

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA – UNIVEM

RENATO JOSÉ DAS NEVES CORTEZ

**A (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO
PROCESSO CIVIL FRENTE AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA
JURÍDICA**

Marília – 2015

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA – UNIVEM

RENATO JOSÉ DAS NEVES CORTEZ

**A (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO
PROCESSO CIVIL FRENTE AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA
JURÍDICA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica

Orientação: Professor Nelson Finotti Silva.

CORTEZ, Renato José das Neves.

A (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL
FRENTE AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA / Renato José das Neves
Cortez; orientador: Nelson Finotti Silva. Marília, SP [s.n.], 2015. f. 121

Dissertação de mestrado,

Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro
Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2015.

1. Processo Civil. 2. Segurança Jurídica. 3. Prova. 4. Prova Ilícita. 5.
Justiça

CDD:

RENATO JOSÉ DAS NEVES CORTEZ

A (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL
FRENTE AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Banca examinadora da Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do UNIVEM para obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Nelson Finotti Silva

1º AVALIADOR: _____
Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé

2º AVALIADOR: _____
Prof. Dr. Flávio Luis de Oliveira

Marília, 10 de Abril de 2015.

Dedico este trabalho à toda minha família, em especial, aos meus pais, à minha esposa, companheira de todas as horas, que sempre acreditaram e me incentivaram nas minhas decisões, e à minha pequena filha Beatriz, a qual, desde seu nascimento, fortaleceu ainda mais a minha convicção em atingir este objetivo.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, acima de tudo, a Deus, pelo dom da vida e pelas diversas bênçãos depositadas em mim e em toda minha família. A ele a honra.

À minha esposa, pela compreensão e companheirismo, para o desenvolvimento deste trabalho em razão das horas negligenciadas de nosso convívio.

Aos meus pais, pela formação que me deram, o qual me proporcionou ótimos valores éticos e morais.

Aos professores, os quais não mediram esforços para nos proporcionar crescimento pessoal e profissional.

Aos meus colegas, pelo convívio e pelas suas contribuições pessoais com uma simples troca de informações ou, mesmo, o auxílio nos momentos de dificuldade, na busca de novas doutrinas, no estudo de diversos temas.

Aos meus amigos e companheiros de viagem, Cristiano e André, mais que meros colegas de cursos, verdadeiros irmãos.

Aos meus sócios do escritório, pelo auxílio profissional e a compreensão pelas horas de estudo em pleno expediente.

Aos colegas professores da UNIESP Birigui, pelas dicas, pelos livros, pelo auxílio

Às integrantes da Secretaria do Mestrado, Leninha e Taciane, pela simpatia e paciência. Obrigado.

À toda minha família, base de tudo, a qual eu devo muito do que sou.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para este trabalho.

CORTEZ, Renato José das Neves. A (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO CIVIL FRENTE AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2014.

RESUMO

As provas ilícitas, por terem sido produzidas em prejuízo do ordenamento jurídico, não obstante suas consequências legais, não podem ser, em regra, admitidas em Juízo para comprovar a ocorrência de fatos deduzidos em um processo. Porém, em certas situações, a admissibilidade da prova ilícita é a única forma de permitir que o órgão jurisdicional conheça verdadeiramente os fatos e, por isso, profira uma sentença capaz de tutelar o direito material envolvido. Além disso, há situações em que a admissibilidade da prova ilícita é a única capaz de proporcionar a preservação de outros direitos fundamentais. Assim sendo, a admissibilidade da prova ilícita em certos casos já se mostra uma interessante possibilidade para o julgador, considerando que lhe permite proferir uma sentença preservando o direito material das partes. Todavia, ao se admitir uma prova ilícita em processo judicial, pode-se criar aos litigantes em geral a impressão de que a prova produzida, mesmo ilícita, será válida e, portanto, incentivar diversas condutas ilícitas, dando a impressão de que, para se provar um direito, pode-se violar outros direitos igualmente tutelados legalmente. Daí se percebe que se faz necessária uma ponderação de valores para que se alcance uma interpretação em conformidade com o interesse do Estado. Assim, o presente trabalho foi elaborado com o intuito de, partindo da questão constitucional do processo e do princípio da segurança jurídica, avaliando-se a questão da prova e da possibilidade de se admitir judicialmente uma prova ilícita, poder alcançar uma conclusão se é possível ou não admiti-la em processo civil e, caso isto seja possível, se poderá atacar o princípio da segurança jurídica. Ao final, fazendo-se uma avaliação do princípio da inadmissibilidade da prova ilícita em processo civil, pode-se concluir pela possibilidade de sua flexibilização em casos em que se envolvam outros direitos fundamentais ou, ainda, quando seja necessária a distribuição da Justiça ao caso concreto, o que não prejudicaria o princípio da segurança jurídica, o mantém-se intacto frente à manutenção da regra da inadmissibilidade da prova ilícita. Sem falar que uma decisão judicial, quanto mais próxima da realidade fática, melhor atende aos interesses do Estado e da sociedade, pois se aproxima da tão almejada Justiça.

Palavra chave: Processo Civil. Segurança Jurídica. Prova. Prova Ilícita. Justiça.

ABSTRACT

The illegal evidence, to have been produced at the expense of the legal system, notwithstanding its legal consequences, cannot be, as a rule, admitted in court to prove the occurrence of the facts adduced in a proceeding. However, in certain situations, the admissibility of illegal evidence is the only way to allow the court to truly know the facts and, therefore, able to utter a sentence safeguard the substantive law involved. Moreover, there are situations in which the admissibility of illegal evidence is uniquely positioned to provide preservation of other fundamental rights. Thus, the admissibility of illegal evidence in certain cases have shown an interesting possibility for the judge, considering that allows you to make an award preserving the substantive law of the parties. However, after admitting unlawful evidence in legal proceedings, you can create litigants in general the impression that the evidence produced, even illegal, will be valid and therefore encourage many illegal behaviors, giving the impression that, to prove a right, you might violate other rights also protected legally. Hence it is necessary to realize a balance of values in order to reach an interpretation in accordance with the State's interest. Thus, this study was designed with the intention of starting from the constitutional issue of the process and the principle of legal certainty, evaluating the examination question and the possibility of an unfair trial court to admit, being able to reach a conclusion whether it is possible admit it or not in civil procedure and, if this is possible, it can attack the principle of legal certainty. At the end, making an evaluation of the principle of the inadmissibility of illegal evidence in civil proceedings can be concluded by the possibility of its flexibility in cases that involve other fundamental rights, or even when the distribution of the Justice if necessary Rather, what not undermined the principle of legal certainty, the remains untouched forward to maintaining the rule of inadmissibility of illegal evidence. Not to mention that a judicial decision, as closer to factual reality, best serves the interests of the state and society, such as it approaches the desired Justice.

Keyword: Civil Procedure. Legal security. Proof. Unlawful proof. Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – CONSTITUIÇÃO E PROCESSO	
1.1 – A Constituição: conceito e conteúdo	13
1.2 – Da Evolução do Pensamento Constitucional	15
1.3 – Do Processo.....	22
1.4 – Do Processo e Constituição	24
1.5 – Da tutela constitucional do processo civil e direito de ação	27
CAPÍTULO II – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	
2.1 – Dos direitos fundamentais: conceito e considerações gerais.....	32
2.2 – Da relatividade dos direitos fundamentais e seus limites.....	34
2.3 – Da colisão de direitos fundamentais	36
2.4 – Princípio da proporcionalidade.....	38
2.5 – Do princípio do devido processo legal	40
2.5.1 – Considerações históricas.....	41
2.5.2 – Conceito.....	42
2.5.3 – Considerações gerais	45
CAPÍTULO III – DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	
3.1 – Considerações Gerais.....	51
3.2 – Abordagem histórica do princípio da segurança jurídica.....	53
3.3 – O princípio da segurança jurídica na constituição federal de 1988	54
3.4 – Conceito	56
3.5 – A segurança jurídica e o direito processual civil.....	57
CAPÍTULO IV – PROVA NO PROCESSO CIVIL	
4.1 – Jurisdição e a prova	60
4.2 – Conceito de prova	62
4.3 – O objeto da prova.....	65
4.4 – Critérios de avaliação da prova.....	68
4.5 – A prova e a verdade.....	71
4.6 – A obrigatoriedade do julgamento e o ônus da prova.....	79
CAPÍTULO V – PROVA ILÍCITA E JUSTIÇA	

5.1 – A prova ilícita: considerações gerais.....	84
5.2 – Conceituação	85
5.3 – A prova ilícita por derivação	88
5.4 – Descontaminação do julgado	91
5.5 – A prova ilícita no direito comparado	92
5.5.1 – Alemanha.....	93
5.5.2 – Estados Unidos.....	94
5.5.3 – Espanha.....	95
5.5.4 – Itália	96
5.6 – Prova ilícita e prova emprestada	97
5.7 – Prova ilícita e sua admissibilidade no processo civil brasileiro	98
5.8 – O princípio da proporcionalidade e a justiça	106
CONCLUSÃO.....	112
REFERÊNCIAS.....	115

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo, atendendo aos interesses do Estado Democrático de Direito Brasileiro, analisar a possibilidade de se comprovar fatos, alegados em juízo pelas partes, através de provas produzidas com violação a direitos legalmente previstos.

A Constituição Federal de 1988 veda, textualmente, a admissibilidade de prova ilícita em processos, incluindo o processo civil. Todavia, se considerarmos que tal disposição trata-se de direito fundamental e que, todos eles, não são absolutos, permitindo, em consequência, a sua relativização no caso concreto através do Princípio da Proporcionalidade, tem-se uma possibilidade ímpar de se permitir ao órgão jurisdicional um conhecimento mais próximo da realidade dos fatos, o que pode ser decisivo para um julgamento mais justo.

De fato, não se nega ao Estado seu dever de preservar as normas por ele emitidas, ainda mais aquelas essenciais à sua própria estrutura, porém, será razoável negar a admissibilidade de uma prova em razão de ser ilícita, sendo que esta ação violaria outro direito que aguarda a acolhida em um processo judicial?

Além disso, uma decisão judicial admitindo uma prova ilícita fere ou não o Princípio da Segurança Jurídica, princípio inerente a todo Estado Democrático de Direito?

Não se pode esquecer que o Princípio da Segurança Jurídica é aquele que, a todos, Estado e particulares, confere o conhecimento prévio das consequências de seus atos em razão da própria existência de uma norma: a lei prevê as condutas vedadas e suas sanções, o que permite a todos antever resultados, analisar a sua conveniência e prevenir ou reprimir abusos com relação à violação de seus direitos. Neste contexto, a inadmissibilidade da prova ilícita é um direito fundamental e, portanto, o interessado, provavelmente, aguarda que o órgão julgador afaste as provas produzidas por meios ilícitos.

Em razão de todo o exposto, é importante se analisar a questão posta sob à ótica constitucional e, também, da atual fase do direito processual civil.

Para isso, desenvolver-se-á o presente trabalho partindo-se da análise de como aplicar os princípios e normas previstos na Constituição Federal de 1988, e, também, de como o processo e o direito processual civil deverá ser interpretado frente à nova ordem constitucional de nosso país.

Ultrapassado este primeiro momento, far-se-á um estudo que versa sobre os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade e o princípio do devido processo legal, conceitos fundamentais para o trabalho considerando que dão sustentação ao Estado Democrático de Direito.

A partir daí, ingressar-se-á no tema Princípio da Segurança Jurídica, para, assim, fixar as bases com que o princípio, apesar de não estar expressamente expresso em nossa carta constitucional, é compreendido entre nós.

Após, partir-se-á em busca do tema prova e sua relação com o processo, bem como a sua importância e real influência diante do órgão jurisdicional, passando por conceitos relativos à verdade e sua descoberta, tudo para propiciar o conhecimento dos fatos mais próximo da realidade ao Poder Judiciário.

Por fim, a prova ilícita e sua admissibilidade no processo civil, dedicando todo um capítulo para analisar, desde seu conceito até a viabilidade de se admitir a prova ilícita no processo civil, fazendo, ao final, uma reflexão sobre a Justiça e a admissibilidade da prova ilícita.

CAPÍTULO I – CONSTITUIÇÃO E PROCESSO

1.1 – A Constituição: conceito e conteúdo

Os Estados Contemporâneos são instituídos com base em um conjunto de regras e princípios superiores capazes de organizar e regulamentar a sua atuação, resguardando assim direitos e interesses individuais de seu povo. A esta norma superior, fundamental e indispensável a todo o Estado, dá-se o nome de Constituição.

Para Nery Junior:

A Constituição é a ordem jurídica fundamental da coletividade: determina os princípios diretivos, segundo os quais devem formar-se a unidade política e as tarefas estatais a serem exercidas; regula ainda procedimentos de pacificação de conflitos no interior da sociedade; para isso cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. (2013, p. 42)

Nota-se, portanto, que Constituição, norma estrutural de um Estado, possui diversas finalidades sempre ligadas à ordem jurídica estatal, delimitando o poder dos governantes ao mesmo tempo em que atribui direitos e garantias aos populares.

Apesar de possuir tais finalidades precípuas, não é incomum encontrar, nos textos constitucionais, regras que, em muito, afastam-se do conteúdo básico de uma Constituição.

Mas, será que, em razão disso, estas regras não deveriam ser cumpridas? Evidente que não, considerando que o poder do constituinte originário, ao elaborar a Constituição, não possui qualquer limitação, ou seja, a criação de uma Constituição é feita com liberdade ampla e irrestrita, podendo tratar de quaisquer assuntos inerentes à sociedade local, conferindo-lhe força normativa cogente, e, conseqüentemente, atribuindo-lhe natureza de norma basilar de um Estado de Direito.

Em razão da existência destes dispositivos constitucionais, Bonavides conferiu a Constituição dois conceitos, sendo um de natureza material:

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto os individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição. (2012, p. 84)

O outro conceito, de natureza formal:

As Constituições não raro inserem matéria de aparência constitucional. Assim se designa exclusivamente por haver sido introduzida na Constituição, enxertada no seu corpo normativo e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política.

Entra essa matéria pois a gozar da garantia e do valor superior que lhe confere o texto constitucional.(....) (2012, p. 85)

De qualquer forma, portanto, a Constituição deve ser entendida como o conjunto de normas básicas de um Estado, a qual estrutura a atuação estatal e fixa os direitos e garantias dos indivíduos.

Especificamente sobre o nosso sistema jurídico, percebe-se que a Constituição Federal brasileira de 1988, típico texto magno formal e rígido, é um exemplo de que, muitas vezes, os assuntos ali tratados não correspondem apenas à estrutura estatal e seu limite de atuação, extrapolando o conceito material acima definido.

Nossa Constituição, promulgada após um longo período de ditadura e de supressão de direitos e garantias individuais, foi elaborada por uma Assembleia Constituinte receosa e cautelosa com a nova ordem estatal que se formava, tendo optado pela inclusão de diversas matérias e regras de proteção ao cidadão que, tecendo regras minuciosas e regulamentos específicos, invadiu a esfera do que seria destinado, tecnicamente, ao legislador infraconstitucional, tudo para dificultar eventuais modificações mediante leis ordinárias, preservando o seu conteúdo.

Neste passo, não é difícil encontrar no texto da Constituição Federal matérias relativas a direito civil, penal, do trabalho, administrativo, tributário, financeiro, econômico, previdenciário e comercial, tudo com a única

finalidade de proporcionar a estas regras um caráter mais perene, elevando-a ao mais alto grau normativo.

1.2 – Da Evolução do Pensamento Constitucional

A ideia de uma norma superior adveio das conquistas sociais e populares oriundos de movimentos surgidos na Europa, especialmente a Revolução Gloriosa e a Francesa. Tais ideais se implantaram em alguns países, em especial, nos Estados Unidos da América após sua independência e, logo após, espalharam-se por todo mundo.

Tais movimentos sociais, denominados de constitucionalismos, desejavam, basicamente, a limitação dos poderes dos governantes e do Estado, garantindo direitos mínimos aos cidadãos.

O constitucionalismo, segundo Canotilho, pode ser conceituado como “...a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.” (1999, p. 47)

Todavia, o movimento constitucional não é único e idêntico em todos os lugares; na realidade, desenvolveu-se de forma distinta, muito em razão de suas diversas raízes históricas, culturais e geográficas e, bem como, aos objetivos e aspirações de cada época. Segundo Canotilho:

O movimento constitucional gerador da Constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo* mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural (1999, p. 47).

Assim sendo, os movimentos constitucionais de cada país são reflexos de sua própria evolução política e social, sendo a Constituição o resultado destes movimentos em cada sociedade. Destacam-se, aqui, o

constitucionalismo inglês, francês e americano, os chamados movimentos constitucionais clássicos.

O Constitucionalismo Inglês está sedimentado na ideia de que a Constituição reflete a própria sedimentação histórica dos direitos adquiridos por seus cidadãos e, também, pelo estabelecimento de bases de um governo balanceado e moderado, preservando, ainda, os interesses existentes na sociedade inglesa. A este modelo foi chamado de Constituição Histórica.

O Francês, filiado ao sistema moderno de constitucionalismo, estabelecido após a Revolução Francesa e adepto da total ruptura do regime anterior, entende a constituição como sendo “...a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento político escrito no qual se declaram as liberdades e direitos e se fixam os limites do poder político.” (CANOTILHO – 1999, p. 48)

No que tange ao Americano, a Constituição era vista como uma limitação normativa a atuação do domínio político sendo este limitado aos direitos dos particulares e aos princípios fundamentais da comunidade política.

Canotilho, diferenciando o modelo americano do francês, anotou o seguinte ensinamento:

Se a constituição nos esquemas revolucionários franceses terminou na legitimação do estado legicêntrico, ou, por outras palavras, dos “representantes legislativos”, na cultura revolucionária americana ela serviu para “constituir” uma ordem política informada pelo princípio do “governo limitado” (limited government). (CANOTILHO – 1999, p. 55)

Entretanto, a crítica que se fez a este constitucionalismo clássico é que se enxergava a Constituição como um mero instrumento jurídico, isolado da realidade social, econômica, política e filosófica de um Estado, o que, na mão de um intérprete mal intencionado, poderia ocasionar em interpretações distorcidas e em aplicação do direito de forma equivocada, afastando-se da vontade do povo pela qual, tal regra, fora criada.

Neste sentido:

O constitucionalismo clássico, reduzindo a Constituição simplesmente a um instrumento jurídico, dava competência aos três órgãos fundamentais da ordem estatal – o Executivo, o

Legislativo e o Judiciário – ao mesmo passo que declarava os direitos e as garantias individuais. A constituição se continha toda no texto, como se fora o livro sagrado da liberdade, a bíblia de uma nova fé democrática, o alcorão dos princípios liberais, tendo por finalidade precípua limitar ou enfrear o exercício do poder.

Constituição e Direito Constitucional se apresentavam coincidentes. Estabelecido então o divórcio entre a Sociedade e o Estado, a Constituição exprimia apenas o lado jurídico do compromisso do poder com a liberdade, do Estado com o indivíduo. Era a Constituição do Estado liberal, a Constituição folha de papel, a que se reportava sarcasticamente Lassalle. Enquanto as instituições liberais funcionaram a contento, não se questionava o aspecto político das Constituições: a Sociedade estava despolitizada e a Constituição podia margea-la ou quase ignora-la, sendo aquela, pois, a idade de outro do positivismo liberal e constitucional dos normativistas. **Confiados na abstração tranquila dos textos, alcançaram eles as surpreendentes extremidades de uma teoria metaempírica, capaz de pretensiosamente dispensar os elementos sociológicos e filosóficos da realidade e proclamar com a exarcebação unilateralista do normativismo puro a identidade absoluta do Direito e do Estado.** (BONAVIDES – 2012, p. 98/99) (grifo nosso)

Ocorre que a Constituição, entendida como mero instrumento jurídico, fazia com que, não raramente, ocorressem divergências entre o que a sociedade desejava quando criou o texto e o que estava sendo aplicado no dia-a-dia fruto de uma interpretação dissociada dos fundamentos sociológicos, filosóficos e políticos a que lhe deram origem. Sem falar que, em razão da evolução do direito público, novas questões surgiam aos seus aplicadores, o que, nem sempre, seguindo unicamente o texto escrito, possibilitava uma solução em consonância com a vontade original do constituinte.

Assim sendo, começou a se desenvolver uma nova forma de se ver e interpretar a Constituição que, em sua essência, explicava-se pela Sociedade e não pelo Direito, não podendo ser entendida como um simples conjunto de normas, devendo seu significado ir além do conteúdo normativo, aproximando-a de seu conteúdo sociológico.

A Conferência de Ferdinand Lassalle, que deu origem à obra A ESSENCIA DA CONSTITUIÇÃO, atacou fortemente o conceito clássico de Constituição, defendendo sê-la o que chamou de “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”, ou seja, a Constituição não era uma mera norma

e sim um conjunto de fatos sociais, econômicos e políticos que a legitimaram. Surgiria, em consequência, a teoria material da Constituição.

Esta teoria influenciou, decisivamente, as Constituições elaboradas no início do século XX, destacando-se a Constituição de Weimar na Alemanha.

Para Bonavides:

A teoria material da Constituição, partindo de Lassalle no século XIX, teve durante a Constituição de Weimar na Alemanha os seus mais brilhantes teóricos.

Com efeito, Rudolf Smend, Carl Schmitt, Hermann Heller trazem a alternativa social e anti-individualista, pressentindo pois a queda definitiva de uma ordem jurídica assentada em pressupostos lógicos e formalistas daquele positivismo que nas Constituições chegava aparentemente ao ocaso.

O grito ideológico da década de 20 exprimia a dor de um grande parto: o das Constituições de inspiração socialista ou socializante, cuja versão ocidental, após a Segunda Grande Guerra Mundial, se traduz mais recatadamente, em termos de ideologia, pelo constitucionalismo do Estado social. Este propende indeclinavelmente para uma teoria material da Constituição, cada vez mais presente às reflexões de constitucionalistas americanos, alemães, suíços e austríacos. (BONAVIDES, 2012, p. 105)

Todavia, após a Segunda Guerra Mundial, ficou evidente que o velho constitucionalismo europeu, muito caracterizado pelo legalismo exacerbado, mostrou-se incapaz de evitar o surgimento de regimes totalitários responsáveis por sistemáticas violações a direitos fundamentais. Assim, no pós-guerra, também já impulsionados pelas Constituições de caráter Democrático e Social promulgadas no período, nasce um novo movimento, denominado “neoconstitucionalismo”, que procura reconstruir as bases do Direito Constitucional.

O neoconstitucionalismo proclama a primazia dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana, os quais devem ser protegidos e promovidos pelos Poderes Públicos e pela sociedade. Da mesma forma, esse movimento enaltece a força normativa da constituição, passando a não ser mais um mero catálogo de competências e de recomendações políticas e morais, para se tornar um sistema de preceitos vinculantes, capazes de conformar a realidade. Neste sentido, Cambi:

O neoconstitucionalismo se propõe a superar o paradigma da validade meramente formal do direito, no qual bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser a expressão jurídica. Com isto, o direito deve ser entendido dentro das respectivas relações de poder, sendo intolerável que, em nome da “vontade do legislador”, tudo que o Estado faça seja considerado legítimo. Estreitam-se, pois, os vínculos entre Direito e Política, na medida em que conceitos como os da razoabilidade, senso comum, interesse público etc são informados por relações de poder.

Porém, qualquer relevante concepção constitucional pressupõe uma determinada percepção do homem. (CAMBI, 2011, p. 37).

E continua Cambi:

A Constituição, antes de qualquer medida protetiva, deve preocupar-se com os seres humanos. A dignidade da pessoa humana tem de ser o núcleo axiológico da tutela constitucional. A ela, há de se atribuir a concepção mais ampla possível, a fim de se extrair a máxima efetividade e aplicabilidade dos casos concretos. Não se restringe aos vínculos entre governantes e governado, estendendo-se para toda e qualquer relação, mesmo entre dois sujeitos privados, em que, pela manifestação do poder, uma destas pessoas tivesse seus direitos violados ou ameaçados de lesão. (2011, p. 38)

Ao se fazer esta reanálise do direito constitucional, o neoconstitucionalismo permitiu a fixação de novas bases para a atuação do Direito, estabelecendo como núcleo central da tutela constitucional a figura do ser humano e de sua dignidade.

Da mesma forma, permitiu que a interpretação constitucional se fizesse de forma ampla, auferindo, com isso, a sua máxima efetividade, preservando a aplicação da vontade do constituinte a cada caso concreto.

Quanto ao Brasil, o movimento constitucional possuiu três fases distintas como bem noticia Bonavides:

Quem se propuser a uma análise em profundidade da evolução constitucional do Brasil não terá dificuldade em distinguir três fases históricas perfeitamente identificadas em relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influxo preponderante na obra de caracterização formal das instituições: a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a

terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do corrente século.

Sem uma acurada reflexão a cerca deste processo que nem sempre eliminou a maior parte dos influxos recebidos em cada fase ultrapassada senão que os levou na devida conta ou às vezes os incorporou de forma cumulativa, não se pode compreender os rumos constitucionais contemporâneos, presentes à realidade brasileira, sobretudo, depois da promulgação da Carta de 5 de outubro de 1988. (2012, p. 373)

Sobre a primeira fase acima caracterizada, Bonavides explica que:

A Constituição do Império, aquela que resultou do ato de outorga, não se arredou do círculo doutrinário das influências francesas no campo teórico, mas ao aplicar-se viu paralelamente prosperar, por obra do costume constitucional, uma forma de governo parlamentar, um tanto híbrido e primitivo.

Todavia, do ponto de vista doutrinário e fático, essa modalidade deveras se assemelhava ao modelo inglês. A Constituição real, desprezando a Constituição formal, decerto fora inspirar-se ali. (2012, p. 375).

Ressalta-se que o Brasil, apesar de ser uma monarquia à época, adotou, formalmente, o sistema francês; porém, na prática, e até mesmo em razão do sistema monárquico vigente, aproximava-se mais do sistema constitucional inglês.

Já no que tange à segunda fase, Bonavides ensina:

Com o advento da República, o Brasil ingressou na segunda época constitucional de sua história. Mudou-se o eixo dos valores e princípios de organização formal do poder. Os novos influxos constitucionais deslocavam o Brasil constitucional da Europa para os Estados Unidos, das Constituições francesas para a Constituição norte-americana, de Montesquieu para Jefferson e Washington, da Assembleia Nacional para a Constituinte de Filadélfia e depois para a Suprema Corte de Marshall, e do pseudoparlamentarismo inglês para o presidencialismo americano.

(...) Converteu-se com a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 num Estado que possuía a plenitude formal das instituições liberais, em alguns aspectos deveras relevantes, trasladadas literalmente da Constituição americana, debaixo da influência de Rui Barbosa, um jurista confiadamente admirador da organização política dos Estados Unidos. (2012, p. 376/377).

Por fim, a terceira fase segundo Bonavides:

Com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais de perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro.

(...)

Desse largo e acidentado período – a terceira época constitucional do Brasil – vamos destacar para exame e reflexão, em primeiro lugar, os estatutos fundamentais expedidos com algum grau de legitimidade e que durante certo espaço de tempo – não importa se curto ou prolongado – mantiveram as aparências de um regime normal de Governo, debaixo do princípio representativo e das regras inerentes ao denominado Estado de Direito, propugnado pelas ideologias do liberalismo. Aí se inserem, por exemplo, as Constituições de 16 de julho de 1934 e 18 de setembro de 1946, bem como a recém-promulgada Constituição de 5 de outubro de 1988.

Nesses textos colhe-se um profundo influxo do constitucionalismo alemão do século XX nas Constituições Brasileiras; influxo que parte tanto da Constituição de Weimar como da Lei Fundamental, sobretudo da primeira, cuja atuação ocorreu de forma mais concentrada, direta e decisiva na caracterização dos rumos sociais do novo Estado constitucional brasileiro de 1934, ao passo que a segunda fez sentir sua ação de modo menos direto, porém não menos eficaz, mormente em termos doutrinários.

O grau menor de influência atribuído à Lei Fundamental de Bonn, de 1949, se deve entre outras razões ao fato de que ela, do ponto de vista histórico, é a mais recente. E também à circunstância de que a característica básica de Weimar – o sentido social dos novos direitos – já fora incorporada a duas Constituições da terceira época constitucional, ou seja, as de 1934 e 1946. (2012, p. 379/380).

Pelas narrativas históricas acima referidas, percebe-se que o constitucionalismo brasileiro evoluiu de um sistema “formal” francês (porém “real” inglês) para o americano e, por fim, mirou-se no sistema alemão do século XX, adotando os ideais do Estado Social Alemão.

Foi à adoção do modelo de Estado Social de inspiração alemã que permitiu, ao Brasil, iniciar uma reanálise do papel do Estado:

O constitucionalismo desta terceira época fez brotar no Brasil desde 1934 o modelo fascinante de um Estado social de inspiração alemã, atado politicamente a formas democráticas, em que a Sociedade e o homem-pessoa – não o homem-indivíduo – são os valores supremos. Tudo porém indissolavelmente vinculado a uma concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade. (Bonavides, 2012, p. 380).

Em razão disto, o neoconstitucionalismo, após se espalhar pelo mundo, ganhou repercussão e força também no Brasil como bem constatou Cambi:

Os reflexos das alterações constitucionais ocorridas na Europa foram sentidas, significativamente, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, que marca, historicamente, a transição para o Estado Democrático de Direito. Nestes mais de vinte anos de Constituição, sem embargo das constantes reformas constitucionais operadas no texto original, foi possível construir, paulatina e progressivamente, uma importante cultura jurídica de valorização do sentimento constitucional. (2011, p. 38)

É, portanto, inegável a influência do neoconstitucionalismo na interpretação da atual Constituição Federal de 1988, inclusive contribuindo com a evolução democrática brasileira.

1.3 – Do Processo

Segundo Aristóteles, o homem é um ser social e, por isso, vive em sociedade para, através da interação com seus pares, atinja com maior facilidade os seus objetivos de vida.

Todavia, a vida em sociedade somente é possível em virtude da existência de normas ou regras gerais capazes de disciplinar a interação entre os seres humanos, possibilitando a vida em comum e a harmonia entre todos, tendo sempre como norte a justiça e a equidade em determinado tempo.

Neste sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco ensinam:

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar. (2012, p. 28)

Mesmo com a presença do direito disciplinando a vida em sociedade, não é incomum o surgimento de conflitos de interesses envolvendo seus integrantes. Ora, o comportamento social destoante e a interpretação divergente do direito são inevitáveis em qualquer sociedade, sendo fontes de geração de litígios. O que fazer?

Historicamente, a sociedade desenvolveu métodos de resolução de conflitos de interesses, destacando-se a autotutela (ou autodefesa), a autocomposição, a arbitragem e mediação (heterocomposição) e a Jurisdição.

A Jurisdição, exercida pelo Estado em substituição às partes, atua de forma a eliminar os conflitos de interesses existentes em uma sociedade através da aplicação do preceito jurídico pertinente, anterior ao litígio, zelando, assim, pela paz social.

Tal forma de resolução de conflitos de interesses ganhou espaço nas sociedades modernas com o fortalecimento do Estado, o qual requereu para si o dever de solucionar os litígios que surgirem em seu interior.

Hoje, pode-se dizer que cabe, basicamente, ao Estado, em razão da importância social da solução de conflitos de interesses dentro de seu território, a função de resolver litígios, como bem relata Cintra, Grinover e Dinamarco:

E hoje, prevalecendo as ideias de *Estado Social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a *realização da justiça*. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o bem comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem como nessa área é a *pacificação com justiça*. (2012, p. 33)

Diante da função de solucionar conflitos de interesses que assumiu para si, coube ao Estado, também, regulamentar o meio pelo qual os interessados chegariam a si trazendo seus litígios. Surge, em consequência, a necessidade de se estabelecer um instrumento capaz de proporcionar, a cada pessoa interessada, a possibilidade de provocar a atuação jurisdicional do Estado para solucionar litígios: a este instrumento dá-se o nome de processo.

Neste sentido, as lições de Cintra, Grinover e Dinamarco:

Caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pôde ser, ou de qualquer modo não foi, satisfeita, o Estado poderá ser chamado a desempenhar sua função jurisdicional; e ele o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito ou com uma só delas (o demandado pode ficar revel), segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas. A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de processo. (2012, p. 49)

Segundo Bedaque:

Processo também pode ser concebido como método estatal de solução de controvérsias. O legislador estabelece determinadas regras, visando a regular a atividade desenvolvida pelo juiz e pelas partes, com vistas à formulação e atuação concreta da regra de direito material. Adota as técnicas que, a seu ver, conferem segurança e celeridade ao método. (2011, p. 15)

Neste contexto, pode-se acrescentar, ainda, que o processo, além de servir os interessados proporcionando a resolução de seus conflitos, exerce um papel social bem maior que é o de promover a paz social, assegurando, ao Estado, a realização de sua função primordial que é a realização do bem comum.

1.4 – Do Processo e Constituição

O processo, para que seja válido e apto a atingir seu desiderato, não pode se desenvolver de qualquer forma; necessário se faz a presença de normas, pré-estabelecidas ao litígio, capazes de regulamentar o desdobramento de atos que levarão à solução do conflito, bem como a atuação

das partes e do Estado-juiz na demanda, garantindo direitos básicos e suficientes, a fim de proporcionar ao Estado os meios necessários para proferir a sua sentença e, às partes, uma solução justa. Ao ramo do direito que estuda as normas e princípios que regem o processo chama-se direito processual.

Se a solução de conflitos e, conseqüentemente, a própria paz social, portanto, também dependem de um processo justo, é evidente que o interesse do Estado em tal ramo do direito vem, nos últimos tempos, ganhando cada vez mais importância. Em razão disto, a Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu texto, matérias relacionadas ao direito processual, as quais têm por finalidade estabelecer regras e princípios superiores e basilares a todo o sistema processual brasileiro.

Ora, o processo é um meio de se provocar a atuação jurisdicional para que resolva um litígio e pacifique os envolvidos. Sendo assim, por se tratar de uma atividade estatal, percebe-se que a sua execução deve-se voltar, inicialmente, aos termos da Constituição Federal e, conseqüentemente, pelo respeito aos Direitos e Garantias Fundamentais.

Neste sentido:

É natural que, como instrumento, o sistema processual guarde perene correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa. Em princípio, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional. (DINAMARCO, 2013, p. 33)

E continua o mesmo autor: *... processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar.* (DINAMARCO, 2013, pag. 33)

O texto constitucional atual adotou a “tripartição dos poderes”, restabelecendo integralmente a independência e a harmonia entre as funções estatais, e proporcionando, ao Poder Judiciário, exercer, com plenitude, todas as suas funções típicas e atípicas, inclusive podendo controlar, mediante provocação, os atos e omissões do Poder Público.

Além disso, matérias como jurisdição, processo, ação e exceções são decisivamente tratadas na esfera constitucional, alicerçando, assim, todo o direito processual civil brasileiro.

Cintra, Grinover e Dinamarco, em sua obra Teoria Geral do Processo, bem resumiram a importância da Constituição Federal na disciplina do Processo Civil:

Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; (...)

Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos.

Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários: em virtude deles o processo apresenta certos aspectos: em virtude deles o processo apresenta certos aspectos, como o do juiz natural, o da publicidade da audiências, o da posição do juiz no processo, o da subordinação da jurisdição à lei, o da declaração e atuação do direito objetivo; e, ainda, os poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a função do Ministério Público, a assistência judiciária. (2012, p. 87/88)

Também neste norte, ensina Nery Junior:

O direito processual, ramo do direito público, é regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Existem, também, institutos processuais cujo âmbito de incidência e procedimento para sua aplicação se encontram na própria Constituição. (2013, p. 45)

Tal fato se deu, especialmente, a partir da Segunda Guerra Mundial, consoante narrado por Cambi:

A partir da Segunda Guerra Mundial, é inegável que a Constituição tomou o lugar dos Códigos, devendo os direitos infraconstitucionais ser compreendidos a partir da Lei Fundamental e sua inserção no contexto internacional.

O alargamento do espaço se deu a partir da *constitucionalização dos direitos infraconstitucionais* que, por sua vez, ampliou a extensão e a *intensidade* da vinculação constitucional do legislador ordinário. (2011, p. 60).

No Brasil, o direito processual foi mais evidentemente abordado na Constituição Federal consoante narrado por Porto e Ustároz:

Na Carta Magna, encontram-se os direitos mais valorizados pela sociedade e pelo próprio sistema. É a Constituição Federal que, através dos princípios, valores e direitos nela incorporados, fornece o ponto de partida para a interpretação e a argumentação jurídica. Hoje, sua força normativa permeia toda a ordem jurídica, circunstância que motiva análise de sua relação com todos os tradicionais ramos do direitos, dentre os quais a ciência processual.

No Brasil, o vínculo entre Constituição e processo ficou mais evidente a partir da Constituição de 1988, em face das múltiplas previsões aplicáveis ao direito processual. Temas que antes eram definidos pela aplicação de normas infraconstitucionais, agora merecem análise à luz das premissas colocadas no texto maior. (2009, p. 11)

Considerando o acima exposto, percebe-se que o direito processual civil deve ser compreendido não mais a partir dos códigos processuais, mas sim a partir da Constituição Federal, a qual impõe todos os parâmetros necessários ao desenvolvimento do processo de forma válida e devida.

1.5 – Da tutela constitucional do processo civil e direito de ação

Pelas linhas acima referidas, percebe-se que o estudo do processo civil deve se desenvolver em razão das normas e princípios presentes na Constituição Federal, zelando, assim, pela própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

E, aliás, não poderia ser diferente, considerando que o constituinte, ao tratar do processo civil no corpo na Constituição Federal, quis garantir o devido desenrolar de um processo no Poder Judiciário, tudo visando um bem maior que é a própria conservação dos Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil:

A ideia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significado transcendente: o valor *justiça*. O conceito significado e dimensões desses e de outros valores

fundamentais são, em última análise, aqueles que resultam da ordem constitucional e da maneira como a sociedade contemporânea ao texto supremo interpreta as suas palavras – sendo natural, portanto, a intensa infiltração dessa carga axiológica no sistema do processo...(DINAMARCO, 2013, p. 26)

Assim sendo, todos os procedimentos criados pelo legislador infraconstitucional devem se guiar pelos princípios e regras constitucionalmente consagradas, como o acesso facilitado à Justiça e ao Poder Judiciário, o Direito de Ação, o Devido Processo Legal, o Contraditório e a Ampla Defesa, a Igualdade das Partes e o Juiz Natural, entre outros:

O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmos democrático* do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade. (DINAMARCO, 2013, p. 26)

Neste contexto, o princípio consagrado na Constituição Federal que se deve destacar aqui é o do Acesso à Justiça, ou o chamado Direito de Ação. E convenhamos, de pouco valeria o direito material se não houvesse uma forma de assegurar a todos os que tivessem estes direitos violados um acesso eficaz ao Estado-juiz.

Foi em razão disto que o constituinte garantiu a todas as pessoas o direito de ação, o qual se encontra previsto no inciso XXXV, art. 5º, da Constituição Federal: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Ao inserir tal direito fundamental, o constituinte de 1988 foi mais abrangente que seu anterior, pois não limitou o acesso à Justiça a direitos individuais. Sobre o assunto:

Em redação mais técnica do que a da CF/1969, art. 153 § 4º, que dizia lesão de direito “individual”, o novo texto consagrou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido como princípio do direito de ação. Isto quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um

direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos. (NERY, 2013, p. 187)

Com isso, o constituinte garantiu a todos o acesso irrestrito ao Poder Judiciário para garantir a preservação de seus direitos frente à lesão ou ameaça de lesão:

Todos têm o direito de propor demandas. Tal fenômeno corresponde àquilo que se convencionou chamar de direito de petição, de demandar ou de mero acesso ao Poder Judiciário. (BEDAQUE, 2011, p. 35).

Também neste sentido:

Ação é o direito subjetivo público de se exigir do Estado a prestação jurisdicional. É o direito, conferido a toda e qualquer pessoa, de provocar a atividade jurisdicional do Estado a fim de ver apreciada em juízo uma pretensão.

Por oportuno, anote-se o princípio da ação ou da demanda, que estabelece a iniciativa da parte de provocar o exercício da atividade jurisdicional, vez que a jurisdição é inerte. (COCURUTTO, 2011, p. 169).

O direito fundamental aqui mencionado constitui verdadeira base de toda a atuação da atividade jurisdicional do Estado, servindo de verdadeiro suporte para o exercício pleno da cidadania e como garantia constitucional à proteção da dignidade da pessoa humana:

A constatação de que é da essência da cidadania a garantia de que a todos será assegurado o mais amplo acesso à Justiça foi incorporada ao longo do século XX. A mera proclamação de acesso democrático, conquanto importante, não basta, por si só, para garantir o êxito no projeto, que depende fundamentalmente da mentalidade dos operadores envolvidos e do permanente ânimo de realizar o direito. A partir dessa perspectiva, a norma constitucional que assegura a apreciação de lesão ou de ameaça a direito (art. 5º, XXXV) é a base do direito processual brasileiro, merecendo aplicação imediata e consideração em toda e qualquer discussão judicial. (PORTO; USTÁRROZ, 2009, p. 41).

Como já dito acima, é interesse do Estado resolver conflitos de interesses e, com isso, pacificar a sociedade. Assim, deve facultar a todo cidadão o acesso aos órgãos jurisdicionais, preservando, além de seus

interesses, a própria legislação pátria, zelando, assim, pela sua maior incidência.

E, aliás, tanto é assim que o cidadão tem, apenas, garantido o direito de acesso à Justiça, e não o de, automaticamente, ver acolhido seu pleito, gozando o Estado-juiz de liberdade suficiente para apreciar o pedido do “prejudicado”, concedendo, ou não, a tutela jurisdicional desejada.

O titular da “ação processual” tem direito ao pronunciamento judicial sobre a situação da vida trazida para o processo, ainda que desfavorável. No processo de conhecimento fala-se em sentença de mérito.

Já, a tutela jurisdicional está reservada apenas para aqueles que efetivamente estejam amparados no plano do direito material. (BEDAQUE, 2011, p. 35)

Nery Junior acrescenta que não basta a concessão da tutela jurisdicional, devendo ser adequada a promover a defesa dos interesses da parte:

Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio o sentido do princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente. (2013, p. 187)

Não basta, portanto, ao Estado proporcionar, pura e simplesmente, o acesso à Justiça a todos os seus cidadãos; deverá, também, disponibilizá-los a tutela jurisdicional adequada, aquela capaz de atender aos seus anseios na defesa de seu direito material, ou seja, a que se faz necessária para assegurar o direito material invocado.

Ora, se a pessoa tem um direito consagrado pelo ordenamento jurídico vigente e, também, se o Estado detém o monopólio das soluções da maioria dos conflitos de interesses surgidos em seu território, nada mais justo do que o ente estatal lhe oportunizar o acesso à Justiça e a tutela adequada dos seus legais e legítimos interesses.

Em virtude disto, fica bem claro que o acesso à justiça não é restrito ao direito de ação, envolvendo, por outro lado, a atuação adequada da jurisdição no intuito de tutelar o direito material violado.

CAPÍTULO II – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

2.1 – Dos direitos fundamentais: conceito e considerações gerais

A todo ser humano deve ser reconhecido alguns direitos básicos, os quais são inerentes à sua própria existência de forma digna em sociedade. O reconhecimento destes direitos vieram em virtude da própria evolução da sua vida em sociedade, os quais ganharam grande impulso após o término da Segunda Guerra Mundial, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Desde então, os direitos do homem ou humanos ali reconhecidos se espalharam por diversos países mundiais, incorporando seus dispositivos aos textos legais, estabelecendo o que se chama de direitos fundamentais de cada Estado.

Nota-se, portanto, que se pode estabelecer uma distinção entre direitos humanos ou do homem e direitos fundamentais. Parafraseando Canotilho, Ferrari explica:

As expressões “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos fundamentais” são utilizadas como sinônimas, mas é possível distingui-las segundo sua origem. Quando se fala em “direitos do homem”, significam eles aqueles válidos para todos os povos, em todos os tempos; já a expressão “direitos fundamentais” se refere aos jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no tempo e no espaço. Se os direitos humanos decorrem da própria natureza do homem, e daí seu caráter inviolável e universal, os fundamentais são os objetivamente previstos, em uma determinada ordem jurídica concreta. (2011, p. 528/529)

Bonavides acrescenta que a expressão “direitos fundamentais” pode ser aplicada em dois sentidos, um lato e outro restrito:

Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo. Ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto,

há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais. (2012, p. 578).

Percebe-se, portanto, que tais direitos ganham contorno de essenciais ao Estado haja vista que, através deles, poderá o ente estatal atingir ao seu fim mais antigo que é o de promover o bem comum, proporcionando ao ser humano, preexistente ao Estado e sua razão de existir, o desenvolvimento de sua personalidade de forma sadia e plena e, conseqüentemente, garantindo a legitimidade estatal. Bonavides chega a afirmar que “...*direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas*” (2012, p. 387).

Em razão disto, tais direitos possuem o grau mais elevado de garantia e de segurança, sendo, muitas vezes, imutáveis ou, pelo menos, de difícil modificação.

Deve-se ressaltar ainda que uns direitos fundamentais encontram-se previstos textualmente na Constituição; outros, segundo a lição de Guerra Filho, decorrem da própria interpretação conjunta dos direitos fundamentais expressos na Constituição:

De pronto, vale lembrar não ser a norma jurídica a única forma de expressão dos direitos fundamentais, o que significa dizer que esses são uma realidade mais abrangente que a norma. Já de há muito que a teoria do direito deixou de centrar-se na figura da norma jurídica, abandonando essa perspectiva por assim dizer “micro”, em nome daquela outra, “macro”, na qual se estuda o Direito a partir do ordenamento em que ele se dá a conhecer positivamente, e que transcende a mera soma da normas, a que se sugere referir como sendo a “ordem jurídica objetiva” – em contraposição à “ordem jurídica subjetiva”, expressão cunhada para designar o conjunto das situações jurídicas subjetivas derivadas da ordem jurídica objetiva. Daí, por exemplo, estarem positivados em nosso ordenamento jurídico direitos fundamentais que não estão ainda previstos na carta constitucional, como consta do § 2º de seu art. 5º, em que pese a vasta extensão do catálogo desses direitos, consagrados nesse mesmo artigo. (GUERRA FILHO, 2001, p. 43)

Além disso, deve-se ressaltar que os direitos fundamentais estão presentes nas cartas constitucionais, como a brasileira, na forma de Princípios, o que lhe garante uma generalidade e abstração maior, permitindo, em consequência, uma aplicabilidade mais abrangente do que uma simples regra.

Isto ocorre porque, sob o ângulo da ciência jurídica, os princípios são ensejadores diretos da construção de um sistema normativo, ou seja, os valores basilares que dão causa, substância e sustentação às regras jurídicas de um povo.

Para Silva, princípios, segundo a acepção jurídica, seriam as:

...normas elementares ou requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa, revelando o conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica (1996, p. 447)

Também neste sentido, Duarte e Oliveira conceituam princípios como os próprios alicerces do direito e de suas normas:

O certo é que os princípios jurídicos fundamentam todos os compartimentos do direito, sendo alicerces das mais diversas construções legislativas. Os princípios, também na ciência jurídica, funcionam como uma espécie de moldura, limitando e complementando o mais estreitamente positivado, revestindo-se de uma importância muitas vezes não enxergada – contenção.

Os princípios de qualquer ciência, pois, configuram a essencialidade de um real conhecimento, a partir deles se alcançando a gênese de cada norma ou de cada instituto. No âmbito do direito, os princípios jurídicos embasam o mais amplo conhecimento de seus fenômenos formadores, o que muito importa no momento da aplicação da norma. (DUARTE; OLIVEIRA, 2012, p. 04/05).

Percebe-se que, como os direitos fundamentais tratam-se de normas nucleares do sistema jurídico, sendo, ao mesmo tempo, base e sustentação de uma ordem jurídica cogente em um Estado Democrático de Direito, vêm previstas nos ordenamentos jurídicos como Princípios.

2.2 – Da relatividade dos direitos fundamentais e seus limites

Diante da relevância dos direitos fundamentais para o Estado Democrático de Direito, poder-se-ia pensar que tais disposições são absolutas, ou seja, não poderiam ser afastadas em nenhuma situação, tendo o seu alcance infinito e ilimitado.

Todavia, não há direito fundamental absoluto e ilimitado, considerando que, em certos casos, é possível ao julgador afastar sua aplicação para preservar seu próprio fundamento material, considerando o tempo e espaço em que fora estabelecido o princípio fundamental.

Deve-se ter em mente que toda norma, inclusive um direito fundamental, foi criada em um determinado tempo, lugar e com um objetivo e finalidade, a qual deve estar em conformidade com os valores previstos na Constituição. Se assim o é, na aplicação do direito fundamental, o intérprete deve sempre se atentar as situações fáticas que lhe deram origem, bem como ao seu tempo e espaço, evitando-se, assim, a sua aplicação equivocada.

Além disso, pode-se negar a aplicação de um direito fundamental quando, em conflito com outro de igual importância em um caso concreto, o julgador entende que o direito fundamental a ser aplicado é o segundo, o qual preserva melhor o ordenamento jurídico vigente.

Em decisão esclarecedora, o Supremo Tribunal Federal assim se pronunciou:

Ementa: (...) OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (...) (MS 23452/RJ - RIO DE JANEIRO - MANDADO DE SEGURANÇA – Relator(a): Min. CELSO DE MELLO – Julgamento: 16/09/1999 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Ressalta-se, por outro lado, que a própria Constituição pode colocar limites à aplicação do direito fundamental ou, ainda, conceder a uma lei ordinária tal prerrogativa, o que, também, torna relativo a aplicação de direito

fundamental, considerando que dependerá, a sua aplicação, de outros requisitos enumerados em lei.

Outrossim, até mesmo por estarem descritos em princípios, a relatividade dos direitos fundamentais é uma característica essencial. Segundo a lição de Guerra Filho:

Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra – por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um “princípio de proporcionalidade” para que se possa respeitar normas, como os princípios – e, logo, também as normas de direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípios -, tendentes a colidir (2001, p. 46)

E, Alexy ao diferenciar princípios de regras, assim nos ensina:

...princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (2012, p. 90)

Não se pode negar, portanto, a relatividade aos direitos fundamentais, os quais serão sempre aplicados na maior medida possível.

2.3 – Da colisão de direitos fundamentais

Como é sabido, vários são os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição, sendo que, não incomum ocorrer, em um dado caso concreto, a colisão entre dois ou mais direitos fundamentais existentes.

Caso fossem regras, a colisão, obrigatoriamente, tornaria pelo menos uma das normas ali aplicadas inválida, o que faria com que a outra prevalecesse. Todavia, os princípios dever-se-ão aplicar para estes casos de formas distintas.

Quando ocorre uma colisão entre direitos fundamentais, o conflito envolverá dois valores ou bens protegidos pela Constituição, o que gera repercussão na própria efetividade da carta constitucional em tutelar os valores e bens nela consagrados.

Em razão disto, não se pode tornar inválido um direito ou princípio fundamental para aplicar o outro, mas sim, um princípio deverá ceder espaço para a aplicação do outro. Segundo Alexy:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. (2012, p. 95/96)

Nota-se, portanto, que, para cada colisão de direitos/princípios fundamentais, um dos direitos terá que ceder espaço para a aplicação do outro, sem que se prejudique e/ou vincule uma nova decisão em outra situação fática que envolva a aplicação dos mesmos direitos envolvidos. Mas qual o princípio que cederá espaço?

Segundo Alexy, considerando o caso concreto, as condições para um princípio prevalecer sobre o outro se dará através do sopesamento de seus dispositivos, ou seja, analisar-se-á qual princípio envolvido deverá prevalecer considerando as condições do caso concreto.

Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quanto elas colidem com princípios antagônicos. (2012, p. 117/118)

Assim, com base na análise ao caso concreto, far-se-á um sopesamento dos direitos fundamentais envolvidos para, a partir da daí, determinar qual o princípio deverá prevalecer, total ou parcialmente, sobre o outro.

2.4 – Princípio da proporcionalidade

Como dito acima, ocorrida a colisão de direitos fundamentais, caberá ao interessado realizar o sopesamento dos princípios envolvidos e, assim, decidir qual dos direitos é o precedente e, em consequência, ordenando sua aplicação no caso concreto e afastando o outro.

Porém, como o interessado fará este sopesamento? Quais são os critérios ou condições para que afaste um direito fundamental para permitir o exercício de outro?

Segundo Rothenburg, a “...*composição (modulação) de princípios guia-se pela proporcionalidade (razoabilidade).*” (1999, pag. 41), ou seja, aplicando o princípio da proporcionalidade, com base no caso concreto, analisar-se-á os valores constitucionais envolvidos para, enfim, decidir qual será o precedente, evitando-se, também, o excesso na aplicação dos princípios.

Ensina Guerra Filho:

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu “núcleo essencial”. (2001, p. 61)

O Princípio da Proporcionalidade, portanto, surge como uma solução prática no sentido de compatibilizar a aplicação de princípios constitucionais conflitantes, não captadas pelo formalismo jurídico ou por ele

negligenciadas, permitindo a melhor aplicação dos princípios que regem um Estado de direito.

Para melhor ser aplicado no caso concreto, o princípio da proporcionalidade apresenta subprincípios (elementos parciais), os quais Alexy, após chama-lo de “*máxima da proporcionalidade*”, chama-os de “*máximas parciais*” de “...adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)...” (2012, p. 116/117).

A adequação refere-se, propriamente, a aplicação do princípio que melhor atua para alcançar o fim baseado no interesse público envolvido, evitando-se, também, abusos e exageros em sua extensão.

Quanto à necessidade, a aplicação do princípio mostra-se a solução melhor possível, não havendo outra menos gravosa ao indivíduo, por não haver outra medida possível para alcançar o objetivo almejado.

Já a proporcionalidade em sentido estrito é a exigência, propriamente dita, do sopesamento dos princípios envolvidos. Segundo Guerra Filho:

O “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o “conteúdo essencial” (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem com que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens. (GUERRA FILHO, 2001, p. 70)

Utilizando-se dos conceitos acima expostos, deve, portanto, o intérprete do direito, ao se deparar com a colisão de direitos fundamentais, utilizar-se do princípio da proporcionalidade para, assim, resolver a tensão gerada, zelando pela maior aplicabilidade possível de cada princípio envolvido.

Por fim, é importante ressaltar que, apesar do princípio da proporcionalidade não estar devidamente expresso em nossa Constituição Federal, é plenamente admissível sua aplicação considerando que se trata de

princípio oriundo da espécie de Estado escolhida pelo nosso constituinte: Estado Democrático de Direito.

Esse princípio, embora não esteja explicitado de forma individualizada em nosso ordenamento jurídico, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do “Estado Democrático de Direito”, pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos. (GUERRA FILHO, 2001, p. 61)

Neste sentido, também ensina Bonavides:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade. (2012, p. 450)

Daí se percebe que, mesmo sem previsão expressa do princípio da proporcionalidade em nosso direito, há previsão implícita no ordenamento jurídico instituído pela Constituição Federal vigente, devendo gerar efeitos em nosso direito.

2.5 – Do princípio do devido processo legal

2.5.1 – Considerações históricas

O Princípio do Devido Processo Legal ou *due process of law* foi consagrado, pela primeira vez na Magna Carta (*Magna Charta*) Inglesa, datada do ano de 1215, na época do reinado de João Sem-Terra.

Quando da sua criação, a ideia da regra era proteger os nobres ingleses dos mandos e desmandos da coroa, tutelando, assim, o seu patrimônio contra a mão interventora do Estado.

Conforme salientou Ferrari:

Nessa época, para que o baronato tivesse a proteção da lei da terra, se tornou certo que nenhum homem livre seria despojado de seus bens, de sua vida, de sua liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, isto é, tratava-se da defesa contra o arbítrio real, do direito a um julgamento conforme o direito, a “lei da terra”, sedimentado nos precedentes judiciais, que exprimiam a *common law*. (2011, p. 647)

Na ocasião, ainda não se utilizava o termo *due process of law*, mas sim *law of the land*, sendo que o termo hoje consagrado somente seria utilizado pela sua primeira vez em 1354, no reinado de Eduardo III, na lei denominada *Statue of Westminster of the Liberties of London*.

Mais tarde, os Estados Unidos da América adotaram o *due process of law* em sua Constituição, fazendo com que tal Princípio se espalhasse por todo mundo.

Nery Junior faz a seguinte ressalva sobre o assunto:

Antes mesmo da Constituição Federal americana, de 1787, alguma constituições estaduais daquele país consagravam a garantia do *due process of law*, como, por exemplo, as de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts, repetindo a regra da *Magna Charta* e da Lei de Eduardo III.

Com efeito, a “Declaração de Direitos” da Virgínia, de 16.8.1776, tratava na secção 8.^a do princípio aqui mencionado, dizendo na parte final desse dispositivo “*that no man be deprived of his liberty, except by the law of hand or the judgement of his peers*”. Dias mais tarde, em 2.9.1776, surgia a “Declaração de Delaware”, que ampliava e explicitava melhor a cláusula em sua secção 12: “*That every freeman for every injury done him in his goods, lands or person, by any other person, ought to have justice and right for the injury done to him freely without sale, fully without any denial, and speedily without delay, according to the land of the law*”.

Mas foi a “Declaração dos Direitos” de Maryland, de 3.11.1776, que fez, pela primeira vez, expressa referência ao trinômio, hoje insculpido na Constituição Federal Norte-americana vida-liberdade-propriedade, dizendo, em seu inciso XXI, “*that no freeman ought to be taken, or imprisoned, or disseized of his freehold, liberties, or privileges, or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty, or property, but by the judgement of his peers, or by the law of the land*”.... (2013, p. 93/94)

Nos dias de hoje, ninguém nega a importância deste Princípio, o qual é elemento essencial de todo Estado Democrático de Direito, inclusive o brasileiro como se verá a seguir.

2.5.2 – Conceito

Mas, afinal de contas, no que consiste o Princípio do Devido Processo Legal ou *due process of law*, adotado pelos ingleses e norte-americanos e que se espalhou por todo mundo.

A Emenda nº 5, de 1791, à Constituição Federal norte-americana dispunha que “ninguém será privado da vida, liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal”.

O constituinte brasileiro somente adotou, expressamente, tal princípio na Constituição Federal de 1988, apesar de deixar implícito nas anteriores, quando preceituou, no inciso LIV, do artigo 5º, no título nomeado “Princípios e Garantias Individuais Fundamentais” que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Em razão do texto constitucional acima transcrito, várias são as definições conferidas por doutrinadores brasileiros. Para Ferrari:

...o direito ao devido processo legal é mais uma garantia do que um direito, que visa proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, pela aplicação da lei, caracterizando a essência do Estado de Direito. Trata-se de um conjunto de garantias constitucionais que asseguram às partes o exercício de seus poderes ou faculdades processuais, bem como o correto exercício da jurisdição, vale dizer, o direito a um processo adequado ao caso concreto, que, embasado no contraditório e na ampla defesa, seja favorável à realidade social e à aplicação do direito material à relação controvertida. (2011, p. 647)

Já para Silva:

Garante-se o *processo*, e “quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”, conforme autorizada lição de Frederico Marques. (2005, p. 432)

Nery Junior conceituou o referido Princípio do Devido Processo Legal atribuindo três sentidos: genérico, material e processual.

Em sentido genérico, entende-se que o princípio do devido processo legal deve ser entendido pelo “trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em sentido mais amplo e genérico” (2013, pag. 94)

Assim, todo o desejo ou pretensão de violar a vida, a liberdade e a propriedade está protegida pela *due process of law*, sendo que deverá, necessariamente, o interessado agir em conformidade com a lei, submetendo-se, se for o caso, ao Estado-juiz e aos procedimentos estabelecidos em lei, para conseguir o amparo a sua tutela inicial.

É importante mencionar que a vida, liberdade e propriedade devem ser entendidas em sentido amplo, ou seja, por exemplo, a liberdade não diz respeito a, unicamente, o direito de ir e vir, mas inclui, em seu conceito, a liberdade de expressão, de opinião, de religião, etc.

O sentido genérico, acima referido, tem a sua caracterização dividida em *substantive due process* (sentido material) e *procedural due process* (sentido processual).

A clausula *due process of law* não indica somente a tutela *processual*, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material e, de outro lado, à

tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo. (2013, p. 96)

No sentido material, o devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito substantivo, especialmente nos ramos do direito abrangidos pelo direito público, sendo que, no direito privado, ainda prevalece o princípio da autonomia da vontade.

O devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial. No direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é do que manifestação da cláusula *substantive due process*. Os administrativistas identificam o fenômeno do *due process*, muito embora sob outra roupagem, ora denominando-o de garantia da legalidade e dos administrados, ora vendo nele o postulado da legalidade. Já se identificou a garantia dos cidadãos contra os abusos do poder governamental, notadamente pelo exercício do poder de polícia, como sendo manifestação do devido processo legal.

No direito privado prevalece o princípio da autonomia da vontade com a conseqüente liberdade de contratar, de realizar negócios e praticar atos jurídicos. Podem ser praticados quaisquer atos, mesmo que a lei não os preveja, desde que não atentem contra normas de ordem pública ou contra os bons costumes: o que não é proibido é permitido. É o que se denomina de princípio da *atipicidade* dos negócios jurídicos privados. (...) (2013, p. 97)

Já no sentido processual, o devido processo legal assume o conceito que se dá, classicamente, ao princípio, tendo o interessado a garantia de que, somente após um processo em que se respeitou as regras legais previamente estabelecidas, terá a sua liberdade, vida ou patrimônio violados.

E é nesse sentido unicamente processual que a doutrina brasileira tem empregado, ao longo dos anos, a locução do “devido processo legal”, como se pode verificar, *v.g.*, da enumeração que se fez das garantidas dela oriundas, *verbis*: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado em condenado com base em provas

ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a autoincriminação. Especialmente quanto ao processo civil, já se afirmou ser manifestação do *due process of law*: a) igualdade de partes; b) garantia do *jus actionis*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório. (2013, p. 99/100)

Entretanto, segundo Nery Junior, em razão de tal princípio ter-nos advindo do sistema americano, o princípio deve ser empregado no sentido genérico:

E foi neste sentido genérico, amplo, que a locução vem expressamente adotada na CF 5º LIV, que fala em proteção em liberdade e de seus bens, com nítida inspiração nas Emendas 5ª e 14ª à Constituição dos Estados Unidos. (2013, p. 95)

Por qualquer ângulo que se analise tal princípio, o devido processo legal deve ser entendido com o intuito de preservação de direitos relacionados a vida, liberdade e ao patrimônio, tanto na esfera processual quanto na material, atendendo, assim, a essência do princípio de origem inglesa.

2.5.3 – Considerações gerais

O Princípio do Devido Processo Legal (*due process of law*), diante da importância assumida em face da sua influência na esfera do direito processual, segundo Duarte e Oliveira, deve ser visto como uma garantia processual fundamental:

O princípio do devido processo legal é, por assim dizer, a garantia maior do indivíduo contra a face arbitrária do Estado, eis que lhe assegura, antes da submissão a qualquer sanção estatal, um processo judicial que lhe permita a discussão da legitimidade da afetação de sua pessoa, de seu patrimônio, de sua órbita jurídica.

Numa frase, o devido processo legal é o baldrame do edifício processual. (DUARTE; OLIVEIRA – 2012, p. 35/36)

Isto se dá, especificamente, em razão da adoção, pelo Estado, salvo raríssimas exceções, do processo como forma para resolver os litígios

nascidos em sua esfera de atuação. E o Estado, além de eleger o processo como meio de solução de litígios, assume, para si, o papel de árbitro das demandas.

Em face desta situação, necessário se criar regras claras e previamente estipuladas para que este meio de resolução de conflitos discorra de uma forma capaz de proporcionar aos sujeitos processuais uma participação equânime contribuindo para, ao final, o Estado-juiz ter condições de proferir uma sentença justa.

Diante deste fato, o processo pode ser considerado o centro do direito processual, como bem define Fernandes:

O processo constitui o pólo metodológico do direito processual, aquele do qual irradiam os outros institutos fundamentais: jurisdição, ação e defesa. Daí serem examinadas primeiramente as normas constitucionais sobre o instituto do processo.

É o processo o palco no qual devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperadora, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu). Nenhuma dessas atividades deve ser o centro, impondo-se sobre as partes é reflexo do exagerado intervencionismo estatal. Prestigiar a ação é ressaltar a atividade do autor em detrimento da atuação do Estado e da defesa. Colocar a defesa como a razão do processo é, também, valorizar uma das partes da relação jurídica processual em prejuízo da outra. O processo é o ponto de convergência e de irradiação. É nele e por meio dele que alguém pode pleitear a afirmação concreta de seu direito. E através do processo que o juiz, como órgão soberano do Estado, exerce a sua atividade jurisdicional e busca, para o caso, a solução mais justa. (2002, p. 31)

Se o processo é o centro irradiador do direito processual civil, os princípios que o informam e suas regras disciplinadoras são, da mesma forma, de importância fundamental ao direito processual e ao próprio Estado.

Além disso, a adoção deste Princípio cria, para as pessoas, o direito de somente serem privadas de sua liberdade e da propriedade de seus bens através de um prévio processo judicial que tenha obedecido as regras de direito vigentes. Neste sentido, Dantas:

Ao dispor expressamente, no supramencionado art. 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, a Constituição Federal

pretendeu deixar claro que somente por meio da atividade jurisdicional, exercida com exclusividade pelo Estado, é que o indivíduo poderá perder sua liberdade ou seus bens, não sendo possível sofrer tais gravames por meio de atos praticados por outrem, inclusive pela própria Administração, sem a intervenção do Poder Judiciário.

Ademais, como nos lembra Cândido Rangel Dinamarco, referido dispositivo constitucional também tem por objetivo “proclamar a autolimitação do Estado no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República Brasileira. (2012, p. 33)

Também nos ensina Ferrari:

Na verdade, o direito ao devido processo legal é mais uma garantia do que um direito, que visa proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, pela aplicação da lei, caracterizando a essência do Estado de Direito. Trata-se de um conjunto de garantias constitucionais que asseguram às partes o exercício de seus poderes ou faculdades processuais, bem como o correto exercício da jurisdição, vale dizer, o direito a um processo adequado ao caso concreto, que, embasado no contraditório e na ampla defesa, seja favorável à realidade social e à aplicação do direito material à relação controvertida (2011, p. 647)

Deste princípio, aliás, decorrem outros de relevante importância ao processo, tudo para garantia a prestação da tutela jurisdicional adequada:

Ao mesmo tempo em que anotamos que esse princípio constitucional, talhado no inciso LIV do art. 5º da CF, encontra origem na jurisprudência anglo-saxônica, equiparando-se ao *due process of law*, verificamos que a doutrina por vezes afirma que esse princípio seria gênero, dele se originando os demais, como espécies. (MONTENEGRO – 2010, p. 25)

O Supremo Tribunal Federal, no HC 94016/SP - SÃO PAULO (HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 16/09/2008 - Órgão Julgador: Segunda Turma), garantiu aos brasileiros e aos estrangeiros o direito ao devido processo legal dentro do território nacional, proporcionando-os, em consequência, todos os direitos daí decorrentes:

A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não

legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. - **Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.(grifo nosso)**

Nesta mesma decisão, o mesmo Tribunal fixou os desdobramentos legais da adoção do princípio do devido processo legal em nosso direito:

.....A ESSENCIALIDADE DO POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, QUE SE QUALIFICA COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA PRÓPRIA "PERSECUTIO CRIMINIS". - O exame da cláusula referente ao "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes.....

Deve-se ressaltar, ainda, que o princípio do devido processo legal informa e regula todos os atos processuais, do início até o seu final da ação judicial, zelando sempre pelo cumprimento da lei e dos princípios de direito, os quais são essenciais a um Estado Democrático de Direito como o brasileiro:

Em termos processuais, cabe-nos indicar que o princípio do devido processo legal está presente desde a formação do processo até o seu último ato, já na fase de execução. O fato de a lei exigir que a petição inicial preencha os requisitos essenciais é decorrência do princípio em análise, daí defluindo todas as demais regras processuais, como as que exigem que a citação seja aperfeiçoada de forma válida; que ao réu seja

conferido o direito de defesa; que as partes tenham oportunidade de produzir provas; que o magistrado prolate sentença fundamentada ao término da instrução etc. (MONTENEGRO, 2010, p. 25)

Por isso, segundo Nery Junior, o devido processo legal deve ser elevado a Princípio Fundamental do Processo Civil:

O princípio constitucional fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do *devido processo legal*, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A Constituição Federal brasileira de 1988 fala expressamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*” (CF art. 5º LIV) (grifamos).

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantissem aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies.

Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do “devido processo legal” a publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim os postulados do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular. (2013, p. 92) (grifo nosso)

Ademais, reconhecendo a sua relevância para o Estado Brasileiro, o Supremo Tribunal Federal adotou o princípio do devido processo legal como uma condição para se autorizar, naquele tribunal, a extradição de uma pessoa acusada de um delito no exterior:

EXTRADIÇÃO E NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO ESTADO DE DIREITO E DO RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS. CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, ARTS. 5º, § 1º E 60, § 4º. (...) **Obrigação do Supremo Tribunal Federal de manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos.**

2. Informações veiculadas na mídia sobre a suspensão de nomeação de ministros da Corte Suprema de Justiça da Bolívia e possível interferência do Poder Executivo no Poder Judiciário daquele País.

3. **Necessidade de se assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando.**

4. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos

estatais a esses direitos deve obrigar o estado a guardar-lhes estrita observância.

5. Direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da constituição (art. 60, § 4º).

(Ext 986/BO – BOLÍVIA EXTRADIÇÃO - Relator(a): Min. EROS GRAU - Julgamento: 15/08/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno) (grifo nosso)

Diante da fundamental importância conferida ao devido processo legal pelo nosso direito, inclusive preservando os direitos das pessoas e do próprio Estado, inegável a sua natureza de princípio fundamental do direito processual brasileiro.

CAPÍTULO III – DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

3.1 – Considerações Gerais

Agregado ao Princípio do Devido Processo Legal, o Princípio da Segurança Jurídica visa proporcionar a toda população e ao próprio Estado a estabilidade e previsibilidade necessária dos atos e fatos jurídicos de uma sociedade, objetivando preservar, assim, o conhecimento prévio das consequências jurídicas de um acontecimento e a toda ordem social.

Ora, toda pessoa, em uma sociedade, deseja que haja estabilidade em suas relações jurídicas com seus pares e com o Estado, ou seja, espera que as ações de cada pessoa, inclusive do Estado, sejam pautadas por parâmetros pré-estabelecidos, permitindo, com isso, a preservação de seus interesses individuais e dos interesses mais relevantes para a própria sociedade.

Com o conhecimento prévio das consequências jurídicas de cada ato, toda pessoa poderá, conseqüentemente, averiguar qual é o melhor comportamento para o caso que se apresenta, medindo conseqüências e antevendo resultados, planejando, assim, o seu destino dentro da sociedade.

Canotilho afirma que “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.” (2000, p. 256).

Daí se concluir que, tanto em razão das ações de terceiros em face de si, como, também, com relação à ação da própria pessoa na sociedade, o Princípio da Segurança Jurídica confere a todos a previsibilidade necessária dos atos realizados em sociedade, o que proporcionará a cada um a estabilidade indispensável para suas relações jurídicas.

Acrescenta Ávila

O princípio da segurança jurídica determina a busca dos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade no Direito. Esses ideais (porém, e com a permissão para o emprego de uma metáfora) compõem apenas a parte da segurança jurídica

que pode ser vista acima do mar, tal qual um *iceberg*, cuja ponta esconde uma imensa, extensa e profunda base submersa. Como o princípio da segurança jurídica delimita os contornos daquilo que é indispensável para que o cidadão possa, de acordo com o Direito, plasmar o seu presente e planejar, livre e autonomamente, sem engano ou injustificada surpresa, o seu futuro, inquiri-lo é, a um só tempo, investigar, de um lado, os direitos de liberdade, de igualdade e de dignidade e, de outro, os princípios relativos à atividade estatal. Mais do que isto: os ideais que o integram revelam, indiretamente, o tipo de sociedade que se visa constituir, pelos tipos de Estado e de cidadão que resultam da sua configuração. A exigência de cognoscibilidade permite que o cidadão possa “saber” aquilo que “pode ou não fazer” de acordo com o Direito. Essa exigência, dentro de um estado de confiabilidade e de calculabilidade, capacita-o a, com autonomia e com liberdade, “fazer ou não fazer”, de modo que possa “ser ou não ser” aquilo que deseja e que tem condições de ser. A segurança jurídica, em outras palavras, é um instrumento para que o cidadão possa saber, antes e com seriedade, o que pode fazer, de modo que possa melhor ser o que pode e quer ser. Como pontifica Ataliba, seguros são os cidadãos que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discrepam. Em suma, a segurança jurídica é instrumento de realização da liberdade, e a liberdade é meio de realização da dignidade. (2012, p. 95)

O professor Barroso incluiu outras considerações sobre o Princípio da Segurança Jurídica, apresentando-as como:

...conjunto abrangente de ideias e conteúdos, que incluem: 1. A existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. A confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. A estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. A previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. A igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas. (2005, p. 133)

Por tudo o que foi narrado acima, nessa busca por estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas de um povo, o direito é instrumento indispensável para conferir à sociedade a merecida segurança em suas relações sociais, proporcionando os mencionados parâmetros e limites da conduta social e, também, a previsão das consequências jurídicas de cada ato,

conferindo, ao sistema, a necessária coercitividade, preservando a finalidade primordial do próprio direito que é a paz social.

A segurança jurídica e a harmonia das relações sociais representam a essência da proteção e da certeza do direito, e em seu nome é que se busca a sua realização. É em nome dela que se desenvolve todo o objeto da ciência do direito. (FERRARI, 2011, p. 665)

Assim sendo, a segurança jurídica e o Direito Positivo são indissociáveis, sendo que cabe a este dizer qual é a conduta estatal permitida e/ou proibidas, tudo para proporcionar a ação dos cidadãos na realização de seus interesses.

Em razão do exposto, percebe-se a importância social do Princípio da Segurança Jurídica, tornando-se direito constitucional indispensável e salutar em qualquer Estado Democrático de Direito.

3.2 – Abordagem histórica do princípio da segurança jurídica

No Estado contemporâneo, a segurança jurídica é considerada um direito fundamental do homem, considerando que a estabilidade e a previsibilidade nas suas relações jurídicas faz com que lhe sejam garantidas à própria vida social.

Daí se nota a importância da adoção da segurança jurídica como um princípio de Estado de Direito, podendo ser elevado, inclusive, a pressuposto da sua existência, considerando que é função estatal garantir o cumprimento das leis, conferindo estabilidade e confiança nas relações sociais indispensáveis ao seu desenvolvimento. Percebe-se, portanto, que a ideia de Estado de Direito está, intimamente, ligada a de segurança jurídica.

A ideia de segurança jurídica está ligada à concepção de Estado de Direito, isto é, a noção de que, em um determinado Estado, a lei nasce por todos e para todos e submete a todos, inclusive aos governantes, ao Poder Público, ou seja, a legitimidade do exercício do poder repousa na legalidade, na sua juridicidade. Porém, não basta que a segurança jurídica esteja protegida a simples submissão à lei, é necessário que as leis decorram da vontade livre do povo, representada no Legislativo, e que o Judiciário seja composto por juízes

independentes, “que não temam contrariar, com suas decisões, o interesse do Estado”. (FERRARI, 2011, p. 666)

Por isso que o surgimento do Estado de Direito é essencial para conferir à segurança jurídica a importância e relevância que detém hoje, pois, antes do Estado Moderno, soberana era a vontade do monarca.

Entretanto, foi ainda no período medieval que se deu um grande salto em favor da segurança jurídica com a Magna Carta, documento conquistado pelos barões feudais saxônicos junto ao rei João “sem terra” no limiar do século XIII, que impôs, pela primeira vez, limites aos poderes do rei, criando regras relativas ao juiz natural, a legalidade tributária e ao instituto do habeas corpus.

Tais ideais também foram adotados pela Constituição dos Estados Unidos da América e da França, espalhando-se, daí em diante, por todo mundo ocidental.

No entanto, deve-se esclarecer que a adoção do status de “princípio” da segurança jurídica e sua presença maciça nos ordenamentos jurídicos dos Estados não se realizaram em um único momento histórico. Na verdade, a sua adoção pelos Estados se deram em momentos diferentes, mas com certeza, a sua universalização só se deu depois após a declaração universal dos direitos humanos (1948).

Com isso, não se pode deixar de se associar a parte histórica da segurança jurídica à própria origem dos direitos fundamentais e ao surgimento do Estado de Direito, mesmo porque, a existência de poderes ilimitados e soberanos faz com a estabilidade e previsibilidade não seja uma constante.

3.3 – O princípio da segurança jurídica na constituição federal de 1988

Em nosso país, a Constituição brasileira atual referiu-se à segurança como valor fundamental, arrolando-a no *caput* do artigo 5º como direito inviolável, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade; todavia, não fez menção específica à segurança jurídica.

Mesmo assim, ainda que não se tenha adotado expressamente a segurança jurídica como um direito fundamental, a Constituição Federal possui

inúmeros dispositivos que lhe tutelaram, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXV (juiz natural), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável), entre outros, todos de seu artigo 5º, deixando sua existência implícita.

No Brasil, o direito à segurança jurídica é o princípio constitucional implícito, ou seja, não vem expresso na Constituição, mas é bom lembrar que, embora não escrito, se encontra inserido no sistema, em decorrência do conteúdo das normas expressas.

Carlos Ari Sundfeld afirma: “Os princípios implícitos são tão importantes quanto os explícitos; constituem, como estes, verdadeiras normas jurídicas. Por isso, desconhece-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros princípios”. (FERRARI, 2011, p. 667)

Além disso, deve-se ressaltar que, consoante disposto no art. 1º, da Constituição Federal, nosso país “constitui” um Estado “Democrático de Direito”. Se assim o é, e considerando que a segurança jurídica faz parte da essência destas espécies de Estado, não se pode negar que nosso país adotou, mesmo que implicitamente, o Princípio da Segurança Jurídica.

Como se disse, trata-se de princípio agregado ao Estado Democrático de Direito, pois para que se possa dizer, efetivamente, esteja o mesmo plenamente configurado, é imprescindível a garantia da estabilidade jurídica, de segurança de orientação e realização do Direito.

Assim considerado o princípio, nota-se que é irrelevante a menção expressa, na Constituição Federal, acerca da coisa julgada – muito embora a Constituição Federal brasileira o faça, o art. 5º, inciso XXXVI, no sentido de não se permitir à lei retroagir para atingir a coisa julgada – já que esta é umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito. Com efeito, ausentes a segurança, a estabilidade e a previsibilidade, o Direito “se constituiria, de certa forma mesmo, até em fator de insegurança”. Esta, pois, é a finalidade da coisa julgada, e seu respectivo embasamento jurídico. (MEDINA; WAMBIER; 2012, p. 296/297)

Assim sendo, não restam dúvidas de que o Princípio da Segurança Jurídica foi adotado por nosso constituinte, inclusive como Princípio

Fundamental de sua existência, considerando ser da essência de todo Estado Democrático de Direito a estabilidade e a previsibilidade das condutas sociais.

3.4 – Conceito

Neste contexto, percebe-se a importância que o Princípio da Segurança Jurídica adquiriu no Estado Democrático de Direito brasileiro, pois encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas: envolvem, em seu conteúdo, conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas.

Em outra perspectiva, pode-se entender que a segurança jurídica representa a própria necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito. Há de se perceber o quanto antes que há um grave problema num direito variável de acordo com o caso.

Nota-se, portanto, que a segurança jurídica guarda relação direta com a previsibilidade e estabilidade nas relações jurídicas e sociais dos integrantes de um Estado, tanto sua população como o próprio ente estatal.

Em razão disto, Silva, adotando o conceito de Jorge Reinaldo Vanossi, afirmou que a “...segurança jurídica consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. (2005, p.433).

Por outro lado, a segurança jurídica pode assumir dois sentidos: um amplo e outro estrito. O último consiste na garantia de estabilidade e certeza das relações jurídicas, permitindo que todas as pessoas antevejam as consequências de suas condutas e que, em contrapartida, não serão atingidos

por uma futura mudança legislativa. A segurança jurídica em sentido amplo está associada à garantia geral dos direitos consagrados constitucionalmente.

Consequentemente, percebe-se que a segurança jurídica em sentido amplo se identifica com a própria segurança do direito, embora aquela não dependa necessariamente de regras escritas, pois a ordem jurídica pode ser segura mesmo em países como a Inglaterra, onde se adota uma Constituição baseada em documentos históricos e regras costumeiras.

Já a segurança jurídica em sentido estrito está mais focada no aspecto formal da norma, sendo importante se constatar o momento exato da entrada em vigor de uma lei e da revogação daquela que a antecedia. Aqui a segurança jurídica relaciona-se, ainda, aos efeitos temporais das leis, os quais, como regra, não poderão retroagir para atingir fatos consumados sob a vigência da lei anterior.

De qualquer forma, a segurança jurídica é um princípio consagrado em nosso direito com a finalidade de proporcionar ao Estado e a todo indivíduo a estabilidade e previsibilidade nas relações jurídicas que desempenham em nossa sociedade, preservando, assim, os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição e, ao final, proporcionando a paz social e o bem-estar de todos.

3.5 – A segurança jurídica e o direito processual civil

A desejada estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas e sociais existentes em uma sociedade política são proporcionadas através da ação direta do próprio Estado que, pelos seus órgãos legislativos, criam regras e, assim, padronizam a vida em sociedade.

São as leis, fontes primárias, que, ao estabelecerem normas e regras para vida em sociedade, proporcionam a toda pessoa a liberdade necessária para alcançar seus objetivos sociais, preservando, paralelamente, a sociedade e o ente estatal.

Por outro lado, a lei é o que torna as relações jurídicas e sociais estáveis e seguras, sendo uma importante fonte de segurança jurídica, a qual se faz complementada pela ação pontual de outro órgão estatal: o judiciário.

Após a instituição de leis, cabe ao poder judiciário conceder a justa e real interpretação de seu texto, proporcionando, assim, a manutenção da ordem social e a devida previsibilidade na resolução dos conflitos.

Pense no que ocorreria se um direito, devidamente reconhecido em texto legal e em conformidade com a lei máxima, não recebesse, do Poder Judiciário, a aplicação em conformidade com o ali estabelecido: tal situação geraria, com certeza, a tão indesejada insegurança jurídica.

Desta hipótese, percebe-se a importância da ação do Poder Judiciário para assegurar aos seus usuários a devida segurança jurídica em suas relações cotidianas, pois é o aplicador, ao final de um processo, que confere à lei seu significado e os seus reais contornos. Ensina Ferrari:

...a teoria realista considera que o direito real e efetivo é o declarado pelos tribunais ao decidirem um caso concreto, isso porque o legislador, ao criar a norma jurídica, a partir dos valores preponderantes de uma dada comunidade, emite palavras que só entrarão em ação com a sentença judicial. Recaséns Siches ensina que o magistrado completa a obra do legislador, e que só se sabe o direito quando a sentença, avaliando as situações individuais e concretas, faz com que prevaleçam os valores que inspiraram a elaboração da lei. De tal modo que o processo de criação jurídica vai desde o trabalho do legislador até a sentença judicial e a decisão administrativa, sem solução de continuidade. (2011, p. 665)

Por outro lado, é importante se dizer que o Poder Judiciário não age sem a devida provocação dos interessados e sem qualquer critério previamente estabelecido; na verdade, garantidor da segurança jurídica que é, o Poder Judiciário não poderia pautar sua atuação senão de forma estável e conhecida pelas partes.

Assim sendo, o poder judiciário somente atuará após ser provocado pelo interessado na forma estabelecida pela legislação de nosso país e, em respeito aos direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal, decidirá o conflito de interesses que lhe foi deduzido.

Nota-se, portanto, que as regras processuais, como, aliás, toda lei, são instrumentos geradores de estabilidade e previsibilidade nos atos processuais, o que proporciona, nas relações entre partes e juiz, a segurança jurídica necessária para garantir a paz social.

DIREITO INSTRUMENTAL - ORGANICIDADE. As balizas normativas instrumentais implicam segurança jurídica, liberdade em sentido maior. Previstas em textos imperativos, não de ser respeitadas pelas partes, escapando ao critério da disposição.

INTIMAÇÃO PESSOAL - CONFIGURAÇÃO. Contrapõe-se à intimação pessoal a intimação ficta, via publicação do ato no jornal oficial, não sendo o mandado judicial a única forma de implementá-la.

PROCESSO - TRATAMENTO IGUALITÁRIO DAS PARTES. O tratamento igualitário das partes é a medula do devido processo legal, descabendo, na via interpretativa, afastá-lo, elidindo prerrogativa constitucionalmente aceitável.

RECURSO - PRAZO - NATUREZA. Os prazos recursais são peremptórios. RECURSO - PRAZO - TERMO INICIAL - MINISTÉRIO PÚBLICO. A entrega de processo em setor administrativo do Ministério Público, formalizada a carga pelo servidor, configura intimação direta, pessoal, cabendo tomar a data em que ocorrida como a da ciência da decisão judicial. Imprópria é a prática da colocação do processo em prateleira e a retirada à livre discrição do membro do Ministério Público, oportunidade na qual, de forma juridicamente irrelevante, apõe o "ciente", com a finalidade de, somente então, considerar-se intimado e em curso o prazo recursal. Nova leitura do arcabouço normativo, revisando-se a jurisprudência predominante e observando-se princípios consagradores da paridade de armas. **(RE 213121 AgR/SP - SÃO PAULO - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO - Julgamento: 21/10/2008 - Órgão Julgador: Primeira Turma)** (grifo nosso)

Pelo exposto, percebe-se que o Princípio da Segurança Jurídica tem plena e constante aplicação no direito processual civil, agindo em conjunto com o Princípio do Devido Processo Legal, tem a finalidade de estabilizar as relações entre partes e Estado, proporcionando um julgamento justo em conformidade com a Lei.

CAPÍTULO IV – PROVA NO PROCESSO CIVIL

4.1 – Jurisdição e a prova

O Estado contemporâneo detém, entre suas funções, a jurisdicional. Assim sendo, sempre que ocorre um conflito de interesses dentro de seu território, incumbirá ao Estado promover a solução do conflito, pacificando a sociedade e zelando pelo bem comum.

Para isto, o Estado necessita de um meio idôneo para resolução de tais conflitos: o processo.

O processo inicia-se pela vontade das partes que, em regra, comparecem em Juízo, voluntariamente, solicitando a intervenção do Estado em um conflito e, com base no ordenamento jurídico do próprio Estado, requer a tutela de seu direito material violado ou em perigo.

Apresentado o conflito de interesses em Juízo, caberá o órgão julgador identificar a norma de direito material aplicável ao caso e, bem como, reconstruir os fatos narrados pelas partes, constatando, conseqüentemente, a veracidade das alegações das partes.

Salienta-se que a apuração dos fatos e a identificação da norma de direito material aplicável ao caso concreto são essenciais para um pronunciamento justo, constituindo verdadeiros pontos de referência para o processo mental executado pelo julgador.

Segundo a máxima latina do *jura novit cúria*, o direito é de conhecimento do órgão judicial, não podendo o julgador negar o julgamento por este motivo e, em conseqüência, independe de sua efetiva demonstração em Juízo pela parte interessada.

Por outro lado, no que tange aos fatos, a sua ocorrência deve ser, em regra, demonstrada em Juízo, sendo este requisito indispensável para que a parte interessada possa usufruir de um direito material resguardado em lei e que veio requerer em Juízo. Esta confirmação da ocorrência dos fatos narrados pela parte interessada se fará através da prova.

Nota-se que, “...pela prova se busca investigar a verdade dos fatos ocorridos, sobre os quais será fixada a regra jurídica abstrata, que regerá determinada situação.” (MARINONI, 2011, p. 27)

Com a prova, portanto, confirmar-se-á ou não a ocorrência dos fatos narrados pelas partes, o que permitirá à jurisdição a aplicação do direito material ao caso concreto, solucionando o litígio.

Para Marques:

explica muito bem Enrico Tullio Liebman que toda afirmação 'feita em juízo, pelas partes, consiste, em última análise, em deduzir determinadas consequências jurídicas da existência de alguns fatos que se dizem acontecidos no passado. O juiz, porém, a quem tais afirmações se dirigem, nada sabe sobre os fatos; é necessário, portanto, dar-lhe a possibilidade de formar uma opinião sobre a verdade ou falsidade do que foi afirmado. Este é, precisamente, o objetivo das provas. Para o juiz, a atividade probatória tem por fim chegar ao conhecimento da verdade a respeito daqueles fatos. (1972, p. 281)

Percebe-se, portanto, que não basta à parte narrar fatos em Juízo e pleitear o direito material consagrado no ordenamento jurídico; necessário se faz que, além dos itens narrados acima, produza-se provas suficientes para demonstrar a ocorrência dos fatos, proporcionando ao Juiz conhecê-los e aplicar, com segurança, o direito material invocado.

Almeida, ao enfrentar o assunto, assim afirma:

A tutela de um direito é realizada em dois momentos interdependentes e complementares, quais sejam: sua atribuição pela ordem jurídica (tutela jurídica) e a sua realização coativa pelos órgãos jurisdicionais, na hipótese de não observância espontânea (tutela jurisdicional). Contudo, a concessão de tutela jurisdicional de um direito não constitui resultado automático da afirmação, em juízo, da sua titularidade, pressupondo a prévia confirmação da sua existência, o que, por sua vez, pressupõe a prova da ocorrência do seu fato constitutivo. Com isso, sustenta-se que no processo é a prova que dá vida ao direito, constituindo, dessa forma, a sua alma. (2013, p.12)

Pode-se concluir, conseqüentemente, que não há direito material reconhecido em Juízo se não houver prova do acontecimento dos fatos narrados entre as partes, sendo esta, portanto, indispensável não só à parte, que vem a Juízo pleitear ou defender um direito material, como, também, ao próprio Estado-juiz, que, através do processo, aplica seu ordenamento jurídico e zela pela paz social.

Ora, o processo é meio de solucionar conflitos de interesses, devendo atribuir, a cada um, aquilo previsto no ordenamento jurídico. Assim sendo, o Estado deseja que o julgador tenha integral conhecimento dos fatos para que profira um julgamento conforme o direito material, ou seja, justo.

Por outro lado, quando um Juiz deixa de aplicar uma regra ou aplica-a em razão da deficiência de provas, sem a certeza necessária portanto, tal situação pode ocasionar em, ao invés de solucionar o conflito de interesses, no agravamento da animosidade das partes e, em consequência, no questionamento sobre a própria atuação da jurisdição e a validade das regras jurídicas.

Em suma, no contexto do processo judicial, a prova permite, a um só tempo, realizar concretamente o Direito Subjetivo e conferir efetividade ao Direito Objetivo, sendo relevante mencionar que a justiça da decisão tem por pressuposto a sua fundamentação na verdade, que é revelada no processo pela prova, e conduz à verdadeira pacificação social, o que vincula a prova à justiça e, por meio desta, à pacificação social: a prova permite chegar à verdade; a verdade torna justa a decisão; a justiça da decisão conduz à paz social (ALMEIDA, 2013, p.12)

A prova em um processo possui, portanto, uma acentuada importância à parte interessada, ao processo e ao próprio Estado, considerando que é pré-requisito para reconhecimento de um direito material à parte e, em consequência, para que o processo alcance seu objetivo maior que é a distribuição de Justiça e para que o Estado preserve seu ordenamento jurídico e a paz social.

4.2 – Conceito de prova

Dada à importância da prova na solução de um litígio dentro de um processo, faz-se necessária a conceituação do tema.

O termo prova, oriundo do latim *probatio*, é definido por Chiovenda (1969) como “a convicção do juiz sobre a existência, ou não, de fatos relevantes no processo”. Nessa mesma linha, Liebman conceituou prova como “os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso

para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico” (apud MARINONI e ARENHART, 2011, p. 57).

Todavia, segundo Silva, nos meios jurídicos, é empregado com vários sentidos: primeiramente, como ação de provar, de fazer a prova, dizendo-se, nessa acepção, que cabe fazer a prova a quem alega; por outro lado, como meio de comprovação (testemunhal, documental, etc); e, por fim, como resultado de atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade (1998, p. 337/338).

Para Cambi, nesta concepção plural do termo prova, destaca-se a noção tripartida, que a conceitua como atividade, meio e resultado:

Como atividade, a prova é sinônimo de instrução ou conjunto de atos, realizados pelo juiz e pelas partes, com a finalidade de reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão. O complexo de atividades, mais ou menos regulado pela lei, denomina-se procedimento probatório.

Como meio, a prova é vista como um instrumento pelo qual as informações sobre os fatos são introduzidas no processo. A prova, nesse sentido, visa a formação de convencimento do juiz (*iudici fit probatio*) sobre a existência ou não dos fatos constante do *thema probandum*.

Como resultado, prova é sinônimo de êxito ou de valoração, consubstanciado na convicção do juiz. Percebe-se, por esse aspecto, que a noção de prova envolve aspectos objetivos (atividades, meios), mas também subjetivos (está voltada a buscar a verdade ou a certeza dos fatos discutidos no processo). O juiz pode formar livremente a sua convicção; todavia, essa liberdade não é irrestrita, não se confundindo com o arbítrio. Com efeito, deve ser exercida com responsabilidade e, por isso, exige-se que o juiz motive racionalmente a sua decisão. Para poder motivar sua decisão, o juiz, na atividade de valoração da prova, deve, basicamente, comparar aquilo que foi alegado com aquilo que foi provado. Havendo dúvidas quanto à existência dos fatos, o juiz, para melhor esclarece-los, pode valer-se dos poderes de iniciativa probatória, previstos na lei processual, e, persistindo as incertezas, aplicar o art. 333, do CPC, como *regra de julgamento*. (2001, p. 48/49)

Santos, em sua obra prova judiciária no cível e comercial, entende que a prova pode ser entendida em dois sentidos: um subjetivo (crença na certeza dos fatos) e outro objetivo (meios admitidos ou impostos na lei para se chegar a esta convicção) (1952, vol.1, p. 17/18).

Dinamarco afirma que “prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante os quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento.” (2009, p. 42).

Neste sentido, Almeida noticia o entendimento de Hernando Devis Echandia:

Hernando Devis Echandia também combina os vários sentidos do vocábulo prova, afirmando que uma noção integral da prova não pode desprezar a noção de prova como meio utilizado para levar o juiz ao conhecimento dos fatos, atividade que pode levar o juiz à certeza sobre os fatos e convicção gerada na mente do juiz sobre a veracidade dos fatos objeto da controvérsia, sustentando, a partir do seu ponto de vista, que prova é o “conjunto dos motivos ou razões, que dos meios aportados se deduzem e que nos subministram o conhecimento dos fatos, para os fins do processo” e, ainda, que provar é “aportar ao processo, pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, os motivos ou as razões para levar ao juiz ao convencimento ou à certeza sobre os fatos”. (2013, p. 31)

Por outro norte, Marinoni e Arenhart (2011) afirmam que todo conceito de prova que afirma se tratar de uma reconstrução de um fato pretérito para gerar convicção de certeza ao juízo já está superado, considerando que:

... é impossível o restabelecimento dos fatos pretéritos, já que se logrará extirpar toda a dúvida possivelmente existente sobre a efetiva acuidade do juízo de certeza a que se chegou. Vale dizer: a verdade, enquanto essência de um objeto, jamais pode ser atingida se esse objeto está no passado, porque não se pode mais recuperar o que já passou; de outra banda, também a ideia de certeza somente pode ser concebida no nível subjetivo específico, sendo que esse conceito pode variar de pessoa para pessoa – o que demonstra a relatividade da noção. (2011,p. 59)

Para estes, “a prova, em direito processual, é todo 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” (2011, p. 59).

Todavia, apesar do respeitável entendimento acima esboçado, o conceito de prova não pode se afastar da ideia de que, sua admissão em Juízo

não se dá pelo simples desejo de convencer do Estado-juiz sobre um direito; na verdade, somente é permitida a produção de provas para se proporcionar meios à Jurisdição de conhecer a realidade dos fatos e se certificar de sua ocorrência, para, a partir daí, proporcionar um julgamento justo segundo os parâmetros do direito material.

Em razão do exposto, apesar das respeitáveis ponderações dos autores, a prova nada mais é do que a demonstração, ao julgador, de que os fatos narrados ocorreram ou não, legitimando a concessão ou a negativa de um direito material.

4.3 – O objeto da prova

A prova não é exigida em todo ou qualquer processo. Na verdade, a prova somente será produzida quando, o objeto da lide, exigir a confirmação efetiva da ocorrência dos fatos, proporcionando, conseqüentemente, ao julgador, certeza suficiente para decidir o feito.

Segundo Chiovenda “o objeto da prova constituem os atos que não sejam reconhecidos e notórios, porquanto os fatos que não sejam negar ‘sine tergiversatione’ dispensam prova”. (1998, p. 113)

Pelo acima exposto, poder-se-ia entender que o objeto das provas são sempre os fatos, porém, a doutrina não é unânime neste sentido. Sentis Melendo afirma que "os fatos não se provam; os fatos existem. O que se prova são as afirmações que poderão referir-se a fatos". (MELENDO apud SILVA; GOMES, p. 298).

No mesmo sentido, Nucci afirma:

O objeto da prova são os fatos alegados pelas partes, merecedores de demonstração, ou seja, de adequação à realidade. Como regra, não se faz prova de preceitos legais, pois se deve presumir o conhecimento do magistrado. (2011, p.18)

Também profetizando o segundo entendimento citado, Carnelutti observa

a prova da afirmação acerca da existência de um fato se faz mediante o conhecimento do fato mesmo; o conhecimento não é a prova, mas dá a prova da afirmação. Neste sentido, justo é reconhecer que objeto da prova não são os fatos, mas as afirmações, as quais não se conhecem, mas se comprovam, enquanto aqueles não se comprovam, mas se conhecem. (1982, p. 40)

Para Marinoni e Arenhart:

O fato não pode ser qualificado de “certo”, “indivíduo” ou “verdadeiro”. Ele existe ou não existe, sem comportar qualificação. Ora, se o fato obviamente existe independentemente do processo, esse apenas pode servir para declarar a verdade acerca de uma afirmação de fato. A sentença de cognição exauriente, fundada no convencimento do juiz, declara somente a verdade ou a falsidade de uma afirmação. (2011, p. 103)

Sobre esta divergência doutrinária, Almeida faz a seguinte ponderação:

A definição do objeto da prova envolve o próprio conceito de prova. Para aqueles que atribuem à prova o sentido de demonstração, provar é demonstrar a ocorrência, ou não, de determinado fato. Quem atribui à prova o sentido de verificação considera ser objeto da prova a alegação sobre fatos, isto é, a hipótese ou versão da realidade fática estabelecida pelas alegações da parte. (2013, p. 49)

Apesar das razões favoráveis e contrárias, é majoritária a corrente que estabelece os fatos como objeto da prova, e não as alegações.

Sobre este assunto, é importante ressaltar ainda que não são todos os fatos deduzidos em Juízo que deverão ser comprovados pelas partes; na verdade, para que um fato seja objeto de prova é importante que esteja ele revestido relevância, porém que não seja, por lei, dispensado de prova.

Lopes sustenta que os fatos "*relevantes, pertinentes, controversos, precisos e notórios*" não dependem de comprovação (2002, p. 180). Por seu turno, Santos, discorrendo sobre o assunto, faz a seguinte consideração, *in verbis*:

Quando das afirmações das partes se apure que os fatos são reconhecidos ou admitidos como verdadeiros, ou quando se

trate de fatos notórios, não há necessidade de sua demonstração. (1999, p. 334)

O legislador pátrio, seguindo essa tendência, insculpiu no Código de Processo Civil as situações fáticas que independem de prova:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I – notórios;

II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos, no processo, como incontroversos;

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Os casos elencados no artigo 334, do Código de Processo Civil permitem ao julgador tomar um fato narrado como verdadeiro, dispensando a parte de provar a sua ocorrência.

Quanto ao direito, não depende de prova, considerando que é dever do julgador conhecer o direito (*jura novit curia*). Entretanto, o Código de Processo Civil exigiu, no artigo 337, a produção da seguinte prova:

Art. 337. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

Mesmo para este caso, Santos entende que “...o objeto da prova não deixa de ser o fato: na hipótese, é o fato da existência – ou seja, o teor e a vigência da lei ou costume” (1952, vol. I, pag. 16/17). A parte prova, portanto, um fato: a existência da lei ou costume e não o seu direito.

O mesmo autor faz os seguintes comentários sobre a previsão do artigo 337, do Código de Processo Civil:

(...) se o direito invocado for estadual ou municipal, se presume conhecido no Estado ou no Município em que vigora, em relação aos quais é direito comum. Em tais condições, impõe-se a prova do direito estadual ou municipal, quando seja do Estado ou Município diverso daquele em que tenha sede o juízo por onde corre o feito. Tratando-se de direito do Estado ou Município, onde o juiz exerça a jurisdição, sendo ele do seu obrigatório conhecimento, independe de prova. (SANTOS, 1977, p. 61)

Daí percebemos que, mesmo quando o legislador exigiu a prova do direito, o que desejou, na realidade, é a certificação da existência da lei municipal, estadual ou do costume. O que se prova, portanto, é, mais uma vez, o fato e não a alegação do fato.

4.4 – Critérios de avaliação da prova

O procedimento probatório pode-se dividir em três fases: a postulatória, aquela em que a parte requer a produção da prova; a admissão, onde o juiz pode admitir sua produção; o da produção da prova, onde ela é efetivamente produzida. No entanto, considerando-se o conceito de prova sob o prisma do resultado da atividade probatória, há necessidade de se admitir mais uma fase, onde o juiz irá avaliar (ou valorar) a prova.

A doutrina dominante enumera três critérios de avaliação da prova: a) o da livre apreciação da prova; b) o da prova legal e c) o da persuasão racional.

O critério da livre apreciação da prova (ou do livre convencimento do juiz) possibilita que o julgador avalie, livremente, a prova. Não havia, portanto, qualquer limitação aos meios de prova ou à própria avaliação judicial, cabendo ao julgador uma decisão praticamente sem restrições.

Este critério foi muito utilizado nas civilizações primitivas, onde os julgadores eram como “deuses”, considerados infalíveis, e que, por sua vez, não precisavam justificar suas decisões. É um critério completamente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Sob a influência do direito romano e canônico, o critério da prova legal estipulava o valor de cada prova, não cabendo ao juiz avaliar a prova segundo seus critérios pessoais. Comentando sobre o assunto, João Batista Lopes averba que: "trata-se de critério historicamente superado que atribui a cada prova um valor fixo e imutável, não deixando qualquer margem de liberdade para a apreciação do juiz". (apud BURNIER JR., 2001, p. 249)

Utilizando-se desse critério de valoração da prova, o julgador ficava preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, não podendo analisar os fatos de forma pessoal e subjetiva, o que ocasionava decisões injustas e contrárias à ordem jurídica local.

Ao contrário dos critérios acima citados, a persuasão racional permite ao julgador apreciar as provas livremente, seguindo as suas impressões pessoais, utilizando-se de sua capacidade intelectual, devendo, todavia, expor na fundamentação, os motivos e as circunstâncias que formaram a sua convicção.

Deve-se ressaltar que a ampla liberdade para o juiz valorar a prova não se traduz em arbítrio, uma vez que ele não pode se afastar da relação jurídica a ele exposta e nem das provas colhidas nos autos.

Predomina na lei processual pátria o critério da persuasão racional. Assim, o art. 131 preceitua que:

O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

A completude da valoração da prova pelo critério da persuasão racional dá-se com art. 335 do Código de Processo Civil, o qual determina:

[...] em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda regras de experiência técnica, ressalvando quanto a esta, o exame pericial.

Da interpretação do artigo supracitado deflui-se que há relações jurídicas sobre as quais o julgador pode exercer seu poder de cognição, expressando os motivos de sua decisão com informações exteriores à instrução, quais sejam, as regras de experiência comum e as regras de experiência técnica.

O poder de apreciação do juiz, ao qual cumpre inevitavelmente recorrer quando são vagos os termos da lei, desempenha um papel essencial quando se trata de evitar as consequências iníquas ou socialmente indesejáveis da lei, em sua aplicação a certos casos particulares.

Outrossim, importante constatação faz Leonardo, ressaltando a importância do art. 335 do Código de Processo Civil e comparando o sistema de valoração da prova utilizado no ordenamento jurídico brasileiro com os sistemas utilizados no direito alienígena, *in verbis*:

Enquanto no direito brasileiro as técnicas de valoração da prova mostram ainda pouco desenvolvimento – considerando, v.g., o artigo 335 do Código de Processo Civil como uma das principais regras de valoração das provas -, encontramos no direito anglo-saxão, no direito escandinavo, entre outros sistemas, diversos métodos muito mais sofisticados.

Por intermédio desses métodos, a um só tempo, pretendeu-se alcançar uma limitação na utilização do ônus da prova como regra de julgamento e a excessiva subjetividade na valoração da prova pelo magistrado. (LEONARDO, 2004, p. 183)

Ainda no tocante à interpretação da norma do art. 335, percebe-se que apesar da sua redação indicar a existência de hierarquia entre a lei e as regras de experiência na valoração da prova, implicando, assim, na utilização das regras de experiência de forma subsidiária; o juiz, na valoração de um fato e sua pertinência a uma norma, não o faz sem uma menor ou maior influência das máximas de experiências.

A jurisprudência já sinalizou no sentido de subverter o que seria uma limitada posição hierárquica das regras de experiência na valoração da prova. Como exemplo dessa tendência pode-se citar um julgado do Superior Tribunal de Justiça, pelo qual o autor foi dispensado de provar o dano moral sofrido em uma ação de reparação civil, restringindo-se o encargo probatório à demonstração do fato causador do dano.

Trata-se de recurso especial, que teve como relator o Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, in verbis:

Impende ainda registrar algumas circunstâncias fáticas assentadas pelas instâncias ordinárias, a saber: a) o pacote turístico foi adquirido junto à ré; b) os autores foram obrigados a completar a viagem de ônibus, no trecho Campinas-São Paulo, não obstante tivessem pago o transporte aéreo; c) houve atraso na chegada ao destino final; d) os familiares dos autores, que estavam no aeroporto, não foram avisados a respeito do atraso (...)

A prova do dano moral se satisfaz, na espécie, com a demonstração do fato que o ensejou e pela experiência comum. Não há negar, no caso, o desconforto, o aborrecimento, o incômodo e os transtornos causados pela demora imprevista, pelo excessivo atraso na conclusão da viagem, pela substituição injustificada do transporte aéreo pelo terrestre e pela omissão da empresa de turismo nas providências, sequer diligenciando em avisar os parentes que haviam ido ao aeroporto para receber os ora recorrentes,

segundo reconhecido nas instancias ordinárias. (Recurso Especial nº 304.738/SP, STJ, 4ª Turma, v.u., Rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira. j. 08/05/2001, pub. 13/08/2001)

Dos clássicos critérios doutrinários para a valoração da prova, acima apresentados, o do critério da persuasão racional parece ser o mais conveniente e adequado à moderna processualística, uma vez que por ele, ao mesmo tempo em o juiz pode avaliar livremente a prova produzida nos autos, tem o dever de apresentar na fundamentação os motivos que formaram sua convicção.

4.5 – A prova e a verdade

Considerando os conceitos de prova acima trazidos, pode-se extrair que uma prova destina-se a demonstrar a veracidade ou não de um fato, sendo, este último, gerador de direitos e obrigações a serem reconhecidos por um órgão judicial.

A função da prova é a apuração da verdade. Do ponto de vista objetivo ou prático do processo, é formar a convicção do juiz, permitindo-lhe, por meio do seu convencimento, compor a lide. (SANTOS, 2009, p. 25)

Nota-se, portanto, que o objetivo da prova é, ao reconstruir os fatos, proporcionar ao Juízo o conhecimento integral da matéria objeto da demanda e, com isso, oferecer-lhe a segurança necessária para proferir uma sentença favorável ou desfavorável a uma pretensão.

Em consequência, percebe-se que apenas provas capazes de demonstrar a verdade dos fatos relativos a uma determinada demanda são desejadas pelo Juízo, haja vista que o próprio legislador exigiu do autor, consoante se percebe do disposto no art. 282, do Código de Processo Civil, a especificação das provas com que irá provar a verdade dos fatos alegados:

Art. 282. A petição inicial indicará:

I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;

II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido, com as suas especificações;

V - o valor da causa;

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

VII - o requerimento para a citação do réu.

No mesmo sentido, o art. 332, do Código de Processo Civil:

Art. 332. 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.

Já no art. 334, inciso IV, do Código de Processo Civil, o legislador dispensou a obrigatoriedade de comprovar fatos que a lei concedeu presunção e veracidade:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Para o legislador, a prova tem o escopo de demonstrar a verdade fática ensejadora do direito das partes, informando o julgador e proporcionando-lhe a promoção de um julgamento em conformidade com o direito, que conhece, e os fatos, objeto das provas. Daí se percebe que “a descoberta da verdade é o escopo fundamental da prova” (VIANA, 1955, p. 43).

Aliás, é importante ressaltar que a verdade é essencial para a legitimação do processo, considerando que a atuação do Estado, no exercício da jurisdição, quando pautado nos acontecimentos reais do caso a que lhe submetido proporcionará aos jurisdicionados e a toda sociedade o cumprimento correto da lei e a sensação de segurança nas relações jurídicas, o que indispensável à pacificação social.

Se é certo que o objetivo fundamental da jurisdição é a justa composição da lide, ou a atuação da vontade concreta do direito, não é menos correto que qualquer um desses escopos

apenas se atinja por meio da descoberta da verdade sobre os fatos versados na demanda.

(...)

Realmente, seria difícil legitimar as decisões judiciais caso não tivessem como pressuposto a reconstrução dos fatos sobre os quais incidem. Afinal, como fazer o cidadão crer na legitimidade das decisões se essas não declarassem que a hipótese, sobre a qual a norma incide, configurou-se na realidade? (MARINONI e ARENHART, 2011, p. 30)

Entretanto, será possível alcançar a verdade dos fatos com a reconstrução efetuada dentro do processo? Há diversos doutrinadores que negam esta possibilidade, subdividindo o conceito de verdade em dois ou mais, sendo o mais comum o uso dos termos “verdade real, substancial ou material” e “verdade formal”.

A verdade real, substancial ou material seria aquela correspondente aos acontecimentos suportados pelas partes e a verdade formal àquela efetivamente demonstrada ou trazida em Juízo, devendo o julgador considerar apenas tais fatos como verdadeiros para firmar seu convencimento.

Por muito tempo, os doutrinadores pátrios afirmaram que o processo penal adotava a verdade real, substancial ou material como seu norte; por outro lado, o processo civil se satisfazia com a verdade formal.

Para justificar tal percepção, apoiava-se na ideia de que o processo civil destinava-se a preservar bens jurídicos menos relevantes que o processo penal, sendo que, conseqüentemente, seu julgador poderia se contentar com uma certeza menor.

Aliás, corroborava para esta ideia a adoção, pelo legislador, de formalidades procedimentais mais severas para a produção e colheita de provas, bem como a previsão de diversos casos de presunção legal de veracidade de fatos, que, como efeito colateral, ao regulamentar a produção de prova, afastava a oportunidade de demonstrar a verdade real no caso concreto.

Ainda hoje, doutrinadores como Cintra, Dinamarco e Pelegrini defendem este entendimento:

No campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC; arts. 130, 342

etc), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a *verdade formal*, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios.

No processo penal, porém, o fenômeno é inverso: só *excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade formal*, quando não disponha de meios para assegurar a verdade real (CPP, art. 386, inc. VI). (2012, p. 74)

Entretanto, tal distinção está cada vez perdendo mais adeptos, segundo constataram Marinoni e Arenhart:

Atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial perdeu seu brilho. A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando essa diferenciação, corretamente considerando que os interesses objeto da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a esse método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como família e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais –, pelo que totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas. (2011, p. 34).

Da mesma forma, Silva ensina:

...não há como subsistir a divisão em verdade real e formal, a verdade é uma só, não há meia verdade ou verdade aparente, só pode existir uma verdade e esta deve ser perseguida pelo juiz, pois só assim poderá se aproximar de um ideal de justiça por todos perseguido. (2002, p.19)

O Superior Tribunal de Justiça, nos arrestos abaixo citados, admitiu, mesmo em matérias relacionadas ao direito processo civil, a adoção da busca da verdade real como norte das decisões:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDÍCIOS.

1. A ação de improbidade administrativa exige prova certa, determinada e concreta dos atos ilícitos, para ensejar condenação. Não se contenta com simples indícios, nem com a verdade formal.

(...) (REsp 976555/RS RECURSO ESPECIAL 2007/0188791-0 - Ministro JOSÉ DELGADO - T1 - PRIMEIRA TURMA – Data do Julgamento: 08/04/2008) (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. SUCESSÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO SUPOSTO DEVEDOR DO TÍTULO EXEQUENDO. RISCO DE DANO AO ERÁRIO. NULIDADE ABSOLUTA DA SENTENÇA. VERDADE REAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

(...)

2. **O processo moderno deve refletir a verdade real, a qual condiz com o interesse público de efetividade da justiça em detrimento do apego ao formalismo, sob pena de prejuízo ao direito de defesa e ao contraditório, dentre outros.** Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no REsp 1374340/RN AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2012/0176529-5 - Ministro HUMBERTO MARTINS - T2 - SEGUNDA TURMA – Data do Julgamento: 01/10/2013) (grifo nosso)

Em outro julgado, mesmo se tratando o direito material disponível, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a verdade real, e não a formal, como objetivo do direito processual:

AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO DE VIDA. INDENIZAÇÃO POR INVALIDEZ. PRAZO PRESCRICIONAL. SUSPENSÃO DA CONTAGEM ATÉ A DATA DA RECUSA AO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. SÚMULA STJ/229. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO SEGURADO A RESPEITO DA RESPOSTA DA SEGURADORA. QUESTÃO QUE NECESSITA SER ELUCIDADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

(...)

2.- No caso, o prazo prescricional anual foi excedido em apenas um dia, tendo o Acórdão recorrido considerado como data da recusa aquela em que formalmente ocorreu a resposta por parte da seguradora. Desse modo, a fim de que possa prevalecer a verdade real dos fatos, recomenda-se que o Tribunal estadual proceda à nova contagem do lapso temporal observando a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que, por "ciência inequívoca" entende-se aquela que não dá margem para dúvidas a respeito da sua ocorrência, o que só se obtém, em princípio, mediante assinatura do segurado, sendo da seguradora o ônus de provar que este foi informado da recusa ao pagamento da indenização. (REsp 888.083/ES, Rel^a. Min^a. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 29.6.2007) (...). (AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1228501/SC AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2011/0003910-5 - Ministro SIDNEI BENETI - T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento: 19/04/2012)

De fato, o processo que deseja ser justo não pode se contentar com um julgamento fundamentado na “verdade formal”, considerando que admitir a possibilidade de uma sentença judicial ser proferida com base na verdade formal é o mesmo que permitir a tutela de direito material inexistente ou, ainda, a negativa da concessão de um direito material existente, situações, reciprocamente, indesejáveis.

Daí se percebe que o Poder Judiciário não pode contentar-se com a verdade formal, devendo pautar seus atos para atingir a verdade real e, com isso, proferir seu julgamento com base na realidade dos fatos. Mas será que a verdade real é sempre alcançável pelo desenrolar do processo?

É evidente que as regras processuais, ao mesmo tempo em que disciplinam e oferecem segurança às relações processuais existentes entre as partes, julgador e demais sujeitos do processo, impõem empecilhos para que um julgamento esteja mais próximo da realidade dos fatos.

Ora, por exemplo, pode-se mencionar que a produção de prova no processo civil possui um momento e forma adequada; em regra, portanto, caberá às partes se submeter a um procedimento e momento adequado para tentar demonstrar que, os fatos por ela narrados, correspondem à verdade. Se, por qualquer motivo não conseguir, nesta oportunidade, produzir a prova, perderá o direito de fazê-lo posteriormente, ocasionando, provavelmente em um resultado ruim em sua demanda.

Não se nega, portanto, que o sistema probatório brasileiro, na forma como se encontra, em muitos casos não consegue conferir ao julgador a exata concepção dos fatos ocorridos entre as partes, o que pode gerar uma sentença destoante da realidade, proporcionando às partes a tão indesejada sensação de injustiça.

Por outro lado, Marinoni e Arenhart entendem, apoiando-se em Voltaire e Miguel Reali, que “...a ideia de se atingir, por meio do processo, a verdade real sobre determinado acontecimento não passa de mera utopia.” (2011, p. 36). A seguir, fazem as seguintes ponderações:

Deveras, a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz, que há de valorar a evidência concreta. A interpretação sobre o fato – ou sobre a

prova direta dele derivada – altera o seu real conteúdo, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce a realidade. Mais que isso, o julgador (ou o historiador, ou, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado) jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas possam ter-se passado de outra forma.

Acreditar que o juiz possa analisar, *objetivamente*, um fato, sem acrescentar-lhe qualquer dose de subjetividade, é pura ingenuidade. Essa análise, de per si, já envolve certa valoração do fato, alterando-lhe a substância e inviabilizando o conhecimento do fato objetivo, tal como ocorreu. (2011, p.36)

Almeida relata a existência de entendimentos que negam a relação entre prova e verdade:

A existência de relação entre prova e verdade é, no entanto, negada por boa parte da doutrina. Assevera Jordi Ferrer Beltrán que para desvinculá-las é afirmado que “a finalidade da prova é a fixação formal dos fatos por parte do juiz, independentemente de sua relação com o ocorrido”, que “a prova é o conjunto das operações por meio das quais se procura obter o convencimento do juiz a respeito de fatos processuais determinados” ou que “prova é a ‘atividade processual que tende a alcançar a certeza do julgador a respeito dos fatos alegados pelas partes’”.

Note-se que essas três vertentes de pensamento partem da premissa de que a verdade não é alcançável no processo e definem a finalidade da prova a partir do resultado ao qual ela pode conduzir: a prova não pode ser relacionada com a verdade, posto que esta não pode ser alcançada no processo judicial.” (2013, p. 34/35)

Notem que tais entendimentos vão de encontro à própria razão de se admitir a produção de prova em processo civil, relatado no art. 332, do Código de Processo Civil brasileiro: “...**para provar a verdade dos fatos**, em que se funda a ação ou a defesa.” (grifo nosso)

Em consequência, tais considerações nos levam a concluir que um dos fundamentos capazes de permitir ao julgador proferir uma decisão justa está sempre prejudicado, razão pela qual, em tese, a própria Justiça o estaria também.

Todavia, apesar de o sistema adotado apresentar imperfeições, ainda sim permite, na maioria dos casos a que é submetido ao julgador, um conhecimento suficiente dos fatos capaz de proporcionar, às partes e demais interessados, um julgamento justo.

Tem-se, assim, ser impossível atingir-se a verdade sobre certo evento histórico. Pode-se ter uma elevada probabilidade sobre como ele se passou, mas nunca a certeza da obtenção da verdade. (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 40)

De fato, a reconstrução dos fatos nem sempre se mostra perfeita, porém deve possibilitar ao julgador elementos suficientes para proporcionar-lhe o conhecimento suficiente dos fatos e, com isso, permitir-lhe resolver um litígio.

Em que pese o discurso contrário à possibilidade de se trazer a verdade real ao processo com a finalidade de proporcionar um julgamento justo, ainda sim, o conhecimento da verdade dos fatos pelo julgador é o objetivo da fase instrutória do processo.

Não se imagina a possibilidade de um julgador atuar no processo, autorizando a produção de provas que entenda pertinentes e, em certos casos, ordenando a sua realização, senão com o intuito de apurar a verdade dos fatos, a qual lhe proporcionará um julgamento justo aos olhos da lei.

Tanto é assim que o próprio legislador, em seu artigo 130 do Código de Processo Civil permite ao Juiz, mesmo de ofício, determinar a produção das provas que entenda importante e pertinente. Neste sentido, aliás, pacífico nossa jurisprudência como confirma a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ÔNUS DA PROVA. DETERMINAÇÃO EX OFFICIO DE JUNTADA DE DOCUMENTOS PELO JUIZ. POSSIBILIDADE. INICIATIVA PROBATÓRIA. FORMAÇÃO LIVRE DO CONVENCIMENTO. ART. 130 DO CPC.

1. Está assentado nesta Corte Superior o entendimento de ser possível ao magistrado determinar, de ofício, a realização das provas que julgar necessárias, a fim de firmar devidamente o seu juízo de convicção, sem que isso implique violação do princípio da demanda, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil. A iniciativa probatória do juiz, no Direito Pátrio, é ampla, podendo agir ex officio, para assim chegar à verdade real, no interesse da efetividade da Justiça.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1154432 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2009/0024012-1 - Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE - T5 - QUINTA TURMA – Data de Julgamento: 06/11/2012) (grifo nosso)

Daí se percebe que a produção de provas em um processo sempre perseguirá a promoção da verdade real, mesmo que, em alguns casos, tal objetivo seja, ao final, frustrado por diversos motivos, tendo o julgador que se valer de regras de julgamento estabelecidos em lei para proferir a sua decisão.

4.6 – A obrigatoriedade do julgamento e o ônus da prova

Não se nega, portanto, que, sob a ótica do Código de Processo Civil, a finalidade da prova é a de demonstrar a “veracidade dos fatos”, apresentados pelas partes, fatos estes ensejadores de direitos e obrigações a serem reconhecidas judicialmente.

Todavia, nem sempre a verdade é alcançada na instrução de um processo; por vezes a reconstrução dos fatos é falha e não consegue aproximar a realidade dos acontecimentos ao processo, o que pode refletir negativamente no resultado final da demanda.

De fato, não se pode negar que a comprovação da ocorrência dos acontecimentos no processo depende da utilização de instrumentos processuais próprios, não bastando, em regra, a narrativa das partes.

Por vezes, apesar do empenho das partes interessadas e do Juízo em produzirem provas capazes de demonstrar a verdade fática, tais investidas não se mostram suficientes para convencer o julgador da certeza da ocorrência dos fatos, restando frustradas. Não é incomum, por exemplo, as partes não possuírem documentos comprovadores dos fatos, dependendo, unicamente, da memória de suas testemunhas ou da constatação dos fatos pelo juiz, seus peritos ou demais auxiliares.

A própria apresentação ao julgador de documentos não significa, por si só, que o seu conteúdo corresponda à verdade dos fatos, podendo, sua autenticidade, ser questionada através de incidente processual próprio.

Nestes casos, a prova produzida pode ser insuficiente para demonstrar, com a certeza desejada, os fatos que originaram a lide e que fundamentam o direito das partes.

Para estes casos em que o Poder Judiciário mostra-se em dúvida com relação à verdade dos fatos, ao contrário do direito romano, o nosso direito não permite que o julgador furte-se de, alegando dúvida, proferir uma sentença (*non liquet*).

No direito romano, na fase do *ordo iudiciorum privatorum*, ao *iudex* era lícito recusar o julgamento, jurando *sib non liquere*. Ao juiz moderno e mesmo ao magistrado romano, na fase da *extraordinária cognitio*, que exerce *múnus* público por meio do qual o Estado objetiva relevantíssimos escopos, a decisão da controvérsia é inafastável e deve ocorrer mesmo nesse caso. (PACÍFICO, 2011, p. 18)

Assim, o Juiz não poderá negar-se a julgar a demanda sob fundamento de possuir dúvidas quanto à ocorrência dos fatos, pois o seu não pronunciamento judicial, em um caso concreto, originaria a perpetuação do conflito de interesses, gerando insegurança jurídica e social, refletindo, inclusive, na própria credibilidade da sociedade no poder do Estado em resolver litígios.

Deve, o órgão jurisdicional, obrigatoriedade, proferir uma sentença, decidindo e pondo fim a um litígio, deferindo ou não o bem jurídico ao autor.

Mas como o julgador proferirá uma sentença sem a certeza da ocorrência dos fatos? Daí se percebeu a necessidade de se criar uma regra processual, para que, colocada à disposição do julgador, proporcionar-lhe-ia solucionar tais conflitos de interesses em que a produção de provas não foi suficiente para conferir ao julgador a certeza necessária sobre a ocorrência dos fatos narrados pelas partes: o chamado ônus da prova.

Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, julgar o mérito e colocar fim ao processo. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatores. (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 170)

Pelo ônus da prova, o legislador atribui às partes a faculdade de provar os fatos, cabendo, em regra, ao autor, segundo artigo 333, do CPC, provar os fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e, ao réu, os fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do autor (inciso II).

Assim sendo, caso a parte não atinja o seu desiderato de provar os fatos, pode ver-lhe negado o direito alegado, tratando-se, portanto, a negativa do direito material uma consequência legal da falta de provas. Ressalta-se, todavia, que mesmo conseguindo êxito em comprovar os fatos, ainda sim, o juiz, considerando outras questões atinentes ao caso em debate, pode-lhe negar a tutela jurisdicional se esta não for, como exemplo, assegurada por lei.

Daí se percebe que “Provar não é um dever jurídico, mas uma condição para alcançar a vitória; em sentido técnico, fala-se, então, em ônus da prova.” (CAMBI, 2006, p. 314).

Tal regra, muito embora estabeleça ônus às partes, considerando que impõe a cada uma delas o dever/direito de comprovarem os fatos que constituem seu direito, trata-se de, por outro lado, um verdadeiro aliado do julgador para resolver demandas em que a produção de provas não fora suficiente para demonstrar a ocorrência ou não dos fatos, ou seja, solucionar demandas judiciais em que a instrução processual não foi elucidativa para, aos olhos do julgador, trazer a verdade ao processo.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que o ônus da prova é um critério legal disponibilizado ao Magistrado para resolver litígios:

(...) 1. Trata-se de recurso especial interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em que se entendeu pela anulação da sentença porque “[...] ausentes, nos autos, os elementos probatórios imprescindíveis ao exame da causa, [...], a ensejar a adequada instrução do processo”.

2. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente ter havido violação ao art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil (CPC), ao argumento de que incumbia à parte autora fazer prova do que alegou na inicial, razão pela qual, reconhecida a inexistência de prova dos fatos constitutivos de seu direito, correto seria o julgamento de improcedência do pedido, e não a anulação da sentença a fim de que fossem produzidas novas

provas, as quais, em momento algum, foram solicitadas na primeira instância pela própria parte autora.

3. O chamado "ônus da prova" é instituto de direito processual que busca, acima de tudo, viabilizar a consecução da vedação ao *non liquet*, uma vez que, por meio do art. 333, inc. I, do CPC, garante-se ao juiz o modo de julgar quando qualquer dos litigantes não se desincumbir da carga probatória definida legalmente, apesar de permanecer dúvidas razoáveis sobre a dinâmica dos fatos.

(...)

9. Por tudo isso, se o autor não demonstra (ou não se interessa em demonstrar), de plano ou durante o processo, os fatos constitutivos de seu direito, mesmo tendo-lhe sido oportunizados momentos para tanto, compete ao magistrado encerrar o processo com resolução de mérito, pela improcedência do pedido, mesmo que, por sua íntima convicção, também o réu não tenha conseguido demonstrar de forma cabal os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito do autor.

(...) (REsp 840690/DF RECURSO ESPECIAL 2006/0085253-8 - Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES - T2 - SEGUNDA TURMA – Data do Julgamento: 19/08/2010) (grifo nosso)

Nota-se, portanto, que o ônus da prova, apesar de impor às partes a necessidade de provar suas alegações, constitui verdadeiro critério de julgamento quando, deficiente a produção de prova, o julgador não dispor da certeza necessária quanto à ocorrência dos fatos.

A adoção de tal mecanismo, apesar de proporcionar ao Juiz uma verdadeira válvula de escape nas resoluções de conflitos de interesses, pode acarretar, como efeito colateral, em decisões que desprestigiem o direito material vigente e, em consequência, na própria descrença na efetividade do Poder Judiciário.

Ora, uma pessoa que, detentora de um direito material, não é capaz de produzir provas para convencer o julgador da ocorrência dos fatos ensejadores de seu direito, terá, provavelmente, a tutela jurisdicional negada. Com isso, a confiança desta pessoa depositada no Poder Judiciário, provavelmente, ficará abalada, o que pode refletir em toda sociedade.

Mesmo assim, caso se faça um juízo de valor sobre o que é mais nocivo à sociedade: uma possível decisão injusta ou o silêncio e a perpetuação do litígio por falta de uma decisão judicial, provavelmente, concluir-se-á que a primeira opção é menos prejudicial, em razão de que geraria uma menor insegurança jurídica à sociedade.

É claro que, caso a decisão justa seja uma possibilidade viável, pautada na certeza da ocorrência dos fatos, esta é a única opção cabível ao julgador; porém, caso não seja, o legislador optou pelo julgamento do litígio mesmo que, a contragosto, nem sempre garanta aos interessados uma decisão justa.

CAPÍTULO V – PROVA ILÍCITA E JUSTIÇA

5.1 – A prova ilícita: considerações gerais

Como já visto acima, a prova é elemento essencial à distribuição da Justiça, considerando que é através dela que o julgador toma conhecimento dos fatos e pode realizar a distribuição da tutela jurisdicional justa em cada caso em concreto com a necessária certeza.

Assim sendo, a prova, meio indispensável à distribuição da Justiça, não pode ser produzida ou obtida a qualquer custo, muitas vezes violando outro direito consagrado em nossa Constituição Federal ou em legislação extravagante.

É bem verdade que as partes possuem o direito à prova; todavia, tal direito não se mostra absoluto, estando devidamente regulamentado pela nossa lei pátria.

Dáí se percebe que a busca pela verdade dos fatos, capitaneada pelas partes ou pelo órgão jurisdicional, não pode valer-se de todos e quaisquer métodos possíveis colocados à disposição do ser humano. Muito pelo contrário, tal desiderato deve-se pautar, como, aliás, todo o procedimento judicial, pelo respeito à lei e à Constituição Federal, preservando, assim, a segurança jurídica e o devido processo legal.

O processo civil não deve ser transformado em um campo de batalha, no qual sejam permitidos todos os meios úteis para triunfar; ao contrário, o processo é um instrumento público que almeja resolver juridicamente os conflitos com o intuito de satisfazer o interesse da coletividade e, apenas secundariamente, tutelar o interesse daqueles que litigam. Assim, o embate processual não pode ser compreendido como uma guerra em que os fins justificam os meios, ou seja, em que os sujeitos processuais possam recorrer às piores atrocidades com o pretexto de encontrar a verdade. (CAMBI, 2006, p. 63)

Em razão disto, o direito à prova não pode ser considerado um valor em si, um direito que se sobrepõe aos demais, estando acima de tudo e de todos os demais direitos existentes em nosso país, a ponto de prejudicar a

execução e a preservação de interesses e garantias consagrados constitucionalmente.

5.2 – Conceituação

Etimologicamente, pode-se entender como ilícita a prova contrária à lei em sentido amplo, no qual abrangeria tanto as normas e princípios constitucionais e infraconstitucionais de um Estado.

No entanto, no intuito de melhor conceituar o tema, alguns doutrinadores, seguindo Pietro Nuvolone (apud Avolio, 2012), fazem uma distinção entre prova ilícita e ilegítima, sendo ambas integrantes do gênero provas vedadas.

Segundo Avolio:

... é possível distinguir, perfeitamente, as provas ilícitas das provas ilegítimas. A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. Assim, veremos que alguns dispositivos da lei processual penal contêm regras de exclusão de determinadas provas, como, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (art. 207 do CPP brasileiro); ou a recusa de depor por parte de parentes e afins (art. 206). A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção de prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade.

Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita prende-se sempre à questão das liberdades públicas, em que estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas também, de direito penal, civil, administrativo, nos quais já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e accertamento da verdade, tais como os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo de correspondência e outros. Para violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias. (2012, p. 42/43)

Apesar de ambas as provas ilegítimas e ilícitas serem vedadas, a ilegítima seria a prova produzida em violação a uma regra processual; já ilícita seria a prova produzida prejudicando um direito garantido pela Constituição ou pela legislação de direito material.

Tal classificação traz contornos interessantes, pois, caso a adotemos, estar-se-ia diante de uma séria contradição: a produção de prova ilegítima seria sempre inadmissível, considerando que sua vedação está literalmente prevista no direito processual; por outro lado, a produção de prova ilícita seria passível de responsabilização civil, criminal e administrativa de seu agente, porém, somente seria inadmissível dentro do processo caso existisse uma previsão expressa do direito processual.

Por este e outros motivos que Cambi defende a inadmissibilidade da distinção acima referida:

A nomenclatura das provas ilícitas deve ser rejeitada porque: i) o conceito de ilegitimidade não se aplica tão-só ao processo, podendo ser considerados ilegítimos também os atos praticados em contrariedade ao direito substancial; ii) a ilicitude, conforme acima referido, é categoria geral, que inclui tanto o direito processual quanto o direito material; iii) toda a prova ilícita, isto é, contrária ao direito processual ou material, pode ser considerada inadmissível no processo ou, caso equivocadamente admitida, ser considerada nula, sendo excluída do *thema probandum* e não integrando a esfera do livre convencimento do juiz; iv) essa classificação serviria de estímulo à prática da ilicitude, porque somente o ilícito cometido fora do processo seria repreendido, o que constituiria um modo insuficiente para tutelar adequadamente a dignidade da pessoa humana; afinal, não se pode conceber como irrelevante a prática da ilicitude ocorrido fora do processo, com o intuito e produzir provas a serem utilizadas judicialmente; (...)
(2006, p. 66)

Assim sendo, irracional seria sancionar com a inadmissibilidade as provas ilegítimas, as quais infringem regras processuais, e admitir em um processo provas ilícitas que violaram “apenas” o direito material.

Além disso, o autor acima referido entende ser melhor afastar a “dicotomia *substante-procedure*”, considerando ser mais importante analisar o próprio “...vício que afeta o conteúdo da prova...”, e não se houve violação ao direito material ou processual (2006, p. 69).

E conclui:

Dessa maneira, amplia-se a noção de provas ilícitas, podendo a vedação probatória estar expressamente prevista nas leis processuais ou nas leis materiais, além de poder ser deduzida implicitamente do sistema jurídico-constitucional. Dentro dessa concepção, poder-se-ia concluir que a prova ilícita é aquela que contraria o ordenamento jurídico, visto pelo prisma dilatado da Constituição, que abrange tanto a ordem constitucional e a infraconstitucional quanto aos bons costumes, a moral e os princípios gerais do direito. Essa compreensão ampla, aliás, parece coadunar-se com as regras contidas no art. 5º, inc. LVI, combinadas com a do art. 5º, § 2º, CF, e, inclusive, com a prevista no art. 332 do CPC...” (2006, p. 69/70)

Para Marinoni e Arenhart, a prova não pode ser admitida caso viole direito fundamental, não tendo relevância se o direito violado esteja previsto em normas de direito processual ou de direito material. Todavia, fazem a seguinte ressalva:

A prova não pode ser sanada quando a ilicitude é a sua causa. A prova somente pode ser sanada quando constitui o ponto final de um procedimento em que houve uma ilicitude. Nessa linha, é possível dizer que a prova que resulta da violação de um direito material não pode ser sanada, não acontecendo o mesmo com a prova em cujo procedimento ocorreu um ilícito. Porém, isso não significa que todas as provas que não constituem resultados de ilícitos sejam sanáveis. A prova produzida com violação do direito processual – ou melhor, que não constitui o resultado do ilícito, mas sim o resultado do procedimento em que ocorreu ilícito – pode ser sanada somente nas hipóteses em que a regra violada não é essencial à proteção de um direito fundamental processual – assim como os direitos ao contraditório e à defesa. Nestes casos, tendo em vista que a violação da regra processual pode permitir a salvação do resultado do procedimento probatório – isto é, da prova -, nada impede que ele seja recuperado mediante a observância do requisito legal ignorado. (2011, p. 266)

Daí se percebe que a prova produzida sem violar qualquer direito fundamental, ou seja, perfeita e sem máculas, mesmo oriunda de um processo judicial em que tenha sido violada regras de direito processual, deve ser admitida com o devido saneamento do processo.

Pode-se citar, por exemplo, um Laudo Pericial, elaborado com respeito a todas as regras processuais e de direito material, mas que, por um lapso do perito, não fora devidamente subscrito. Tal situação permite-nos

visualizar a perfeição na realização da prova, mas a imperfeição do procedimento, o que não é suficiente para se negar a admissibilidade da prova.

Da mesma forma, quando o nome de uma testemunha constou, em sua oitiva, de forma equivocada, sendo aquela a pessoa que o Juízo autorizou a produção de prova.

Aliás, mesmo em matéria processual penal, o Supremo Tribunal Federal já admitiu como válida prova pericial quando havia falta de alguns de seus requisitos procedimentais:

A falta de autenticação de cópia de laudo pericial juntado aos autos não caracteriza prova ilícita desde que a omissão possa ser suprida por outro meio idôneo. Precedente. Não configura prova ilícita o laudo de engenharia subscrito por diversos engenheiros, alguns sem inscrição profissional no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA). (HC 78.937, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 18-5-1999, Segunda Turma, DJ 29-8-2003)

Percebe-se, portanto, que a ilicitude procedimental da produção da prova, não necessariamente, prejudicará a sua admissibilidade nos autos. Caso a produção da prova não tenha violado nenhum direito fundamental, seu conteúdo deverá ser considerado pelo Juízo, após o devido saneamento do processo.

Quanto ao mais, é de se ressaltar ainda que, uma prova produzida por meios ilícitos não prejudica outras provas, lícitamente produzidas e por elas não contaminadas:

A prova ilícita (...), não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que, por ela não contaminadas e delas não decorrentes, integram o conjunto probatório. (RHC 74.807, Rel. Min. Maurício Correa, julgamento em 22-4-1997, Segunda Turma, DJ de 20-6-1997)

Por todo o exposto, pode-se dizer que o conceito de prova ilícita deve, portanto, ficar restrito à produção de prova com violação a direito fundamental, esteja ele descrito em norma de direito material ou processual.

5.3 – A prova ilícita por derivação

Cabe agora ingressar na discussão se a prova derivada de outra ilícita também o será, ou será admissível dentro de nosso sistema jurídico.

A prova ilícita por derivação advém da teoria *the fruit of the poisonous tree* (os frutos da árvore envenenada), advinda do direito americano, o qual entendeu ser a prova obtida em razão de outra produzida de forma ilícita, também será considerada inadmissível.

É importante que se diga, como bem ressaltou Marinoni e Arenhart, que uma prova ilícita "...não contamina o fato a ser esclarecido, podendo se ligar, no máximo, a outras provas. Porém, uma prova ilícita não contamina, como é lógico, todo o material probatório..." (2011, p. 276)

Daí se percebe que não são todas as provas produzidas em um processo que deverão ser consideradas ilícitas caso haja o reconhecimento de da presença de uma prova ilícita; na verdade, apenas aquelas decorrentes diretamente das ilícitas é que devem ser afastadas pelo Juízo.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado pela inadmissibilidade desta espécie de prova:

(...) A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. (...) - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - **A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.** (...) (HC 93050/RJ - RIO DE JANEIRO – HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 10/06/2008 - Órgão Julgador: Segunda Turma) (grifo nosso)

A questão que se coloca é definir quando uma prova deriva de outra, o que dependerá de apreciação caso a caso. O que pode auxiliar na determinação se uma prova lícita deriva de uma ilícita é a existência ou não de

um nexa causal, ou seja, de um liame jurídico entre a prova ilícita e a produção de outra prova, aparentemente lícita, mas contaminada na sua origem.

Se assim houver, a prova deverá ser afastada; caso contrário, a prova é válida e capaz de justificar um julgamento.

Marinoni e Arenhart sustentam, com base na doutrina espanhola de Luis Galvez Muñoz, que "...a contaminação da segunda prova, ou a sua admissão como derivada, além de requerer a presença de uma conexão natural, exige uma conexão jurídica." (2011, p. 276)

Para estes autores, além da conexão natural entre a prova ilícita e a derivada, necessário se faria um nexa jurídico, o que consistiria em analisar se a admissão desta segunda prova feriu ou não a defesa dos direitos que se objetiva proteger por meio de proibição da prova ilícita, ou seja, se a eliminação da segunda prova atende à tutela dos direitos fundamentais.

Em razão deste entendimento, surgem duas exceções à inadmissibilidade da prova derivada da ilícita: o "descobrimento inevitável" (*inevitable discovery exception*) e o "descobrimento provavelmente independente" (*hypothetical independent source rule*).

No primeiro caso, considera-se que a prova derivada apenas antecipou uma descoberta que seria inevitável. Assim sendo, se o que se comprovou já viria à tona de qualquer forma, não há razão lógica para afastar a segunda prova por derivação da primeira.

Já na segunda exceção, afasta-se o nexa causal entre as provas, razão pela qual a segunda prova não é considerada derivada da primeira. Para esta segunda opção, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou pela admissibilidade da prova:

(...)- Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA

SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.. (RHC 90376/RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EM HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 03/04/2007 - Órgão Julgador: Segunda Turma)

Tratam-se de duas questões lógicas que concluem pela admissibilidade da segunda prova, sendo, a primeira, uma evidente exceção à regra dos “frutos da árvore envenenada”.

5.4 – Descontaminação do julgado

Em razão de sua inadmissibilidade, quando uma prova ilícita chegar a ser produzida em um processo judicial, deverá sê-la, obrigatoriamente desconsiderada pelo seu Julgador.

Assim sendo, a prova, considerada ilícita, não poderá ser valorada e, muito menos, servirá para fundamentar uma sentença judicial, cabendo ao poder judiciário realizar todos os esforços necessários para que a sentença não seja influenciada por seu conteúdo.

Fato interessante ocorre quando um magistrado, não reconhecendo a ilicitude da prova, fundamenta sua sentença de mérito conhecendo o seu conteúdo. Todavia, a demanda, ao ser submetida a um novo julgamento já em segunda instância, o respectivo órgão julgador entende ser ilícita a prova e, em consequência, anula a decisão *a quo*, devolvendo o feito para um novo julgamento àquele mesmo Juízo que antes proferiu a sentença conhecendo a prova.

Neste caso, o processo retornará ao mesmo Julgador que considerou a prova válida e, pior, a mesma pessoa que sentenciou com base em seu conteúdo.

Tal situação peculiar nos conduz a analisar sobre a real possibilidade da efetiva influência do teor da prova ilícita na formação da convicção de um julgador, ao ponto de, muitas vezes, após sua exclusão dos autos, ainda sim atormentará a consciência do julgador ao ponto de lhe prejudicar sua imparcialidade.

Ora, cabe ao julgador conduzir o processo e sua respectiva produção de provas. Assim sendo, possuindo uma visão pessoal e paralela dos fatos deduzidos em Juízo, como poderá o juiz conduzir o julgamento ou a produção de provas de forma imparcial, sem que questione excessivamente uma prova contrária ou, por outro lado, admita, facilmente, uma prova favorável “à sua versão dos fatos”?

Nota-se, portanto, que a produção de uma prova ilícita e sua futura inadmissibilidade, logo após o reconhecimento judicial, poderá gerar efeitos nocivos ao futuro julgamento, influenciando os atos do julgador e prejudicando a sua imparcialidade.

Ainda que se tire a prova dos autos, não se retirará a influência daquela prova específica no íntimo do magistrado. A medida cabível é a chamada teoria da 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 de foro íntimo)...” (TEIXEIRA, 2014, p. 176)

Por isto, espera-se que o próprio magistrado, participante da produção de uma prova ilícita ou que tomara conhecimento de seu teor, seja, obrigatoriamente, afastado da nova instrução e julgamento da lide, como forma de garantir a independência necessária, tomar conhecimento dos fatos através das provas admitidas em lei, garantindo a imparcialidade no novo julgamento.

É claro que esta teoria não defende a transgressão de outros direitos, como a violação ao juiz natural; porém, através de sua efetiva adoção, permite-se, ao caso, a realização de um julgamento imparcial e justo, eliminando qualquer possibilidade de influência direta de uma prova judicialmente declarada ilícita.

5.5 – A prova ilícita no direito comparado

Não só o Brasil, mas em diversos países há uma reflexão da doutrina e jurisprudência local sobre a possibilidade de admissão de uma prova ilícita em um processo civil, destacando-se a Alemanha e os Estados Unidos como países que mais desenvolveram o tema das provas ilícitas.

5.5.1 – Alemanha

A prova ilícita na Alemanha começou a ser debatida já no início do século XX, quando o jurista Beling publicou um trabalho acerca das proibições probatórias, sendo que, a princípio, tais ideias não surtiram efeito e nem tiveram a merecida atenção da comunidade jurídica, muito em razão de uma recente conquista que ainda ecoava fortemente nas mentes dos juristas da época: o princípio do livre convencimento judicial, o qual não admitia, à época, qualquer tipo de limitação.

Ressalta-se, também, que mesmo a Jurisdição, poder do Estado, gozava do vigente autoritarismo da época, o que privilegiava demasiadamente o interesse do poder estatal em detrimento de seu povo, fazendo com que a busca da verdade real tivesse prevalência em face da proibição de prova ilícita.

Em 1950, o legislador alemão introduziu o novo § 136 no Código de Processo Penal, o qual, em suma, vedada a utilização de métodos como tortura e sofrimentos físicos, bem como o uso de substâncias capazes de alterar, reduzir ou suprimir a capacidade de entender e a faculdade mnemônica do sujeito para apurar os fatos, vedando a aceitação desta prova em juízo (TEIXEIRA, 2014, p. 122/123).

Todavia, em 1952, mesmo com a referida norma acima referida, a Corte de Apelação alemã entendeu que a utilização de métodos vedados não torna a prova inadmissível.

Em 1954, o *Bundesgerichtshof* (a mais alta corte de justiça ordinária alemã abaixo apenas da corte constitucional federal alemã) considerou ilícita a prova obtida pela utilização do detector de mentira.

O mesmo tribunal, em 1958, declarou ser ilícita a prova colhida com violação a “valores fundamentais”, vedando a admissibilidade de provas ilícitas em questões de interesses privados. Este julgamento versava sobre a gravação secreta e reprodução de uma conversa privada.

Em outra situação, entendeu que a utilização de anotações pessoais e de diários tratava-se de violação à privacidade.

Teixeira, citando Márcia Cunha Silva Araújo, assim descreveu a importância de tais ocorrências:

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 em valor absoluto e não pode ser alcançada a qualquer custo. (2014, p. 124/125)

Posteriormente, entendeu-se que a proibição de prova ilícita não acompanhava, necessariamente, a sua utilização em juízo. Assim, caberia ao Judiciário efetuar a análise sobre, com base no postulado da proporcionalidade, a possibilidade de se admitir ou não as provas ilícitas em cada caso concreto, ponderando os direitos fundamentais envolvidos no caso *sub judice*.

Como a verificação é feita em cada caso, Teixeira, citando Nelson Nery Junior, traz outras hipóteses de inadmissibilidade de prova ilícita na Alemanha:

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 eu observou, ilegalmente, o cônjuge réu em sua própria casa; e) o depoimento de uma testemunha sobre fatos que soube espreitando conversa privada em segredo”. (2014, p. 125)

Daí se percebe que, atualmente, a regra no direito alemão é a inadmissibilidade da prova ilícita; porém, admite-se a prova ilícita quando, após uma ponderação dos valores envolvidos, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

5.5.2 – Estados Unidos

Nos Estados Unidos, mesmo com o teor da Emenda IV da sua Constituição na qual garantia a inviolabilidade de pessoas, casas, papéis e

efeitos, a qual vigora desde 1791, no princípio, ainda sim se permitia a admissibilidade de provas ilícitas em todos e quaisquer processos.

Foi, porém, somente a partir de um julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1914, no processo *Weeks VS. United States*, que se mudou o posicionamento da Suprema Corte para afastar a admissibilidade de provas ilícitas, a qual tinha sido produzida em razão da obtenção de documentos com a invasão de uma casa sem mandado. Surgiu, aí, a *exclusionary rule* (regra de proibição). Daí em diante, a Suprema Corte passou a aplicar a *exclusionary rule* de forma praticamente absoluta.

Com o passar do tempo, a Suprema Corte reviu a utilização da regra de proibição, decidindo relativizar a forma absoluta como estava sendo aplicado a proibição, coibindo verdadeiros abusos. Em 1984, no caso *United States VS. Leon*, entendeu que a boa-fé do agente policial (*good faith*) excluía a possibilidade de se utilizar a *exclusionary rule*.

É importante que se diga que *exclusionary rule* não é uma regra legal, mas uma *court-made rule*, sendo aplicável atualmente no processo penal americano com certa parcimônia e de acordo com o princípio a razoabilidade.

Outrossim, é importante destacar aqui que, ainda na década de 1970, o direito americano, numa tentativa de positivizar a regra, também criou uma legislação escrita sobre o tema de provas ilícitas, a chamada *Federal Rules of Evidence*, o que, em seu art. 402, admitiu, em regra, uma prova em Juízo desde que não viole a Constituição, lei federal ou regras prescritas pela Suprema Corte.

5.5.3 – Espanha

Na Espanha, a maioria da doutrina posiciona-se de forma contrária a admissão, em Juízo, de provas produzidas de forma ilícita. Segundo Avolio:

Assim, Manresa & Navarro já defendiam a tese de que o documento em poder do litigante adquirido de forma ilegal é inutilizável no processo, por constituir violação da regra de direito segundo a qual “os fatos ilícitos não devem aproveitar ao autor”. Silva Melero sintetiza que quanto os meios de prova são ilícitos, não devem ser admitidos, e, no caso de o haverem

sido, não devem ser considerados aos fins da decisão. Serra Domingues acompanha Manresa, acrescentando o enfoque da igualdade das partes. (2012, p. 53)

Todavia, segundo relato de Teixeira, a “jurisprudência espanhola, representada pelo Supremo Tribunal Constitucional, tem caminhado no sentido dos Estados Unidos, limitando e prevendo exceções às provas ilícitas, permitindo que sejam usadas em várias situações” (2014, p. 128).

5.5.4 – Itália

Na Itália, inicialmente, o entendimento predominante seria pela inadmissibilidade das provas produzidas de forma ilícita em Juízo. Relata Avolio, que a Corte de Apelação Milanesa não admitiu a “...utilização de escritos “alheios” como prova das próprias pretensões” (2012, p. 45), porém, em contrapartida:

No caso de ser necessário abrir-se uma exceção à vedação probatória, como, por exemplo, para a persecução de graves delitos, caberia ao juiz a apreciação da validade e do peso do documento ilegitimamente subtraído da parte adversa e produzido em juízo. A solução dos problemas projetada pelos juízes milaneses era, para Trocker, perfeitamente coerente com as premissas extraídas do ordenamento. (2012, p. 45/46)

Nota-se que a exceção era admitida, porém a doutrina italiana continuava defendendo a impossibilidade de se admitir em juízo a prova ilícita.

Hoje, nem a Constituição e nem o Código de Processo Civil italiano abordam qualquer proibição à admissibilidade da prova produzida de forma ilícita, sendo que, o único diploma legal que trata do assunto é o Código de Processo Penal em seu art. 191.

Porém, mesmo após a positivação da proibição da prova ilícita no processo penal italiano, ainda sim, parte da doutrina tem entendido que tal regra não é absoluta.

Em razão disto, a doutrina e jurisprudência italiana ainda se divide em admitir ou não a prova ilícita em Juízo (TEIXEIRA, 2014, p. 136).

5.6 – Prova ilícita e prova emprestada

É salutar analisar a questão relacionada à prova emprestada. Prova emprestada é aquela que, produzida em processo civil ou criminal, venha a ser utilizada em outra demanda distinta daquela que lhe deu origem.

Segundo relata Avolio:

Segundo a doutrina e a jurisprudência, a prova emprestada não vale quando colhida sem a participação da parte a quem deve afetar, mas não se exige efetividade do contraditório, bastando que a parte interessada tenha ao menos tido ciência da existência dessa prova, e que também seja parte no segundo processo. Não exige, por óbvio, identidade do juízo, o que frustraria o próprio conceito de prova emprestada, baseado nos princípios da unidade de jurisdição e da economia processual. (2012, pag. 74)

Daí se percebe que a prova emprestada poderá ser admitida em outro Juízo apenas quando o seu prejudicado tenha participação da sua produção no feito de origem, sob pena ser de considerada prova ilícita por ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa.

E, neste sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos. (Inq 2424 QO/RJ - RIO DE JANEIRO - QUESTÃO DE ORDEM NO INQUÉRITO - Relator(a): Min. CEZAR PELUSO - Julgamento: 25/04/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Daí se percebe que, apenas se respeitada a ampla defesa e o contraditório, as provas emprestadas poderão ser admitidas, senão serão consideradas ilícitas.

5.7 – Prova ilícita e sua admissibilidade no processo civil brasileiro

Como dito antes, a prova produzida por meio ilícito não pode ser admitida como válida para demonstrar os fatos narrados pelas partes litigantes em processo judicial, pois, segundo o inciso LVI, do art. 5º, da Constituição Federal: “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Seguindo a mesma orientação, o Código de Processo Civil estabeleceu em seu artigo 332 o que se segue:

Art. 332. 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.

Nota-se, portanto, inadmissível, em Juízo, provas produzidas com violação à lei. O novo Código de Processo Civil, recentemente aprovado pelo Congresso Nacional, não realizou grandes alterações no dispositivo, o qual, assumindo a posição do artigo 369, tem a seguinte redação:

Art. 369. As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Tais disposições constitucionais e legais foram estabelecidas justamente com a finalidade de garantir, às partes e a toda sociedade, a realização de um processo judicial em que se respeite a todos os direitos de um país, promovendo, em contrapartida, a segurança jurídica nas relações processuais.

Pela inadmissibilidade da prova ilícita no processo, aliás, já decidiu, reiteradamente, o Supremo Tribunal Federal:

A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases

democráticas (art. 1º, da CF/1988), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, de direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. (RHC 90.376, j. 03.04.2007, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.05.2007)

De fato, um Estado que tenha o intuito de ser “democrático de direito” (art. 1º, CF), não pode admitir ou incentivar a violação de sua legislação, situação que, como um efeito colateral, terá impacto na sua própria estrutura.

Por isso que, da análise fria do inciso LVI, do art. 5º, da Constituição Federal, fazendo-se uma interpretação meramente textual, poder-se-ia entender que a inadmissibilidade da prova ilícita trata-se de um direito absoluto, não admitindo, em consequência, qualquer exceção.

Porém, o simples fato de ter-se elevado a inadmissibilidade da prova ilícita a um direito fundamental já é suficiente para afastar a característica de absoluto deste direito, pois, segundo a lição de Celso de Mello:

(...) não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (...) - (MS n. 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 12.5.2000).

Assim sendo, o direito a inadmissibilidade de prova ilícita em processo, apesar da redação do inciso LVI, do art. 5º, da Constituição Federal sugerir isto, também não configura uma regra absoluta devendo, sua

interpretação, ser compatibilizada com os demais direitos fundamentais de nosso país através do chamado princípio da proporcionalidade.

Ensina Bonavides:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado.(...)

Partindo-se do princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição com outra norma da Constituição, e atentando-se, ao mesmo passo, para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano – chega-se de necessidade ao “princípio da concordância prática”, cunhado por Konrad Hesse, como uma projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais, consoante tem ocorrido no caso de limitações ao direito de opinião.(...)

Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (*Abwägung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção. (2012, p. 439/440)

Portanto, caberá ao julgador, em cada caso concreto envolvendo conflito de direitos fundamentais, aplicando o princípio da proporcionalidade, definir qual deles melhor corresponde ao desejo do constituinte, tudo para garantir a aplicação justa dos valores consagrados pela Constituição.

Da mesma forma se dará com o conflito envolvendo o direito fundamental de inadmissibilidade da prova ilícita e o direito à prova, atribuído a cada parte processual.

Hoje, doutrina e jurisprudência reconhecem a existência de um direito constitucionalmente garantido à prova, o qual guarda uma evidente relação com os direitos de ação e de defesa. Este direito à prova deve assegurar à parte a oportunidade de se valer dos meios de prova geralmente reconhecidos pelo ordenamento e, ao mesmo tempo, impedir o legislador de criar obstáculos injustificados a prova dos fatos que se deseja sejam considerados em juízo. (GIANNICO, 2012, p. 117/118)

Além disso, deve-se considerar os direitos aos quais as partes querem ver tutelados pelo Poder Judiciário. Caso a prova produzida por meio ilícito recaísse sobre a violação de outro direito fundamental, a inadmissibilidade desta prova poderia ocasionar em verdadeira violação de outro direito fundamental. Deve-se, neste caso, o Poder Judiciário também se utilizar do Princípio da Proporcionalidade.

Para Cambi:

É evidente que o caso concreto apresenta para o órgão julgador um conflito de interesses, em que pode ser colocado o problema de se ter de harmonizar dois ou mais direitos constitucionais contrapostos, ficando o juiz a questão de resolver qual das esferas desses direitos deve ser limitada para que aquele considerado mais relevante seja tutelado. Para poder solucionar esse problema, o magistrado tem de fazer uma *interpretação sistemática* da Constituição e, sabendo que o direito à prova é um direito constitucional, deve valorar se esse direito pode ser efetivado no caso concreto ou, ao contrário, deve ser restringido para que outro direito possa ser protegido.

Nessa atividade, é imprescindível que o juiz se valha do *princípio da proporcionalidade*, pelo qual se faz o balanceamento dos interesses e dos valores constitucionais em conflito, a fim de poder decidir qual dos direitos deve prevalecer e em que medida o outro deve ser sacrificado. Desse modo, o princípio da proporcionalidade é uma fórmula que permite a interpretação sistemática da Constituição, operacionalizando o equilíbrio dos vários valores e interesses, abstratamente contidos no texto constitucional, que põem se contrapor diante das circunstâncias particulares de cada causa. Com efeito, procura-se encontrar um mecanismo capaz de harmonizar os vários valores constitucionais, com o intuito de saber qual o valor se mostra mais relevante e cuja tutela há de representar uma solução mais justa ao caso concreto. (2006, p. 70/71)

Por isso, o entendimento do referido autor é no sentido de que “deve-se refutar, pois, a hipótese de uma interpretação da regra contida no art. 5º, inciso LVI, da CF, sob pena de tornar a prova ilícita um dogma temerário à consecução da decisão justa.” (2006, pag. 71).

Já Marinoni e Arenhart, defendendo a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, afirma ser possível a realização de uma ponderação judicial sobre os direitos envolvidos em cada caso concreto, tudo isto para permitir, ou não, a admissibilidade da prova ilícita.

A regra da proporcionalidade é admitida no direito brasileiro, embora muitas vezes tenha a sua aplicação impugnada diante da norma constitucional que proíbe as provas ilícitas. O argumento é o de que a Constituição federal já fez a ponderação entre a tutela do direito material e o direito à descoberta da verdade. Afirma Luis Roberto Barroso, por exemplo, que 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 ilícita”.

Não se pretende negar que o art. 5º, LVI, da CF realizou uma ponderação entre a efetividade da proteção do direito material e o direito à descoberta da verdade. Mas é preciso evidenciar que, tratando-se de processo civil, é incontestável a possibilidade de uma segunda ponderação, a ser feita no caso concreto. Por meio desta ponderação, o juiz poderá admitir eficácia à prova ilícita.

Como se vê, necessária a percepção de que a eleição de um valor, pela norma, não exclui a possibilidade da realização de outra ponderação, a ser feita pelo juiz diante do caso concreto. (2011, p. 271)

Há de se convir que a admissibilidade das provas ilícitas em certos casos serve aos interesses constitucionais do próprio Estado, considerando que, caso não se admita a prova produzida por meios ilícitos em feitos em que se tutelem direitos fundamentais, poder-se-ia afirmar que a limitação ao direito de prova provoca a violação de outros direitos fundamentais essenciais ao Estado, como à dignidade da pessoa humana.

Daí a necessidade de se utilizar do princípio da proporcionalidade e, de acordo com as características do caso concreto, concluir-se sobre qual direito fundamental deve ser prestigiado e qual deverá ser afastado:

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto. (AVOLIO, 2012, p. 60)

No que tange especificamente ao processo civil, este também engloba direitos fundamentais em suas matérias de abrangência, como os

oriundos do direito à personalidade, moradia, saúde, igualdade, entre outros, os quais foram tutelados da forma ampla pelo constituinte, não havendo razão plausível para se afastar a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em processos que envolvam conflitos de direitos fundamentais.

Por outro lado, poder-se-ia dizer que a vedação da admissibilidade de prova ilícita confere sustentação e segurança jurídica ao próprio sistema processual, justamente porque garante o respeito ao devido processo legal, sem falar que previne e não alimenta práticas de violação dos demais direitos.

Todavia, há casos em que o julgador não poderá, simplesmente, fechar seus olhos para os fatos comprovados por provas ilícitas, negando a tutela a um direito fundamental, lastreado, simplesmente, na ilicitude da fonte comprobatória; para estes casos, a melhor alternativa é o julgador aplicar o Princípio da Proporcionalidade e, assim, diante das características do caso concreto, definir o que é mais relevante proteger: a inadmissibilidade da prova ilícita ou o outro direito fundamental envolvido.

Cabe, nesse tópico, indagar sobre o alcance da regra contida no art. 5º, inc. LVI, da CF. (...)

Caso se optasse por uma exegese meramente literal do dispositivo constitucional, acabar-se-ia por ter de admitir um limite apriorístico e absoluto ao direito à prova, o que, além de poder inviabilizar o seu exercício, impossibilitaria a tomada de posicionamentos críticos a respeito da sua efetividade, diante das circunstâncias vivas, que o caso suscetível à apreciação concreta do Poder Judiciário poderia revelar. Nesse sentido, poder-se-ia estar consentindo com a violação de outros valores constitucionais mais relevantes que aquele que está contido na vedação das provas ilícitas e, com isso, infringir o próprio *princípio da convivência das liberdades*, pelo qual nenhum direito ode ser exercido de modo danoso à ordem pública ou às liberdades alheias. (CAMBI, 2006, p. 70)

Nota-se que tal possibilidade é fortemente admitida pela doutrina alemã, como bem constatou Nery Junior:

A moderna doutrina alemã do direito processual civil tem-se pronunciado no sentido de que não mais vige, em toda a 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.

(....)

Fala-se, contudo, da incidência do princípio da proporcionalidade (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) no procedimento probatório, de sorte a abrandar o princípio da proibição da prova obtida ilicitamente. (NERY JR., 2013, p. 277/278)

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça, adotando posicionamento do Supremo Tribunal Federal, admitiu a possibilidade da aplicação do Princípio da Proporcionalidade em um processo penal. Peço vênha para transcrever um trecho da ementa:

(...) 5 - É certo que doutrina e jurisprudência repudiam com veemência "os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos." (RHC n. 90.376/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, 2T, DJe 18.5.2007).

(...)

8 - A mitigação das regras de exclusão da prova, no entendimento da Suprema Corte pátria, se justifica pelo princípio da proporcionalidade, que sempre se referencia em sede de interpretação e aplicação de normas penais e processuais penais. Razoável, portanto, o afastamento do caráter absoluto das regras de exclusão da prova "em razão de seu alargamento ter o condão de produzir um quadro de impunidade, tendo em vista que, em alguns casos, toda a persecução penal restará obstada pelo simples fato de que o conhecimento inicial da infração se deu por meios ilícitos." (HC n. 91.867/PA, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2T, DJe 20.9.2012). (...) (HC 148178/PR HABEAS CORPUS 2009/0184719-5 – Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ - T6 - SEXTA TURMA – Data: 19/11/2013) (grifo nosso)

Seguindo esta mesma orientação, a prova ilícita poderá ser admitida em processo judicial civil nos casos em que, ao fazer um Juízo de ponderação, o julgador entenda ser mais vantajoso ao Estado assegurar o direito fundamental pretendido pela parte do que a inadmissibilidade da prova ilícita.

Apesar de ser juridicamente possível, quando se trata de processo civil, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou pela inadmissibilidade da prova ilícita:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. QUEBRA DE SIGILO FUNCIONAL. PROVA ILÍCITA. INVALIDADE.

- O direito constitucional-penal inscrito na Carta Política de 1988 e concebido num período de reconquista das franquias democráticas consagra os princípios do amplo direito de defesa, do devido processo legal, do contraditório e da inadmissibilidade da prova ilícita (CF, art. 5º, LIV, LV e LVI).

- O processo administrativo disciplinar que impôs a Delegado de Polícia Civil a pena de demissão com fundamento em informações obtidas com quebra de sigilo funcional, sem a prévia autorização judicial, é desprovido de vitalidade jurídica, porquanto baseado em prova ilícita.

- Sendo a prova ilícita realizada sem a autorização da autoridade judiciária competente, é desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta e insusceptível de ser sanada por força da preclusão.

- Recurso ordinário provido. Segurança concedida. (RMS 8327/MG RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1997/0016298-2 - Ministro VICENTE LEAL T6 - SEXTA TURMA – Data do Julgamento: 24/06/1999)

Porém, não obsta que em futuros casos o Superior Tribunal de Justiça venha alterar seu posicionamento para permitir a aplicação do Princípio da Proporcionalidade em processos cíveis.

Quanto ao mais, salienta-se que, ao fazer este julgamento apoiado em um caso concreto, o julgador não estará transformando em “letra morta” o disposto no inciso LVI, do art. 5º, da CF, mas sim, através da ponderação de valores constitucionais, meramente assegurará a melhor interpretação constitucional ao caso concreto.

Sem falar, também, que tal atitude possibilitará um aperfeiçoamento dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, cooperando para a formação de uma sociedade com princípios fundamentais de contornos mais conhecidos, diante a mensuração de seus limites, preservando, inclusive, a segurança jurídica do Estado.

Por fim, há doutrinadores, como Didier, Braga e Oliveira, que, ao admitir a utilização de provas ilícitas em processos, entendem por bem

estabelecer outros requisitos legais para sua realização além da proporcionalidade:

A admissibilidade da prova ilícita no processo deve ser vista, porém, como algo excepcional. Para que seja admitida, é necessário que sejam atendidos alguns critérios: (i) imprescindibilidade: somente pode ser aceita quando se verificar, no caso concreto, que não havia outro modo de se demonstrar a alegação de fato objeto da prova ilícita, ou ainda quando o outro modo existente se mostrar extremamente gravoso/custoso para a parte, a ponto de inviabilizar, na prática, o seu direito à prova; (ii) proporcionalidade: o bem da vida objeto de tutela pela prova ilícita deve mostrar-se, no caso concreto, mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude da prova; (iii) punibilidade: se a conduta da parte que se vale da prova ilícita é antijurídica/ilícita, o juiz deve tomar as providências necessárias para que seja ela punida nos termos da lei de regência (penal, administrativa, civil etc.); (iv) utilização *pro reo*: no *processo penal*, e apenas nele, tem-se entendido que a prova ilícita somente pode ser aceita se for para beneficiar o réu/acusado, jamais para prejudica-lo. (2012, p. 34/35)

Tais disposições doutrinárias mostram-se de elevada importância para o aplicador da norma; todavia, de forma alguma afastará a possibilidade de o órgão jurisdicional realizar, em cada caso concreto, um juízo de proporcionalidade dos direitos fundamentais, zelando pela melhor interpretação constitucional.

5.8 – O princípio da proporcionalidade e a justiça

Pelos mesmos motivos que levaram os doutrinadores modernos a admitirem a aplicação do princípio da proporcionalidade entre a inadmissibilidade de prova ilícita e o direito fundamental comprovado pela prova ilícita, poder-se-ia fazer outra avaliação, agora entre a mesma inadmissibilidade da prova ilícita e a negativa de distribuição da tutela jurisdicional justa àquele que se utilizou de prova produzida ilicitamente para comprovar seu direito.

Ora, a inadmissibilidade da prova ilícita em um processo pode gerar, como efeito colateral, a negativa da distribuição da tutela jurisdicional justa, frustrando, em consequência, um dos objetivos fundamentais do Estado

Brasileiro, consagrado no inciso I, do artigo 3º, da Constituição Federal, que é a formação de uma sociedade justa.

De fato, como já se afirmou antes, toda vez que há um conflito de interesses, caberá, em regra, as partes deduzirem os fatos em Juízo para, ao final, elencar seus pedidos com base no direito material vigente.

O processo tem por finalidade resolver litígios, o que, aliás, é obrigação do Estado Contemporâneo, haja vista que, salvo raríssimas exceções, reservou para si o monopólio da força.

Entretanto, mesmo com a finalidade próxima de resolver litígios, o Estado não os pode resolver ao seu bel prazer; pelo contrário, deve respeitar o procedimento estabelecido em lei para, ao final, valendo-se de parâmetros pré-estabelecidos em nosso direito, conferir, a cada um dos litigantes, aquilo que a lei lhes reserva.

Segundo Bedaque, “processo é instrumento de justiça material” (2011, p. 63), pois:

O legislador estabelece determinadas regras, visando a regular a atividade desenvolvida pelo juiz e pelas partes, com vistas à formulação e atuação concreta da regra de direito material. Adota as técnicas que, a seu ver, conferem segurança e celeridade ao método.

Importante enfatizar o escopo maior desse método de trabalho, ou seja, aonde se pretende chegar com a prática desses atos em conformidade com o modelo legal. Esse caminho visa à atuação do direito material ou, em outras palavras, ao resultado pretendido pelo ordenamento jurídico substancial para o caso concreto, mediante formulação e efetivação da respectiva regra. O objeto do processo é constituído, pois, por esse direito afirmado, que, se reconhecido, será assegurado pela tutela. A pretensão a um provimento jurisdicional é de natureza processual e tem por conteúdo, sempre e invariavelmente, outra pretensão, esta fundada no direito material, ou seja, o direito afirmado. A pretensão processual só tem sentido em função da pretensão fundada no direito material. (2011, p. 15/16)

Para que isto ocorra, o juiz deve conhecer o direito, as argumentações de cada parte e seus pedidos, bem como se certificar da ocorrência dos fatos.

No que tange ao direito, a lei presume ser de conhecimento do Juízo. Já as alegações das partes chegam ao julgador pela atuação direta dos

interessados, dependendo, em regra, da comprovação de sua ocorrência, o que se dá através da produção de provas, devendo ser feita pela parte interessada e pelo juiz na forma do art. 130, do CPC.

É necessário ressaltar que a exigência de prova apoia-se na ideia de que cada parte deverá comprovar a verdade de suas alegações em Juízo, tudo para proporcionar, ao órgão jurisdicional, a certeza necessária para um julgamento justo dentro dos parâmetros estabelecidos no direito material pátrio.

Resumidamente, percebe-se que o processo, meio de solução de conflitos adotado pelo Estado, deve proporcionar ao Juiz o conhecimento dos fatos, para que este possa proferir uma decisão segura e justa segundo os parâmetros da lei. Assim, todos os atos praticados no processo, inclusive a prova, devem, obrigatoriamente, objetivar a distribuição de Justiça às partes, segundo o direito material vigente no país (Estado Democrático de Direito).

...a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social. Mesmo quem postule a distinção funcional muito nítida e marcada entre os dois planos do ordenamento jurídico (teoria dualista) há de aceitar que direito e processo compõem um só sistema voltado a pacificação de conflitos. É uma questão de perspectiva: enquanto a visão jurídica de um e outro em suas relações revela que o processo serve para a atuação do direito, sem inovações ou criação, o enfoque social de ambos os mostra assim solidariamente voltados à mesma ordem de benefícios a serem prestados à sociedade.

(...)

Por outro lado, existe a predisposição a aceitar decisões desfavoráveis na medida em que cada um, tendo oportunidade de participar na preparação da decisão e influir no seu teor mediante observância do procedimento adequado (princípio do contraditório, legitimação pelo procedimento), confia na idoneidade do sistema em si mesmo. E, por fim: psicologicamente, às vezes a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente: eliminado este desaparecem as angústias inerentes ao estado de insatisfação e esta, se perdurar, estará desativada de boa parte de sua potencialidade anti-social.

Isto não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. **Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.** (DINAMARCO, 2013, p. 189/191) (grifo nosso).

Não se nega, portanto, que a prova é um dos elementos determinantes na solução do litígio, e que, sua admissão ou não poderá conduzir a uma decisão justa ou injusta.

Todavia, apesar de determinante à distribuição da Justiça, o constituinte decidiu atribuir ao direito à prova um limite, vedando a admissibilidade de provas produzidas com violação ao direito material e processual.

Caso se analise o fundamento desta regra, perceber-se-á que, ao impor limites à produção de provas, decidiu o constituinte pela admissão de prova produzidas segundo a legislação pátria para, com isso, não transformar o processo em uma disputa sem regras e nem incentivar a produção de provas por quaisquer meios possíveis e capazes de demonstrar a verdade.

Outra motivação que se poderia conferir a tal dispositivo é a questão histórica, considerando que a atual Constituição Federal 1988 surgiu logo após um período de ditadura em que se violavam, reiteradamente, direitos e garantias fundamentais. Em razão disto, necessário se fazia a imposição de uma pena severa capaz de evitar, tanto ao Estado como a todo particular influente, a produção de provas por meios ilícitos, sendo adotada a sua inadmissibilidade.

Cabe, nesse tópico, indagar sobre o alcance da regra contida no art. 5º, inc. LVI, da CF. O constituinte, ao deixar expresso que são “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”, procurou combater, com veemência, a utilização das provas ilícitas, o que se explica, já que a Constituição brasileira de 1988 foi elaborada em um momento de transição democrática, tendo que representar uma espécie de resposta às violações dos direitos fundamentais cometidas durante o regime totalitário. (CAMBI, 2011, p. 70)

Por isso, em quaisquer tipos de processos, especialmente nos criminais em que a produção de prova, em regra, é feita pelo próprio Estado, inaceitável, para o constituinte originário, a prova ilícita.

Nota-se, portanto, que a intenção do constituinte nunca foi afastar a distribuição da tutela jurisdicional justa pelo Poder Judiciário, mas sim o de preservar o próprio direito material e processual brasileiro.

Daí a necessidade de, em cada caso concreto, aplicando-se a proporcionalidade, definir entre a aplicação da Justiça, mesmo que se admita uma prova ilícita, ou pela inadmissibilidade da prova ilícita e, talvez, proferir uma decisão injusta.

Para estes casos, deve-se, sempre, preservar a Justiça, vedando a prevalência do direito processual sobre o material.

Torna-se, destarte, possível o desenvolvimento da técnica processual com o intuito de promover a tutela do direito material. Afinal, de nada adiantaria alguém ser titular de um direito material se não houvesse também um direito ao procedimento ou ao processo indispensável para assegurar a sua eficácia.

Incorpora-se, pois, a noção de efetividade do mecanismo processual, antes reservada à sociologia, passando a ser estudada pela dogmática jurídica. **O direito processual jamais poderá impedir a realização do direito substancial, sendo que todo e qualquer obstáculo, presente na lei processual, deve ser analisado à luz do art. 5º, XXXV, da CF/1988.**

Aqueles considerados desproporcionais e não razoáveis devem ser declarados inconstitucionais, para não se prejudicar a tutela do direito material. (CAMBI, 2011, p. 221) (grifo nosso)

Não se nega, portanto, a necessidade de se proteger o devido processo legal e todos os demais direitos fundamentais do intuito de interessados em produzir provas em processo judicial para garantir direitos materiais; todavia, não se pode deixar que eventual limitação ao direito de prova impusesse uma restrição a apuração da verdade quando inibir a distribuição da tutela jurisdicional justa.

Ora, o Estado garantiu a todos o acesso ao Poder Judiciário, para que, através de um processo, possa ter acesso a uma tutela jurisdicional justa segundo os parâmetros do direito material. Não poderá, conseqüentemente, o Estado-juiz negar a aplicação da norma de direito material quando tenha conhecimento dos fatos.

É importante ressaltar ainda que a conduta estatal de afastar a admissibilidade da prova ilícita que, de certa forma, tem a finalidade de punir o infrator da lei quando a produziu, tem outro efeito colateral reflexo que é o de privilegiar a outra parte que, muitas vezes, também violou um direito, o qual não será demonstrado em Juízo pela inadmissibilidade da prova ilícita.

Como bem ensina Franzé:

Ora, se adotarmos cegamente a regra da *exclusionary rule*, atingiríamos o absurdo de, em regra, não podermos condenar o autor do crime de extorsão, pois a gravação, (que seria a prova mais contundente), não seria permitida.

Em outras palavras, recairíamos no paradoxo de que apenas existiriam direitos e garantias fundamentais para o infrator, em detrimento da dignidade da vítima e da sociedade. e, neste caso, estaríamos rasgando o texto constitucional. (2008, p. 06)

Por todo o exposto, inegável a admissibilidade do Princípio da Proporcionalidade na aplicação do previsto no inciso LVI, do art. 5º, da Constituição Federal, considerando ser o que melhor atende ao objetivo fundamental do Estado Brasileiro, previsto no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, qual seja, a Justiça.

CONCLUSÃO

O trabalho foi desenvolvido no intuito de se analisar a possibilidade de se admitir provas produzidas por meios ilícitos em processo civil, atendendo aos interesses do Estado Democrático de Direito, em especial o Princípio da Segurança Jurídica.

De fato, o Estado brasileiro proibiu a admissão em Juízo de uma prova produzida por meios ilícitos consoante previsão expressa no inciso LVI, do art. 5º, da Constituição Federal. Além disso, o constituinte adotou, entre outros princípios, a segurança jurídica como forma de conceder a todos os seus cidadãos o direito individual de que, nem o próprio ente estatal ou qualquer particular, poderá violar seus interesses legalmente reconhecidos pelo nosso ordenamento jurídico.

Entre estas garantias, poder-se-ia lembrar aqui, por pertinentes, o acesso à Justiça, o contraditório e a ampla defesa, o devido processo legal, o direito à prova e, também, a já mencionada inadmissibilidade de uma prova produzida de forma ilícita ser utilizado em processo de seu interesse.

Se assim o é, qualquer pessoa espera ver preservado e tutelado seu direito de atuar em processo sem que o Juízo admita provas ilícitas, o que, em consequência, atende fielmente ao Princípio da Segurança Jurídica.

Agora, se o Juiz, conhecendo através de uma prova produzida por meios ilícitos os fatos, decide, simplesmente, afasta-la e distribuir, em consequência, uma decisão injusta para atender o direito fundamental da inadmissibilidade da prova ilícita, poderá, em contrapartida, violar outro direito fundamental igualmente amparado em nosso ordenamento jurídico.

Assim se percebe a necessidade de, ao contrário de se negar a existência em nosso meio dos princípios da inadmissibilidade da prova ilícita e da segurança jurídica, relativizar suas aplicações. Por se tratarem de direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição, caso colidam com outro interesse de mesma natureza em um caso concreto, poderá o intérprete, valendo-se do princípio da proporcionalidade e considerando os valores em jogo no caso concreto, afastar ou não os princípios da segurança jurídica e da

inadmissibilidade da prova produzida por meios ilícitos, dando margem à aplicação do direito fundamental que melhor atende ao caso em concreto.

Pode-se exemplificar: pense-se em caso concreto submetido ao crivo do Poder Judiciário em que uma das partes decida gravar ligações telefônicas sem o devido amparo legal, em evidente violação ao princípio da privacidade, com o intuito de comprovar reiteradas agressões ao seu filho pela sua genitora/guardiã e, com isso, justificar seu pleito de guarda do infante em seu favor.

Caso se faça uma interpretação textual do inciso LVI, do art. 5º, da Constituição Federal, inadmissível seria a utilização desta prova em Juízo, o que atenderia ao Princípio da Segurança Jurídica, mas, em contrapartida, violaria outros direitos fundamentais, como o direito à vida e a Justiça.

Por outro lado, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, terá o julgador a possibilidade de prestigiar o direito fundamental que melhor atende ao caso em concreto, afastando a incidência do outro, zelando pela melhor aplicação do direito.

Assim agindo, não estará violando o princípio da segurança jurídica, considerando se tratar de igual direito fundamental, o que, por sua natureza normativa, permite-se a sua relativização em caso de colisão com outro direito de mesma natureza.

Além disso, deve-se ressaltar que a aplicação do princípio da proporcionalidade para se admitir provas produzidas por meios ilícitos, permitirá ao julgador o melhor conhecimento dos fatos e, com isso, a distribuição de uma tutela jurisdicional justa.

De fato, a sociedade espera do Poder Judiciário decisões que correspondam ao melhor entendimento jurídico vigente em sua época. Agindo assim o julgador nunca atentará contra o Princípio da Segurança Jurídica, pois zelará pela previsibilidade das decisões e pela estabilidade nas relações jurídicas.

De outro norte, ressalta-se que o Estado brasileiro, democrático de direito que é, deve pautar suas ações com base nos fundamentos elencados no art. 1º, da Constituição Federal, inclusive na elaboração e aplicação de seu ordenamento jurídico visando alcançar os objetivos elencados no art. 3º, da mesma Carta Magna.

Se assim o é, não se pode negar a possibilidade do Poder Judiciário distribuir uma justa decisão a um caso concreto a que lhe foi submetido, salvo quando violar outros direitos fundamentais de nosso Estado que, segundo a aplicação do princípio da proporcionalidade, deve prevalecer no caso concreto.

Por outro lado, em virtude da possibilidade de se admitir a prova ilícita em Juízo, poder-se-ia entender que se estaria incentivando a produção de provas em violação à lei e, em consequência, ao princípio da segurança jurídica; todavia, tal argumento não se sustenta, haja vista que, estando em vigor o princípio fundamental de inadmissibilidade da prova em Juízo, sempre pairará a dúvida aos litigantes sobre a admissibilidade ou não da prova produzida ilicitamente em Juízo, assumindo estes tal risco. Ademais, a produção de provas com violação ao ordenamento jurídico pode submeter aos litigantes a outras sanções de natureza penal, civil e administrativa.

Por fim, a sociedade clama por um processo mais célere, eficaz e justo, devendo o Estado pautar suas ações para atender tais expectativas, preservando os direitos fundamentais consagrados pela Constituição.

Neste norte, a admissibilidade de uma prova produzida por meio ilícito, quando relativizada a possibilidade de sua adoção através do Princípio da Proporcionalidade, em nada viola o princípio da segurança jurídica e, além disso, atenderá a este anseio da sociedade e aos objetivos de nosso Estado.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Elementos da Teoria Geral da Prova: a prova como direito humano e fundamental das partes do processo judicial**. São Paulo: Ltr, 2013.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas**. 5ª ed. rev., at. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Recurso extraordinário. Violação indireta da constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do supremo tribunal federal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro: Periódico Semestral da Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, ano 3, vol. III, janeiro a junho, 2009. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_3a_edicao.pdf>

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo.** 6ª ed. rev. e at.. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Poderes Instrutórios do Juiz.** 5ª Ed., rev. e at. São Paulo: Editora Revista do Tribunal, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 27ª ed., at. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.** 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, tomo I.

BURNIER, João Penido Junior. **Teoria Geral da Prova.** São Paulo: Edicamp, 2001.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm> Acesso em: 17 de julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo.** 4ª Ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

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

_____. **A Prova Civil: Admissibilidade e relevância.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3ª. Coimbra: Livraria Almedina.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVALCANTE, João Trindade Filho. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joa%20Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

COCURUTTO, Ailton. **Fundamentos do Direito Processual Civil: Teoria e Prática**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 3º ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6. ed., Bahia: Editora Jus Podivm, 2011, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15ª Edição Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Princípios Fundamentais**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA, Zulmar Duarte Junior. **Princípios do Processo Civil: noções fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. Prova ilícita frente à dignidade da pessoa humana. In. MACHADO, Ednilson Donisete. NAHAS, Thereza Christina. PADILHA, Norma Sueli (Coordenadores). **Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois.** Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010.

GIANNICO, Maricé. **A Prova no Código Civil: natureza jurídica.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Coleção Theotônio Negrão).

GOES, Ricardo Tinoco de. **Efetividade do Processo e Cognição Adequada.** São Paulo: MP Ed., 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil.** 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2.

GUERRA, Willis Santiago Filho. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 2ª edição revista e ampliação. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

LAURENTILIS, Lucas Catib. **Interpretação conforme a Constituição: conceito, técnicas e efeitos.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e Inversão do Ônus da Prova.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2ª ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO, Ednilson Donisete; PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina (coordenadores). **Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora.

MACHADO, Ednilson Donisete. **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 2.

_____. **Prova**. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Instituição de direito processual civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. Vol. 3.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo Civil Moderno: parte geral e processo de conhecimento**. 3ª Ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, vol. 1.

MITIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª ed., rev. atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção Temais Atuais de Direito Processual Civil – v. 14)

_____ (Coordenador). **O Processo Civil no Estado Constitucional**. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

MONTENEGRO, Misael Filho. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. I.

NERY, Nelson Jr.; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 10ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY, Nelson Jr. **Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 11ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. com "O valor da confissão como meio de prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova**. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ. **Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

REVISTA SÍNTESE DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. Porto Alegre: Síntese, v. 1, n.1, set./out. 1999.

RUTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Segunda Tiragem (com acréscimos). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

SANTOS, Gildo. **A Prova no Processo Civil**. 3ª ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 20ª ed., 2º vol., São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Prova Judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 4., Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Nelson Finotti. Verdade Real *Versus* Verdade Formal no Processo Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre: Síntese, v. 4, n. 20, nov./dez., 2002.

SILVA, Ovídio A. Batista. **Curso de Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. Vol. 1.

_____; Gomes, Fábio. **Teoria Geral do Processo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **A Prova Ilícita no Processo Civil**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.