova.

4.3.2.3. Teoria da descontaminação do julgado

Na hipótese de um magistrado *a quo* entender como lícita uma prova que fora posteriormente reconhecida como ilícita pelo tribunal, ou considerar como ilícita uma prova que fora considerada lícita pelo tribunal, esse magistrado não poderá atuar mais no feito, haja vista que, por mais que se tente, já estará contaminado pela influência da prova. Ainda que se tire a prova dos autos, não se retirará a influência daquela prova específica no íntimo do magistrado. A medida cabível neste caso é chamada teoria de descontaminação do julgado, na qual o julgador se abstém de julgar com fulcro no art. 135, parágrafo único do CPC (chama-se erroneamente de suspeição por foro íntimo), ou na qual a parte prejudicada apresenta exceção de suspeição, com base no art. 135, V do CPC (interesse no julgamento da causa em favor de uma das partes), com vistas ao afastamento do magistrado do processamento e do julgamento da demanda judicial.

A teoria da descontaminação do julgado tem sido defendida por Marinoni em tais casos ⁴⁹⁰.

4.3.2.4. Existência jurídica de decisão embasada unicamente ou de forma determinante em prova ilícita inadmitida no processo

Na hipótese de se ter proferido decisão judicial baseada unicamente ou de forma determinante, em prova ilícita que não fora admitida no processo, tal decisão não será juridicamente inexistente.

A decisão será válida, mas passível de ação rescisória conforme se demonstrará posteriormente.

Tal rescisão somente se dará na hipótese de não existirem outros elementos de prova que geraram a condenação. O STJ também tem entendido de tal forma:

CRIMINAL. HC. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. NULIDADE DO PROCESSO. PROVAS ILÍCITAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. EXCEÇÕES PREVISTAS NO ART. 5º, INCISO XI, DA CF/88. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. (...).

As fotografias do paciente obtidas pelos policiais na referida diligência não revelam a ilicitude da prova apontada pelo impetrante, porquanto além de não ter sido demonstrada a maneira como chegaram às mãos dos policiais, se foram entregues pela própria tia ou se foram por eles apreendidas, a verdade é que há nos autos outras provas que levaram à condenação do paciente.

(...) Ordem denegada (HC 51.897/SP – Rel. Min. Gilson Dipp – DJ 20/06/2006).

Se a decisão judicial não tiver sido baseada unicamente na prova ilícita ou se a prova não tiver sido determinante, tal prova deverá ser desentranhada, mas restarão intocáveis os atos posteriores, inclusive a dita decisão. Utiliza-se, mais uma vez, o

⁴⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Prova ilícita in Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco (Orgs.). *Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU-Centro de Extensão Universitária, 2008, p. 209.

sopesamento para verificar se a inadmissão da prova ilícita contamina, ou não, todo o procedimento.

4.3.2.5. (In)admissibilidade de prova derivada de prova ilícita inadmitida no processo

Como se trata de análise de admissibilidade de outra prova que não a anteriormente taxada de ilícita, deve-se fazer novo sopesamento. A prova derivada de prova ilícita inadmitida no processo também não será admitida, por prevalecer a regra constitucional restritiva do art. 5º, LVI da CF. Trata-se da *theory of fruits pousonius tree* (teoria dos frutos da árvore envenenada), oriunda da jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana, na qual uma prova oriunda de uma prova ilícita guarda, em seu gérmen, a ilicitude da prova originária. O resultado do sopesamento será a prevalência da regra da inadmissibilidade da prova ilícita, salvo em situação excepcionalíssima, que ultrapasse os filtros da motivação e da proporcionalidade.

Citemos, por exemplo, uma audiência em decorrência de um incidente de impugnação à Justiça Gratuita, em que uma das partes alega que a beneficiária de tal beneplácito jurídico possui grandes condições econômicas e que tenha sido negada a juntada, pela outra parte, de um extrato bancário obtido pela impugnante. E admita-se que a impugnante levara a ex-empregada doméstica da Impugnada que, em depoimento, afirmou que viu um extrato bancário com grande saldo. O depoimento testemunhal baseado em prova ilícita admitida no processo (extrato bancário sem ordem judicial) seria uma prova derivada de uma prova ilícita e, portanto, ilícita também. Não há justa causa para a superação da regra da proibição probatória.

Em outro sentido, caso a nova prova seja autônoma e independente em relação à prova anterior, taxada de ilícita, o resultado do sopesamento será, a priori, outro: a admissibilidade da prova ilícita. Trata-se da *exceção da fonte autônoma (an independence source)*. Isto porque, uma vez que a nova prova não mantém relação de dependência com a prova ilícita, não há motivo para sua não admissibilidade, além de que o efeito negativo de sua inadmissão será (a priori) maior do que sua admissão. O STF já apontou no o sentido:

Habeas corpus. Constitucional. Penal e processual penal. Sentença condenatória fundada em provas ilícitas. Inocorrência da aplicação da teoria dos "frutos da árvore envenenada". Provas autônomas. Desnecessidade de desentranhamento da prova ilícita. Impossibilidade de aplicação do art. 580 do CPP à espécie. Inocorrência de ofensa aos artigos 59 e 68 do Código Penal. Habeas corpus indeferido. Liminar cassada. 1. A prova tida como ilícita não contaminou os demais elementos do acervo probatório, que são autônomos, não havendo motivo para a anulação da sentença. 2. Desnecessário o desentranhamento dos autos da prova declarada ilícita, diante da ausência de qualquer resultado prático em tal providência, considerado, ademais que a ação penal transitou em julgado. 3. É Impossível, na espécie, a aplicação da regra contida no art. 580 do Código de Processo Penal, pois há diferença de situação entre o paciente e o co-réu absolvido, certo que em relação ao primeiro existiam provas idôneas e suficientes para respaldar sua condenação. 4. No que se refere aos fundamentos adotados na dosimetria da pena, não se vislumbra ofensa aos artigos 59 e 68 do Código Penal. A motivação dada pelo Juízo sentenciante, além de satisfatória, demonstrou proporcionalidade entre a conduta ilícita e a pena aplicada em concreto, dentre os limites estabelecidos pela legislação de regência. 5. Habeas corpus denegado e liminar cassada (HC 89032/SP – Rel. Min. Menezes Direito – DJ 09/10/2007).

Pode ainda ocorrer de a prova ser decorrente da prova ilícita inadmita no processo, mas ser fruto de descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*). No caso de a prova poder ser taxada como de descobrimento inevitável, ela também poderá ser admitida excepcionalmente, pois haveria grande probabilidade de a prova ser descoberta por outro meio com a continuidade do processo.

A teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*) deu-se com o caso *Nix vs Williams* (467 EUA 431 – 1984). Neste caso, um suspeito de assassinato de uma menina de 10 anos foi levado preso para prestar esclarecimentos à sede do departamento policial, no entanto, em conversa durante o trajeto, o acusado fez afirmações incriminatórias e informou a localização do corpo. Com tal informação, uma busca com 200 voluntários na área foi abortada e o corpo foi encontrado. Em sede de julgamento, o acusado alegou ilicitude da prova do corpo e de todas as outras dele relacionadas, como a autópsia, uma vez que elas decorriam de declarações realizadas em violação ao direito de ele (o acusado) ser avisado de seu direito a ter um advogado. Em tal caso, apesar de o Tribunal ter reconhecido a ilicitude da utilização das declarações, entendeu válida a condenação porque a descoberta do corpo seria inevitável, independentemente das declarações.

Diante de seu alto grau de subjetivismo, a prova fruto da teoria da descoberta inevitável dificilmente será admitida, não conseguindo, na técnica de sopesamento, ultrapassar a barreira da motivação e da proporcionalidade.

4.3.2.6. (Im)possibilidade de utilização no processo civil de prova emprestada taxada como ilícita pelo juízo criminal

Como ocorre no exame de admissibilidade de toda prova ilícita, a prova que se deseja utilizar como prova emprestada deve passar pelo crivo do sopesamento. O instituto da prova emprestada, que se dá quando se utiliza meio de prova existente em outro feito judicial, é, a princípio, admitida pelo ordenamento jurídico (art. 332 do CPC), salvo algum fato impeditivo como, por exemplo, o fato de as partes dos processos serem diversas, o que afrontaria o contraditório.

A questão controverte-se quando o processo judicial de onde se deseja tomar a prova emprestada e aquele para o qual se deseja utilizá-la são de naturezas jurídicas distintas (como por exemplo, a utilização de prova emprestada de processo criminal por processo cível).

Na hipótese de se tratar de prova considerada lícita, no processo criminal, e de o processo civil admiti-la, abstratamente, como tendo vindo de meio lícito, a prova poderá ser utilizada. Não há sopesamento porque trata-se de prova lícita.

No caso de se tratar de prova considerada lícita, no processo criminal, e o processo civil não a admitir abstratamente como tendo sido obtida por meio lícito, poder-se-á utilizar a prova^{491 492}, desde que seja ultrapassado o juízo de admissibilidade no âmbito cível, por meio da utilização da técnica de sopesamento. Neste caso, como aponta Moacyr Amaral dos Santos, a prova terá a eficácia que merecer⁴⁹³.

Ilustra-se com um caso de uma interceptação telefônica autorizada judicialmente para comprovar o furto, por um ex-diretor de uma empresa, de seu numerário. Imagine-se que tal empresa deseja utilizar tal interceptação como prova emprestada na ação cível de indenização que está movendo contra o ex-diretor da empresa. O problema se dá

⁴⁹¹ Nelson. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 264.

⁴⁹² Em sentido contrário: FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 109.

⁴⁹³ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 336.

porque a Constituição Federal e a lei de interceptação telefônica (o art. 5º, XII da Constituição Federal e a lei 9296/96) prevêm apenas a possibilidade de interceptação em processo criminal. Apesar disto, entende-se que se deve analisar a lei 9296/96 à luz do direito fundamental à prova, pelo que ela poderia ser admitida. Uma vez levantado o véu do sigilo telefônico, não haveria motivo para mantê-lo no processo cível.

Melhor seria que a Constituição e a legislação ordinária não tivessem limitado as hipóteses de interceptação telefônica ao âmbito criminal, permitindo-a em quaisquer processos, dependendo apenas do cumprimento dos requisitos legais e constitucionais exigidos.

No caso de se tratar de prova ilícita inadmitida no processo penal, ela (a prova) poderia ser utilizada no processo civil desde que ultrapassasse o juízo de motivação e proporcionalidade. Isto porque a prova emprestada, como menciona Talamini, não transporta convicção, mas sim meio de prova:

Assim, não importa qual foi a influência da prova no convencimento do Juiz do primeiro processo. O que se transporta de um processo para o outro não é a convicção a que chegou o julgador e sim as peças que documentaram a produção probatória. Feito o traslado, o Juiz, do segundo processo poderá chegar a conclusão diversa da adotada pelo primeiro Juiz relativamente à a prova⁴⁹⁴.

Se, por acaso, tratar-se de execução civil de sentença penal condenatória, não haverá possibilidade para se discutir a legalidade da prova, haja vista que estará coberta com o manto da coisa julgada, salvo em situação excepcionalíssima.

4.3.2.7. Possibilidade de utilização de ação rescisória para declarar a nulidade da decisão judicial baseada em prova ilícita que não podia ser admitida no processo

Outra questão interessante é saber se existe alternativa judicial no caso de se descobrir que a decisão judicial transitada em julgado se baseou em prova ilícita cuja ciência da ilicitude somente se dera após tal trânsito em julgado. Transportando para um

⁴⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 91, 1998; p. 106.

caso concreto, imagine-se que houve uma ação de indenização de trânsito e esta fora julgada improcedente com base em um depoimento de determinada testemunha, tendo transitado em julgado. Imagine-se ainda que, posteriormente, o Autor da ação tomou conhecimento de que a testemunha tinha mentido por ter sido ameaçada de morte pelo Réu, o que não se sabia anteriormente. A questão que se coloca é: Existe medida judicial para tal situação? Se sim qual é ela?

À primeira parte da indagação responde-se afirmativamente. O art. 5º, XXXV da CF regra que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Segundo mencionado anteriormente, os direitos fundamentais em sua concepção contemporânea não possuem apenas o aspecto negativo para barrar os abusos do Estado, mas possui também uma face positiva que exige a prestação necessária para salvaguardar seus direitos fundamentais.

Diante disso, mister se faz que o aparato processual conceda aos lesados meios para tutelar sua pretensão. Deve existir uma tutela adequada e apta para atender à pretensão do cidadão, pelo que o Direito Processual deve ser pensado de forma a atender com efetividade as necessidades diversas da pretensão⁴⁹⁵. Acredita-se que a medida processual para socorrer o prejudicado no presente caso seria o manejo de ação rescisória. Ação rescisória é ação autônoma para a desconstituição de sentença transitada em julgado e para o pedido de rejugamento ou segundo Pontes de Miranda, há um “julgamento de julgamento”⁴⁹⁶. Eduardo Couture defende a utilização da ação rescisória (chamada por ele de revocatória) para revogar sentenças baseadas em atos processuais fraudulentos como no caso mencionado por ele em que um fazendeiro que teve um filho com sua empregada, providenciou um advogado de sua confiança para patrocinar ação de investigação de paternidade em nome do seu filho, deixando o processo tramitar sem produzir qualquer prova, desaguando no trânsito em julgado da sentença de improcedência⁴⁹⁷.

Isto posto, percebe-se claramente que a ação rescisória é uma constitutiva negativa (visa desconstituir a sentença transitada em julgado). Também exige por lógico, a ocorrência de coisa julgada. Além disto, exige-se que se encaixe em uma das hipóteses

⁴⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2003, p. 465 e 467.

⁴⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1976; p.120.

⁴⁹⁷ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979, p. 388.

do art. 485 do CPC e que seu ajuizamento tenha ocorrido no prazo de, no máximo, 2 anos da decisão que se deseja rescindir, segundo dicção do art. 495 do CPC.

No presente caso, apesar da prova ilícita ser inexistente, não se pode acreditar que a sentença que nela se baseia de forma única ou determinante também seja inexistente. Isto porque há a formação da relação processual, há um processo judicial com obediência aos ditames legais e há sentença proferida por autoridade constituída e no exercício da jurisdição. Assim, poderia-se tão somente falar em rescisão do julgado e não de inexistência do o. A situação encaixa-se na hipótese de prova falsa do inciso VI do CPC ou de erro de fato prevista no inciso IX do art. 485 do CPC ou ainda na ofensa a literal disposição de lei do inciso V do o art. 485 do CPC

No caso de ação rescisória, também haverá, da mesma forma, a utilização da técnica do sopesamento no julgamento para se verificar se trata de prova ilícita admissível, ou não, no processo.

Na hipótese de se entender inadmissível a prova ilícita, na qual se embasou a sentença, a decisão declarará a rescisão da decisão anterior se ela depender desta prova ilícita ou se guardar com ela incompatibilidade. Se, apesar de entender inadmissível a prova ilícita, entender que a decisão não depende da dita prova ilícita, ou que guarda incompatibilidade com ela, ou se entender que a prova ilícita era admissível, a sentença julgará improcedente a ação rescisória.

Nos termos de erudito entendimento de Pontes de Miranda ainda que diante da rescisão da sentença por ocorrência de prova falsa (no presente caso, prova ilícita), tal situação não é apta por si só de gerar o rejuízo da ação favorável ao beneficiário da rescisão segundo as palavras do nobre jurista:

Cumpre, ainda, observar-se que a rescisão de sentença, por ter sido falsa a prova, de modo algum declara que o réu na ação rescisória não tinha direito, pretensão ou ação. A eficácia preponderante é desconstitutiva. O elemento declarativo somente concerne à prova, não ao direito, à pretensão ou à ação, ou à exceção. Por isso o, nada obsta a que, com outras provas, o demandado e perdente, na ação rescisória, proponha de novo a ação, se ainda não prescreveu ⁴⁹⁸.

Desta feita, pode ser que o réu da ação rescisória julgada procedente ainda se sagra vencedor em nova ação objeto de igual tutela da decisão rescindenda.

⁴⁹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1976; p. 316.

CONCLUSÃO

Pode-se colocar como conclusão os seguintes pontos:

1. há uma nova fase evolutiva do processo civil, além das tradicionais fases do sincretismo, do autonomismo e do instrumentalismo do processo;
2. essa nova fase surgiu diante da superação do instrumentalismo do processo, o qual teve grande importância e gerou enorme desenvolvimento do processo civil brasileiro, mas com o passar dos tempos, se mostrou insuficiente para atender aos atuais reclamos da ordem jurídica atual, não dando o devido relevo aos preceitos constitucionais (notadamente os direitos fundamentais), e às vezes sacrificando e sobrepondo os direitos fundamentais, além de em algumas vezes ser utilizado para justificar o arbítrio;
3. surgiu uma nova etapa desenvolvimentista do processo civil chamada de neoprocessualismo ou processo civil constitucional, possuidora de contornos próprios;
4. o neoprocessualismo (que nada mais é do que o neoconstitucionalismo sob a roupagem processual civil) possui as seguintes características: a) constitucionalização do direito processual civil; b) supremacia dos direitos fundamentais; c) admissão dos princípios como normas; d) impossibilidade de supressão ou retrocesso do núcleo essencial dos direitos fundamentais (o por emenda constitucional) (art. 60, §4º da CF); e) aplicação imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º da CF); f), máxima eficácia dos direitos fundamentais; g) expansão da jurisdição constitucional; h) preocupação com a realização do justo processo;
5. no neoprocessualismo ocorre uma grande interação entre o processo civil e a constituição, um verdadeiro diálogo de fontes;
6. a prova sempre foi utilizada como mecanismo de obtenção da verdade, a qual variava de acordo com a teoria do conhecimento (da verdade) adotada;
7. entende-se que, dentre as principais teorias do conhecimento, a que mais se coaduna com a visão do neoprocessualismo e com a noção atual de Direito seria a verdade lógico-razoável da linguagem, que seria uma junção entre a verdade lógico-razoável de Recasen Siches e a noção de verdade da filosofia da linguagem de Wittgenstein e Habermas;
8. a verdade lógico-razoável da linguagem, em seu aspecto “lógico-razoável”, vai além da lógica tradicional e inclui a lógica do humano ou do razoável (critérios de

valoração, pautas axiológicas e pontos de vista estimativos), ou seja, defende a análise de circunstâncias extralógicas;

9. na perspectiva da filosofia da linguagem, a verdade inclui ainda os mecanismos da linguagem dentro de um agir comunicativo (dialética e discursivamente), como aponta Habermas;

10. a espécie de verdade lógica pregada neste estudo deixa de ser uma correspondência entre um objeto e um enunciado e passa a ser uma correspondência entre linguagens;

12. a linguagem deixa de ter o caráter secundário de liame entre sujeito e objeto e passa a ser geradora do próprio conhecimento, podendo inclusive criar a verdade;

13. a relação entre o enunciado e o objeto deixa de ser verdadeiro ou falso, o que passa a ser verificado somente em relação à proposição. Esta verdade é vista em um sistema de referências (vivências do indivíduo) e de acordo com as regras dos jogos de linguagem (no caso do Direito, normas jurídicas);

14. a afirmação de que a verdade teria uma característica lógica da linguagem, acarreta sua relatividade, o que não se caracteriza, porém, como ceticismo, mas, tão somente, o reconhecimento da verdade como mutável, dinâmica, e como o caráter autopoietico do Direito;

15. na concepção da verdade lógico-razoável da linguagem, inexistente sentido na diferenciação entre verdade formal e verdade material, pois, tendo a última caráter absoluto, refulgirá ao conhecimento humano;

16. toda verdade científica seria formal;

17. a verdade lógico-razoável da linguagem adotada no presente labor é a que melhor se relaciona com o tema do neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e das provas, deixando claro que, no âmbito jurídico, a verdade dá-se quando as alegações realizadas por meio da linguagem do Direito são aceitas conforme as normas deste o sistema, por meio de um método dialético-discursivo;

18. a prova é o instrumento processual por excelência para demonstrar a verdade-lógico-razoável da linguagem e admite conceito unitário, tendo em vista seu objeto e sua finalidade;

19. a prova jurídica é conceituada como o instrumento processual para a comprovação das alegações das partes e demais participantes do processo, com o escopo de convencer o julgador, e, por tal característica, é caracterizada como instrumento de argumentação jurídica (retórica);

20. pode-se dividir a prova em fases: proposição, admissão, produção e valoração;
21. a prova é um direito fundamental implícito por ser extremamente importante no ordenamento jurídico e por decorrer de regime e princípios constitucionais e tratados de que o Brasil faz parte;
22. o reconhecimento da prova como direito fundamental traz como seus efeitos: a) a vinculação dos poderes públicos e particulares; b) a aplicabilidade imediata do direito fundamental; c) as limitações da prova;
23. a apuração do âmbito de proteção, e por decorrência da natureza das limitações dos direitos fundamentais, pode-se dar por meio da teoria interna (para a qual o núcleo de proteção engloba apenas o direito e seu conteúdo – limitações imanescentes – sendo os direitos fundamentais apenas regras, não sujeitas a sopesamento e com característica de definitivos), ou por meio da teoria externa (para a qual o núcleo de proteção dá-se por duas coisas diversas: direito, e suas limitações, variando o núcleo de proteção no caso concreto);
24. a teoria interna não prospera, por estar afinada com o ultrapassado positivismo, admitindo apenas suas limitações imanescentes, incompatíveis com o neoprocessualismo, com o sopesamento e com a admissão dos princípios como normas. Não prospera pela dificuldade em se definir qual o âmbito de proteção, por não resolver, de forma satisfatória, a infinidade de situações da vida que podem ser atingidas por aquele determinado direito fundamental, bem como por permitir inclusões de outros bens no âmbito do núcleo de proteção, facilitando a arbitrariedade;
25. diante da adoção da teoria externa, acredita-se que a proibição de proposição, da admissão, da produção e da valoração de prova ilícita não está inserida no âmbito do direito fundamental à prova, servindo, em contrário, como limite não-imanescente àquele direito fundamental, inexistindo, portanto, um direito fundamental à proibição de provas ilícitas, subsistindo apenas uma regra constitucional limitativa do direito fundamental à prova;
26. não há que se falar em princípio ou direito fundamental à proibição de prova ilícita porque, se assim fosse, deveriam ser tratadas como princípio ou direito fundamental todas as feições negativas dos direitos fundamentais, existindo um inaceitável direito fundamental a proibir a ampla defesa ilícita, o direito fundamental de proibição de contraditório ilícito, o direito fundamental a proibir associações ilícitas etc.;

27. as limitações ao direito fundamental à prova podem se dar por: a) limitações diretamente constitucionais; b) limitações indiretamente constitucionais; c) colisão com outros direitos fundamentais;
28. todas as formas de limitações supracitadas têm base direta ou indireta na Constituição Federal, pois, se assim não fosse, impossível seria uma norma hierarquicamente inferior sem base constitucional limitar uma outra com tal base;
29. as colisões ocorrem quando se dá entrechoque entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e valores constitucionais ou entre valores constitucionais, sendo que os direitos fundamentais e valores constitucionais se exteriorizam por normas (regras e princípios), podendo haver ocasiões em que são tanto regras quanto princípios;
30. independentemente de os direitos fundamentais serem regras ou princípios, estarão sujeitos a sopesamento (ponderação), pois, na atual fase do Direito, da ebulição do pensamento sistemático-tópico e do diálogo das fontes, tem-se procurado harmonizar as normas (princípios e regras) o máximo possível;
31. o que antes era a mera busca para invalidar uma das regras, agora é a tentativa de salvá-las e a harmonizá-las com outras regras e princípios em colisão, com vistas a manter a mobilidade e a unidade do ordenamento jurídico, por meio do diálogo das fontes e, em sua impossibilidade, pela teoria dos princípios, de Humberto Ávila, ou ainda, na impossibilidade, por meio dos métodos tradicionais de resolução de conflitos normativos previstos na Lei de Introdução ao Direito;
32. para a resolução da questão, é importante descobrir a natureza jurídica das normas em conflitos (se regras, princípios ou ambos), sendo que, no caso de a colisão envolver regras, dará prevalência *prima facie* à regra, podendo excepcionalmente ser superada no caso do princípio colidente prevalecer no caso concreto, mediante a ultrapassagem dos filtros da motivação e da proporcionalidade, por meio do sopesamento;
33. no caso de a colisão envolver apenas princípios, dever-se-á realizar o sopesamento para verificar qual dos dois prevalecerá, diante da inexistência de precedência;
34. existem dois limites das limitações aos direitos fundamentais: a) o núcleo essencial dos direitos fundamentais (é o mínimo que deve ser garantido de eficácia ao direito fundamental); b) a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e/ou razoabilidade;

35. a adequação se configuraria quando o meio escolhido (sacrifício do direito fundamental ou valor constitucional) for apto a alcançar o resultado pretendido;
36. a necessidade exige que o meio escolhido (sacrifício do direito fundamental ou valor constitucional) seja o menos restritivo entre as opções existentes;
37. proporcionalidade, em sentido estrito, exige que o meio escolhido (sacrifício do direito fundamental ou valor constitucional) tenha mais benefícios do que malefícios (seja razoável em relação ao bem sacrificado);
38. são tendências, no Direito Comparado, no que se refere ao tema provas ilícitas: a) propiciar uma aproximação entre os sistemas jurídicos da *civil law* e *commom law*; b) não disciplinar a proibição, ou não, de prova ilícita no âmbito constitucional, deixando a matéria para o âmbito infraconstitucional, ou para a análise do magistrado, no caso concreto; c) não utilizar regras estanques de proibição, ou não, de prova ilícita; c) prever a admissibilidade, ou não, da prova ilícita apenas no caso concreto; d) utilizar a proporcionalidade (nos países da *civil law*) e razoabilidade (nos países da *commom law*) como mecanismo para a aferição da admissibilidade, ou não, da prova ilícita no caso concreto;
39. há uma teoria geral do processo pelos seguintes motivos: a) todos os ramos do Direito Processual têm uma base comum (jurisdição, ação e progresso); b) várias faculdades no país possuem a cadeira autônoma de teoria geral do processo (TGP); c) o critério de divisão em processo civil, processo penal, processo administrativo etc. é meramente didático e serve para facilitar a atividade legislativa; d) a jurisdição é única, pelo que não se pode aceitar divisão entre ramos do Direito com o o objeto e a finalidade; e) tanto nas demandas cíveis quanto nas penais, as provas (juntamente com as afirmações) servem para embasar as sentenças; f) os objetivos dos ramos do processo são os os: atuação da ordem jurídica de forma imparcial, garantia da liberdade e pacificação social, dentre outros; g) há convergência dos princípios fundamentais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia; h) vários institutos possuem similitude de tratamento em todos os ramos do processo, como, por exemplo, a preclusão, a coisa julgada, o processo e a prova;
40. pode-se falar em uma teoria geral da prova e da prova ilícita, o que não significa, logicamente, que cada ramo do processo não possa guardar suas devidas peculiaridades;
41. não raras vezes baseia-se na doutrina e na jurisprudência penal, que, como se sabe, muitas vezes auxilia o estudo do instituto no âmbito civil;

42. dentre as opções existentes para conceituar a prova ilícita, a que melhor atende aos parâmetros do neoprocessualismo e do pensamento sistemático é a de que ela se dá quando a prova afrontar direito fundamental de alguém e não quando afrontar norma de direito material, salientando que as provas proibidas se dividem em provas ilícitas (afronta a direitos fundamentais) e provas ilegítimas (afronta a normas que não tenham natureza jurídica de direitos fundamentais);
43. há situações em que a infração à norma processual é tão ou mais grave que a infração a norma de direito material;
44. a corrente defensora de que a ilicitude dá-se quando houver afronta à norma de direito material é insuficiente para atender aos reclamos do neoprocessualismo e não dá relevo aos direitos fundamentais, além de que, na maioria dos ordenamentos jurídicos mais avançados da *civil Law*, como na Alemanha, na Itália e na Espanha, tem-se apontado que a ilicitude da prova diz respeito à contrariedade de direitos fundamentais;
45. pode-se dizer que a prova ilícita é a prova proposta, admitida ou produzida em contrariedade a direito fundamental de alguém;
46. a prova ilícita não se confunde com as provas atípicas, sendo estas tipos de provas inominadas, ou não expressamente previstas em lei, inclusive aduzindo que a prova ilícita pode ser típica ou atípica;
47. não se confunde a prova ilícita com o sistema da prova legal, pois este é apenas um dos sistemas para valorar a prova, sendo que, no ordenamento jurídico brasileiro, prevalece o sistema do livre convencimento motivado com poucos resquícios dos outros sistemas;
48. as teorias tradicionais sobre a admissibilidade da prova ilícita são as seguintes:
- a) admissibilidade absoluta da prova ilícita (na qual se admite a prova ilícita, somente promovendo a punição civil, administrativa ou criminal do responsável pela ilicitude) e
 - b) inadmissibilidade absoluta da prova ilícita (na qual não se admite em hipótese alguma a prova ilícita);
49. as teorias tradicionais são insuficientes para atender ao escopo do processo justo e para se compatibilizar com as noções de verdade-lógico-razoável da linguagem e de neoprocessualismo;
50. a teoria da admissibilidade absoluta da prova ilícita tem os seguintes pontos negativos: a) possibilidade de estimular o Estado e os particulares a promoverem toda a sorte de ilícitos para obterem a prova que desejarem, afrontando a dignidade da pessoa humana; b) possibilidade de se tratar de grande estímulo ao crescimento da violência no

meio social e de realização de práticas ilícitas; c) possibilidade de fazer letra morta do art. 5º, LVI da Constituição Federal, que proíbe a utilização da prova ilícita;

51. a teoria da inadmissibilidade absoluta da prova ilícita também sofre críticas por:

a) fazer prevalecer algumas vezes a segurança jurídica sobre outros valores mais caros em determinados casos concretos; b) evidenciar que a melhor forma de coibir um excesso não é realizando outro; c) poder fazer prevalecer a impunidade e a injustiça sobre a justiça; d) obrigar o magistrado a atuar como se não conhecesse os fatos devidamente comprovados; e) ignorar que há situações em que a ilicitude da prova se realizou por responsabilidade da parte que dela se beneficia; f) evidenciar que o fato de o constituinte ter feito uma primeira ponderação, no caso do art. 5º, LVI da Constituição Federal, não impede que seja feita uma segunda pelo intérprete e aplicador do direito.

52. as teorias tradicionais de admissibilidade da prova ilícita, por serem formas engessadas, são incapazes de atender com eficácia e senso de justiça toda infinidade de casos concretos que possam ocorrer;

53. diante da insuficiência das teorias tradicionais sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo civil, entende-se pela prevalência da teoria da admissibilidade relativa da prova ilícita que dispõe, a priori, não se admitir a prova ilícita por força do art. 5º, LVI da Constituição Federal, mas em determinadas situações excepcionais, em que o valor confrontado se sobrepuser a esta regra, poderá ser utilizada tal prova ilícita;

54. a excepcionalidade se dá porque prevalece a regra da limitação constitucional da prova ilícita esculpida no art. 5º, LVI da Constituição Federal, dada a natureza das regras que – a priori – se sobrepõem aos princípios de mesma hierarquia;

55. não se poderia fazer da regra limitativa de prova disposta pelo Constituinte letra morta, devendo ser, a princípio, privilegiada, utilizando-se a teoria dos princípios, de Humberto Ávila, no caso das provas ilícitas no processo civil constitucional;

56. há situações em que prevalece o direito fundamental à prova (que é um princípio), porque o art. 5º, LVI da Constituição Federal não pode ser interpretado isoladamente, mas deve ser interpretado conjuntamente com todo o ordenamento jurídico e, notadamente, o postulado da proporcionalidade. Tira-se como produto a possibilidade, em situações excepcionais, de se admitir a prova ilícita no processo civil.

57. o art. 5º, LVI da Constituição Federal deve ser interpretado à luz do art. 5º. XXXV da Constituição Federal (que submete à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito) e do postulado constitucional da proporcionalidade;

58. deve-se utilizar o postulado constitucional da proporcionalidade para fazer o sopesamento entre o direito fundamental à prova (em conjunto com outro direito fundamental) versus a regra da proibição de prova ilícita (ou em conjunto com outro direito fundamental) e ter como produto a prevalência de um deles no caso concreto;
59. a teoria da admissibilidade relativa da prova ilícita mostra-se mais eficaz para a resolução da infinidade de situações concretas que podem ocorrer, além de permitir a realização de um processo justo;
60. utiliza-se as regras e princípios de forma complementar, desempenhando cada qual sua função, sendo inconcebível a existência e a efetividade de um sem o outro;
61. os sistemas jurídicos democráticos têm, na atualidade, tido repúdio àquelas previsões de posturas rígidas no trato da prova ilícita, como no caso das teorias tradicionais sobre sua admissibilidade, pela insuficiência destas teorias para resolverem questões desta estirpe que envolvem alta complexidade, uma infinidade de situações e alteração das perspectivas com alterações das circunstâncias;
62. é inconstitucional a limitação ao direito à prova de forma injustificada e desproporcional;
63. interpretar o art. 5º, LVI da Constituição Federal como vedação absoluta da utilização de prova ilícita é fazer interpretação inconstitucional de norma constitucional;
64. e, acaso se entendesse que o resultado pudesse vir a ser uma interpretação contrária à lei, não haveria óbice, pois seria de acordo com o Direito;
65. o papel do intérprete e aplicador do Direito não é de apenas ser “boca da lei”, ou autômato, mas de construir e reconstruir esses significados, não sendo razoável crer que a aplicação do Direito abarca um meio de subsunção entre conceitos prontos antes de suas aplicações;
66. a priori, prevalece a inadmissibilidade de prova ilícita no processo civil e, excepcionalmente, sua admissibilidade;
67. a teoria relativa da admissibilidade da prova ilícita sofre seu controle por meio da prevalência *prima facie* das regras, da motivação e do postulado da proporcionalidade;
68. somente quando ultrapassado esses filtros, poder-se-á admitir a utilização de prova ilícita;
69. a prova ilícita só não poderá ser utilizada em um processo após decisão não passível de recurso com efeito suspensivo ou com o trânsito em julgado;

70. as consequências jurídicas variam de acordo com a admissibilidade, ou não, da prova ilícita;

71. se a prova ilícita for admitida, as consequências serão as seguintes: a) a prova ilícita permanece no processo; b) a prova ilícita será considerada existente, válida e eficaz; c) a prova ilícita terá status semelhante ao da prova lícita; d) a prova ilícita será normalmente valorada e levada em consideração quando da decisão judicial; e) no caso de o magistrado verificar o acometimento de alguma ilicitude penal ou administrativa na obtenção da prova ilícita, ele deve cientificar o órgão próprio para a abertura do respectivo processo;

72. se a prova ilícita for inadmitida, as consequências serão diversas e variadas. Neste caso, ela (a prova ilícita): a) será considerada inexistente (inadmissível), não possuindo validade e eficácia; b) deverá ser desentranhada; c) não será valorada e levada em consideração, quando da decisão judicial; d) no caso de o magistrado verificar o acometimento de alguma ilicitude penal ou administrativa na obtenção da prova ilícita, ele deve cientificar o órgão próprio para abertura do respectivo processo; e) será desentranhada, e a sentença poderá ser rescindida, se ela (a prova ilícita) for a única para ensejar a condenação ou for determinante para tal; f) será desentranhada, e se ela não contaminar os atos posteriores do processo (inclusive a sentença), todos os atos subsequentes permanecerão válidos e não sujeitos a ação rescisória; g) será submetida a (passará por) determinação de desentranhamento, mas a sentença permanecerá válida, se ela (a prova ilícita) não foi desentranhada e se houve julgamento e o julgamento não guardou incompatibilidade com a declaração de ilicitude da prova, ou se não foi tal prova determinante no processo; h) se a prova ilícita não foi desentranhada e se houve julgamento e o julgamento guardar incompatibilidade com a declaração de ilicitude da prova, ou seja, se tal prova for determinante, haverá necessidade de desentranhamento da prova e a sentença será válida, sendo passível no entanto, de decretação de invalidade por meio de ação rescisória; i) na hipótese de um magistrado *a quo* entender como lícita uma prova que fora posteriormente reconhecida como ilícita pelo tribunal, ou considerar como ilícita uma prova que fora considerada lícita pelo tribunal, esse magistrado não poderá atuar mais no feito. Isto porque, por mais que se tente, já estará contaminado pela influência da prova, devendo haver o seu afastamento, tratando-se da teoria de descontaminação do julgado, segundo a qual o julgador deve se abster de julgar, com fulcro no art. 135, parágrafo único do CPC (chamada erroneamente de suspeição por foro íntimo) ou com base no art. 135, V do CPC (interesse no julgamento da causa em

favor de uma das partes), com vistas ao afastamento do magistrado do processamento e do julgamento da demanda judicial.

73. não há inexistência jurídica da decisão embasada unicamente, ou de forma determinante, em prova ilícita inadmitida no processo, mas apenas situação passível de ação rescisória desde que não haja outros elementos de prova que geraram a condenação; a prova derivada de prova ilícita inadmitida no processo estará sujeita a sopesamento para verificar a possibilidade, ou não, de sua admissibilidade, não se admitindo, a princípio, as provas ilícitas derivadas (*fruits of the poisonous tree*), salvo em situações em que for ultrapassada a prevalência *prima facie* das regras, motivação e o sopesamento, como no caso de exceção de fonte autônoma, (*an independence source*), de descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*) e de prova emprestada;

74. há possibilidade de utilização de ação rescisória para desconstituir a decisão judicial por consideração de prova ilícita impossível de ser admitida com base em prova falsa (art. 485, VI do CPC), ou erro de fato (art. 485, IX do CPC) ou ainda ofensa a literal disposição de lei (art. 485, V do CPC);

75. ainda que a ação rescisória baseada em prova ilícita seja julgada procedente, tal situação por si só não é apta a ensejar o julgamento da pretensão objeto da decisão rescindenda em favor do autor da dita rescisória, podendo o réu ajuizar nova ação dentro do prazo prescricional e obter tutela favorável por outros meios de prova.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: 2007.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 166, ano 33, p.27-70, 2008.

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ACERO, Juan José et al. *Introducción a la filosofía del language*. Madrid: Ediciones Catedra, 2001.

AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual civil (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito material coletivo: superação da summa divisio*. Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *Direito Judiciário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1954.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: parte geral*. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Prova Emprestada. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 202, ano 36, p.403-415, dez. 2011.

ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo II. Tucumán: Compañía Argentina de Editores, 1956.

AMENDOEIRA Jr., Sidnei. *Manual de direito processual civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANDRADE, Adalberto Guedes Xavier de. A aplicabilidade do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 126, ano 30, p. 219-245, 2005.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Direito à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 39, p. 98-118, 1995.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ARAZI, Roland. *La prueba em el proceso civil*. Rubinzal-Culzoni Editores: Buenos Aires, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

ASSIS, Jacy de. *Procedimento ordinário*. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1975.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ÀVILA, Thiago André Pierobom. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. 295 p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

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

AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no processo civil* (de acordo com o Novo Código Civil). Curitiba: Juruá, 2003.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Theoria e Pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermêutica jurídica*. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira & Cia, 1910.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira: coligidos e ordenados por Homero Pires*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. In SARMENTO, Daniel (org.) *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

_____. *Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. V. I. Trad. Manuel Ossorio Florit. Ediciones Jurídicas Europa-América: Buenos Aires, 1959.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRAGA, Antônio Pereira. *Exegese do Código de Processo Civil: Crítica, Interpretação e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1948.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, procedimento ordinário e sumário*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2011.

BÜLOW, Oskar von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*. Vol. III. Napoli: Morano, 1965.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 96, p. 234-249, 1999.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

_____. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. *Revista de Processo*, São Paulo, Vol. 5, jan-mar. de 1977, p. 128-159.

CAPPELLETTI, Mauro; VIGORITI, Vincenzo. I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano. PADOVA: *Rivista di diritto processuale*, n. 4, ?, 1971.

CAPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Fundamental Guarantees of The Parties in Civil Litigation*. Milano: Giuffrè, 1973.

CAPELLETTI, Mauro; PERILLO, Joseph M. *Civil procedure in Italy*. The Hage, Netherlands: M. Nijhoff, 1965.

CAPELLETTI, Mauro *et al.* *Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies (text and materials)*. Milano-New York: Giuffrè-Dobbs Ferry, 1975.

CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2005.

_____. (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. (Org.) *Teoria del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. (Org.) *Nuevos tiempos para el Constitucionalismo in Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*. CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo Garcia (Org.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010; p. 153-164.

CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Org.) *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano, 1958.

_____. *La prova civile*. Roma: Edizione Dell'ateneo, 1947.

CARRATTA, Antônio. Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Bologna, CEDAM, ano LVI., p. 73-74, 2001.

CARREIRA ALVIM, J. E.; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do Direito*. São Paulo: Noeses, 2010.

CARVALHO, Márcia Silvia Araújo de. Prova ilícita. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 801, p. 429-447, 2002.

CARVALHO, Waldemar Cláudio. As provas ilícitas no atual ordenamento processual penal brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília*, ano 6/7, v. 21, ano 6/7, p. 47-54, 2009.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: UNAM, 1970.

CASTRO MENDES, João de. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961.

_____. *Direito processual civil*. Lisboa: Faculdade, 1973.

CASTRO, Raimundo Amorim de. *Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas*. Curitiba: Juruá, 2010.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2004.

CHIARLONI, Sérgio. Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 176, ano 34, p. 105-120, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. v. III. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1940.

_____. *Principi di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1923.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al.. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CIRIGLIANO, Raphael. *Prova Civil: legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; SILVA, Maria Regina Caffaro. Provas ilícitas no processo penal. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, vol. 97, p. 237-250, 1988.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. Torino: UTET Giuridica, 2012.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. Vol. I. Bologna: Società Editrice Mulino, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: A. Giuffrè, 1963.

COSTA, Nilton César Antunes da. Proibição de prova ilícita no processo. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, vol. 812, p. 733-756, 2003.

COSTA, Susana Henriques da. Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas. São Paulo: *Revista de Processo*, vol. 133, p. 85-120, 2006.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Buenos Aires: Depalma, 1979.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2011.

CUENCA, Humberto. *Derecho procesal civil*. Tomo Segundo. Caracas: Universidade Central de Venezuela Ediciones de La Biblioteca, 1975.

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

DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coordenador). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Antônio José Brandão e Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1959.

DENTI, Vittorio. *Estudios de derecho probatorio*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Regras para a direção do Espírito. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____. *Discurso do Método*. Regras para a direção do Espírito. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DEU, Teresa Armenta. *La prueba ilícita: um estudio comparado*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Salvador: Jus Podium, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *Relativizar a coisa julgada material*. Revista da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo: Imprensa Oficial vol. 2, n. 2, jul-dez. de 2001, p. 07-46.

DOXSEY, Sônia Rabello. Resguardo à intimidade, prova do adultério e a nova Constituição Federal. São Paulo: *Revista de Processo*, vol. 57, p. 102-108, 1990.

DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DURANT, Will. *Filosofia da vida*. Trad. Monteiro Lobato. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1970.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal: pruebas judiciales*. Tomo II. Bogotá: Editorial ABC, 1973.

_____. *Pruebas ilícitas*. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 32, p. 82-93, 1983.

FACCHINI NETO, Eugênio. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FADEL, Sérgio Sahione. *Código de processo civil comentado: Arts. 1º a 1.220: atualizado por J. E. Carreira Alvim*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FARIAS, Edilson. *Restrição de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://journal.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/15416/13989>>. Acesso em: 22 de abril de 2012.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Latinoamerica: Constitucion, processo e derechos humanos*. México: Miguel Angel Porrúa, 1998.

FRAGA, Affonso. *Instituições do processo civil brasileiro*. Tomo II. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1940.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008.

GALANTE, Vincenzo. *Diritto processuale civile*. Napoli: Lorenzo Alvano Libreria, 1909.

GASTAL, Alexandre Fernandes. *A suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão de questões fáticas*. Porto Alegre: UFRGS, 2006. 203 P. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

GIANNICO, Maricí. *A prova no código civil: natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè Editore, 1971.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? In: LOTUFO, Renan (Org.). *Sistema e tópica interpretação do ordenamento*. Barueri: Manole, 2006.

GOMES, Antônio Magalhães e FERNANDES, Antônio Scarance. Os resultados da interceptação telefônica como prova penal. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 44; p. 85-99, 1986.

GOMES, Luiz Flavio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (*exclusionary rule*). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 92; p. 471-484, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONZÁLEZ, Evaristo González. La prueba ilícita: uma (re)visión crítica. In: LLUCH, Xavier Abel e PICÓ E JUNOY, Joan (Orgs.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch Editor, 2007.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos*, Ano IV, n. 4 e ano V, n. 5, pp. 213-269, 2003-2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

_____. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

_____. Le garanzie del processo civile nella nuova Costituzione brasiliana. *Rivista di diritto processuale*, Padova, n. 2, Apr-Giu, 1989.

GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1953.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

_____. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: RCS, 2007.

_____. Derechos Fundamentales, proceso y principio de proporcionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 95, 2003.

GURVICH, M. A. *Derecho Procesal Civil Soviético*. Trad. Miguel Labán e rev. Héctor Cuadra. México: Instituto de Investigações Jurídicas, 1971.

GUSMÃO, Manuel Aureliano de. *Processo Civil e Comercial: explanação de um programa*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1921.

_____. *Processo Civil e Comercial: explanação de um programa*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1924.

HABERMAS, Jurgen. *Verdad y justificacion*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

HARET, Florence Cronemberger. *Presunções no Direito Tributário: teoria e prática*. São Paulo: USP, 2010, 651 pgs. Tese de doutoramento, Curso de Pós-graduação em Direito da USP, Departamento econômico e financeiro, São Paulo, 2010.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBSBAWN, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

_____. *El derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 2002.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Método, 2008.

LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Parte Prima. Trad. Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano Editore, 1962.

LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. Os meios moralmente legítimos de prova. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 621, p. 273-282, 1988.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LESSONA, Carlos. *Teoria General de la Prueba en Derecho Civil: parte general*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1928.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. v. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1968.

———. Diritto costituzionale e processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1952, p. 327-332.

LIMA, Alcides de Mendonça. A eficácia do meio de prova ilícito no Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 43, p. 138-141, 1986.

LLUCH, Xavier Abel e PICÓ E JUNOY, Joan. *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch Editor, 2007.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LÓPEZ, Jesús García. *El valor de la verdad y otros estudios*. Madrid: Gredos, 1970.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2006.

MACHADO, Agapito. Prova ilícita por derivação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 712, p. 507-508, 1985.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

MARINONI, Luiz Guilherme. Prova ilícita in Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Orgs.). *Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU-Centro de Extensão Universitária, 2008.

———. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

———. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1977.

———. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes. *Revista da ESMESE*. V. 07, p. 43-44, 2004.

MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MARTINS, Ives Gandra e REZEK, Francisco. *Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU-Centro de Extensão Universitária, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Bahiana*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923.

MATTA, José Eduardo Nobre. A prova ilícita e o princípio da verdade real no processo penal – hermenêutica do art. 5º da lei 9296/96 (estudo em homenagem ao Min. Marco Aurélio de Mello). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 801, p. 429-447, 2002.

MATTIROLO, Luis. *Tratado de derecho judicial civil*. Tomo II. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós e Manuel López-Rey y Arrojo. Madrid: Editorial Réus, 1933.

MEDEIROS NETO, Elias Marques. *Proibição da provas ilícita no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Fiúza, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MELENDO, Santiago Sentis. *Estudios de Derecho Procesal*. V. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1967.

MENDES, Ana Araújo Ximenes Teixeira. A eficácia das normas constitucionais e a interpretação pragmática da Constituição. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 6, n. 2, p. 79-110, ago./dez. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25851>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. São Paulo: Atlas, 2010.

MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil: El proceso contencioso de cognicion*. Vol. II. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1970.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado de la prueba em matéria criminal*. Madrid: Editorial Reus, 1929.

MOLINARO, Carlos Alberto e MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 145, p. 276-290, 2007.

MONTEIRO, João. *Teoria do processo civil*. Tomo I. Atual. J. M. de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 84, p. 144-155, 1996.
- _____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. O juiz e a prova. Revista de Processo, São Paulo, vol. 135, p. 177-184, 1984.
- MORTARA, Ludovico. *Commentario Del Codice e Delle Leggi di Procedura Civile*. V. 2. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1922.
- MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2006.
- MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NAPPI, Giuseppe. *Commentario al Codice Di Procedura Civile*. V. 1º. Milano: Società EditriceLibreria, 1941.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- NAVARRO, José Bonet. La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales. Santiago, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, p. 445-449, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: São Paulo, 2012.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparatto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- NUNES, Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1943.

NUNES, Dierle *et al.* *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ORBEA, Juan Varea. El control judicial de la prueba ilícita em el proceso civil español. In: LLUCH, Xavier Abel e PICÓ E JUNOY, Joan (Orgs.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch Editor, 2007.

ORTEGA Y GASSET, José. *Que és conocimiento?*. Madrid: Alianza, 1984.

_____. *Que és filosofia?*. Madrid: Alianza, 1989.

PALACIO, Lino Enrique. *Manual de derecho procesal civil*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. Trad. Paulo M. Oliveira. Bauru: EDIPRO, 1995.

PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PESCATORE, Matteo. *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale*. Torino: Unione Tipografico, 1887.

PIEROTH, BODO e SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINA, Rafael e LARRAÑAGA, Jose Castilho. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Parrua, 1961.

PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. *Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil*. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

PISANI, Andrea Proto. Chiose sul diritto alla prova nella giurisprudenza della Corte costituzionale. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 176, p. 93-104, 2009.

PITT, Gioconda Fianco. *Prova indicaria e convencimento judicial no processo civil*. Porto Alegre: UFRGS, 2008. 161 P. Tese (Mestre) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947.

_____. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Tratado de direito privado*. T. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PRATA, Edson. *Processo de Conhecimento*. V. 1. São Paulo: Leud, 1989.

PULIDO, Carlos Bernal. *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*. IN: CARBONELL, Miguel. (Org.) *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 289-325.

QUEIROZ, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si o: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais* (teoria geral). Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile: il processo ordinario di cognizione in primo grado. Il sistema delle impugnazioni*. V. II. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1957.

REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

REZEK, J. F. *O direito internacional no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZENDE, Astolpho. *A posse e sua proteção*. Atual. Barbosa Moreira. São Paulo: Lejus, 2000.

RICCI, Francesco. *Comento ao Codice Di Procedura Civil Italiano*. V. 1. Firenze: Casa Editrice Librain – Tratelli Cammelli, 1905.

RICCI, Gian Franco. Le prove illecite nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1987, p. 34-87.

RAMALHO, Joaquim Ignácio. *Prática civil e commercial*. São Paulo: Typographia Imparcial de Joaquim Roberto de Azevedo Marques, 1861.

ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil: parte general*. V. II. Bogotá: Temis e Depalma: Buenos Aires, 1970.

RODRIGUES, Fernando Pereira. *A prova em direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ROQUE, André Vasconcelos. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 153, p. 311-326, 2007.

RORTY, Richard. “Metaphilosophical difficulties of Linguistic Philosophy”. In: *The Linguistic Turn. Recent essays in philosophical method*. Chicago: University of Chicago Press, 1967, PP. 1-39.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Trad. Ângela Romera Vera e Superv. Eduardo B. Carlos e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1955.

SANCHI, Luis Pietro. El constitucionalismo del derecho. In: CARBONELL, Miguel. (Org.) *Teoria del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Prova judiciária no cível e comercial*. V. I. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SAREDO, Giuseppe. *Istituzione Di Procedura Civile*. V. I. Firenze: Giuseppe Pelas Editore, 1887.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; p. 13-36.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel e LEITE, Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SATTA, Salvatore. *Manual de derecho procesal civil: las disposiciones generales e el proceso de cognicion*. Vol. I. Trad. Santiago Sentis Melendo e Fernando de La Rua. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971.

SATTA, Salvatore e PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile. Rivista di diritto processuale*, Padova, n. 3, p. ?, 1992.

SCARPA, Antonio. *La prova civile: percorso giurisprudenziali*. A. Giuffrè, 1963, 2009.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitucion*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1927.

SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho Proccesal Civil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1950.

SICHES, Luis Recasens. *Filosofia del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2010.

SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2010.

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. *Prova ilícita no processo: de acordo com a nova reforma do Código de Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 2009.

SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Fundamentos Histórico-Retóricos da Teoria Geral da Prova. Revista de Processo*, São Paulo, vol. 63, p. 42-53, 2007.

SODER, José. *Direitos do homem*. São Paulo: Nacional, 1960.

SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 96, p. 29-53, 2007.

SOUZA PINTO, José Maria Frederico. *Primeiras linhas sobre o processo civil brasileiro*. Tomo I. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert Editores, 1850.

SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. Accommodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas. Imprenta: Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906.

SPIEGELBERG, José Luis Seoane. *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil 1/2000: disposiciones generales y presunciones*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007.

STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 91, p. 92-114, 1998.

TARUFFO, Michelle *et all.* *La prova nel processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2012.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*. Milano: Giuffrè Editore, 1992.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. A desconsideração da personalidade jurídica nas associações civis em relações de consumo à luz do neoconstitucionalismo. In: MARTINS, Fernando Rodrigues e LOTUFO, Renan (Orgs.) *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva 2010, p. 197-216.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. O princípio da imparcialidade do julgador como garantia fundamental e seus efeitos no processo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 186, p. 332-352, 2010.

_____. *Inibições processuais: abstenção, impedimento e suspeição no processo civil, processo administrativo e arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2008.

TORNAGUI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

_____. *Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)*. *Revista Brasileira de Direito Família do IBDFAM*, nº 3, outubro-dezembro de 1999, p. 05-23.

TROCKER, Nicolò. Il valore costituzionale del ‘giusto processo’. In: CIVININI, Maria Giuliana e VERARDI, Carlo Maria (Org.). *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*. Milano: Franco Angeli, 2007.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzionale*: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual Civil*: processo de conhecimento. V. II. São Paulo, 1989.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro. *A ilicitude da prova*: teoria do testemunho do ouvir dizer. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELOS, Roberto Prado de. Provas ilícitas (Enfoque Constitucional). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 791, p. 456-486, 2001.

VIDAL, Hélvio Simões. Provas ilícitas e a extensão dos seus efeitos (fernwirkung der beweisverbote). *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n.11, p. 208-214, 2008.

VIDIGAL, Luis Eulalio de Bueno. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais*: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2010.

WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. *Rivista di Diritto Processuale*, Bologna, pp. 733-749, gen-mar de 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Curso Avançado de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WINDSCHEID, Bernhard e MUTHER, Theodor. *Polêmica sobre la 'actio'*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1974.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Nontagnoli. Petrópolis: Vozes, 2009.

ZHIVKO, Stalev. Fundamental guarantees of litigants in civil proceedings: A Surety of the Laws of the European People's Democracies. In: CAPELLETTI, Mauro e TALLON, Denis (Orgs.). *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999.

ZANZUCCHI, Marco Tulio. *Diritto Processuale Civile*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1947.

ZEISS, Walter. *El dolo procesal*: aporte a la precisación teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *We the people...* *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol 79, p. 185-208, 2009.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.