

(Im) Possibilidade Jurídica de Utilização de Provas Ilícitas no Processo Civil

Fabício Veiga Costa¹
Plauto Pompeu Rino²

Sumário: Introdução; 1- Aspectos histórico-conceituais da prova; 2- A finalidade das provas frente ao conceito de verdade no processo civil; 2.1 - Provas: esclarecimento da pretensão ou convencimento do magistrado?; 2.2- Provas e Meios de Provas; 2.3- A produção de provas no Estado Democrático de Direito; 3- Fundamentos Jurídicos da Possibilidade de Utilização de Provas Ilícitas no Processo Civil; conclusão; Referências.

Introdução

O objetivo da presente pesquisa científica é discutir, na perspectiva da crítica científica, a problemática envolvendo as provas ilícitas no Direito Processual, visando esclarecer a possibilidade de utilizá-las especificamente no Direito Processual Civil brasileiro. Por isso pretende-se inicialmente esclarecer que as provas, ao contrário do que muitos defendem, não tem a finalidade de reconstituir a verdade dos fatos alegados em juízo, tendo em vista que o seu principal propósito é o esclarecimento da pretensão deduzida em juízo, que poderá ou não culminar com a reconstituição da verdade dos fatos alegados. É importante esclarecer ainda que a teoria geral das provas, no paradigma do Estado Democrático de Direito, deve ser vista como a oportunidade de efetivação discursiva dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional, uma vez que viabiliza a construção legítima e discursiva do provimento jurisdicional pelos seus reais destinatários.

O estudo das provas não pode ser conduzido a partir da liberdade do magistrado quanto a sua valoração, uma vez que deve ser vista com corolário do princípio da

¹ Advogado e professor da Especialização em Direito Processual e Direito Publico do IEC-PUCMINAS. Professor da graduação em Direito da Faculdade de Pará de Minas, Faculdade de Pedro Leopoldo e Faculdades Pitágoras Campus DIVINÓPOLIS. Membro da Comissão de Ética e Disciplina da OAB/MG e do Instituto Brasileiro de Direito de Família. E-mail: fvcufu@uol.com.br

² Advogado militante. Especialista *latu sensu* em Direito Processual pela PUCMINAS. Especialista *latu sensu* em Gestão Estratégica de Negócios pela UFMG. Membro da Comissão de Ética e Disciplina da OAB/MG. E-mail: plauto@pompeuadvocacia.com.br

fundamentação das decisões judiciais e da argumentação fático-jurídico-probatória suficiente à legitimar a construção participada do provimento nos moldes do Processo Constitucional no Estado Democrático de Direito.

Nesse ínterim é necessário esclarecer que a hipótese científica que norteará o estudo crítico da prova no Estado Democrático de Direito é a discussão acerca dos critérios jurídicos suficientes à distinção existente entre provas lícitas e provas ilícitas, com o propósito de analisar a possibilidade de utilização de provas ilícitas como fundamento para a construção participada do provimento jurisdicional.

1- Aspectos histórico-conceituais da prova

Como advento do Estado de Direito Democrático³, não se tolera mais que os provimentos judiciais⁴ ocorram em desconformidade com a lei. Em tempos mais remotos, durante o denominado período sacerdotal⁵, os líderes (sacerdotes, pajés, reis etc.), aplicavam a arbitragem facultativa. Neste período não havia uma preocupação, como contemporaneamente há, com aplicação do direito ao fato correspondente. Aplicava-se, através de critérios subjetivos, sanções que incidiam sobre a pessoa (corpo) do réu, sem uma apreciação objetiva dos fatos através de provas para se verificar a verdade.

Historicamente, a apreciação do instituto vem evoluindo. O mais primitivo dos sistemas é o da certeza legal, onde a certeza dos fatos dependia de leis naturais ou divinas. Neste sistema, “legal” significa o que está contido na lei natural (ordálias)⁶.

Um sistema posterior ao da certeza legal é o da livre convicção. Este sistema orientou o sistema da *common law*, onde é reduzida a importância documental e as intimidades individuais não são muito respeitadas. A livre convicção conhece como

³ Denominação introduzida por LEAL. Reputamos mais correta, porque somente é possível Estado Democrático através do direito. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 312.

⁴ Judicação é ato de decisão egresso do conteúdo da lei. É oportuna a seguinte colocação para deixar claro que Jurisdição é diferente de Judicação. Etimologicamente, jurisdição é a atividade do juiz de dizer o direito para cada caso concreto, segundo a Escola Instrumentalista de Processo (considerada uma evolução da Teoria do Processo como Relação Jurídica entre pessoas). No atual modelo de Estado (Estado Democrático de Direito) é inconcebível falar em jurisdição na concepção instrumentalista, pelo fato de que a norma jurídica só alcança a sua legitimidade quando submetida ao Devido Processo Legislativo. Daí não se admitir a idéia de que o juiz salvador e onisciente é o verdadeiro legitimado para a criação da lei para o caso concreto. O que deve ficar claro é que o juiz no Estado Democrático de Direito deve ater-se unicamente ao princípio da legalidade tendo sempre como parâmetro a Constituição.

⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IQB, 2004, p. 38

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IQB, 2004, p. 179.

princípios basilares a equidade e a conveniência, ficando entregue à subjetividade dos juízes as demandas litigiosas, a convicção do julgador ocorre *secundum conscientiam*⁷.

O sistema de persuasão racional tem como premissa direcionadora a implementação do princípio da legalidade como referência para a formação da convicção do julgador⁸.

Vários são os significados de prova, verificados em dicionários de língua portuguesa, nenhum deles apresentando a compreensão jurídico-democrática do instituto, senão veja-se: demonstração; testemunho; sinal; indício; documento justificativo; atividade realizada no processo com o fim de ministrar ao órgão judicial os elementos de convicção necessários ao julgamento. Segundo Theodoro Junior⁹, são dois os significados para o instituto da prova no processo:

- a) um objetivo, isto é, como instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia e etc.);
- b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada do espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

Porém, entende-se ser mais precisa e acertada a definição de Leal¹⁰, que realiza um estudo epistemológico do instituto processual da prova acerca do atual modelo de Estado adotado pelo Brasil, que é o Democrático. Verifica-se na obra em comento que o jurista referenciado oferta de maneira didático-científica um estudo da teoria da prova com projeção para a teoria do Processo enquanto Instituição¹¹ garantidora da execução

⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 179/180.

⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 180.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 40. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 674.

¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 312.

¹¹ Em aprofundado estudo acerca das Teorias do Processo, o Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal adverte os estudiosos da Teoria Processual sobre a necessidade de revisitação de conceitos primordiais à reflexão científico-processual. Para tanto, propõe a Teoria Neo-institucionalista a concepção de que o processo deve ser visto como instituição constitucionalizada e legitimadora da jurisdição, servindo-se para a execução dos direitos fundamentais definidos no plano instituinte. Por isso, conforme já mencionado anteriormente, ressalta o autor que o estudo da teoria processual na pós-modernidade perpassa pela teoria do Discurso Democrático pautado nos princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa), que serão o *iter* legitimador do discurso, visando permitir a participação real da comunidade jurídica na construção dos provimentos legislativos, jurisdicionais e administrativos. Até mesmo porque, a função constituinte originária e derivada, como noticiado, não findam suas atividades com o exercício do sufrágio, nem tampouco com a promulgação da Constituição, levando-se em consideração, até mesmo por uma razão jurídico-justificadora, que os direitos fundamentais já se encontram acertados no referido plano instituinte. Fica claro, portanto, que assim como o conhecimento científico, todos os provimentos no Estado Democrático de direito sujeitar-se-ão constantemente a fiscalização ampla e irrestrita pela teoria

dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Isso representa claramente a ruptura com a ultrapassada concepção de que o juiz, na condição de decisor solitário, teria a ampla liberdade quando da valoração das provas.

2- A finalidade das provas frente ao conceito de verdade no processo civil

A reconstrução da Teoria das Provas no Estado Democrático de Direito perpassa pelo entendimento de que sua finalidade é proporcionar condições científicas para a aplicabilidade do princípio da fundamentação das decisões judiciais e o esclarecimento objetivo da pretensão deduzida em juízo, que poderá ou não coincidir com a verdade dos fatos alegados. É nesse contexto que é importante desvincular o conceito de provas e de verdade, uma vez que tal raciocínio dedutivo quase sempre não se efetiva em virtude da finalidade acima exposta.

A Seção I, Capítulo IV do Código de Processo Civil, define as provas como “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”. A doutrina pouco diverge ao conceituar o que seriam as provas.

Ada Pellegrini define como:

Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes no processo constituem as *questões de fato* que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova de acontecimentos pretéritos relevantes. A prova constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos¹².

A partir dessa citação verifica-se que o entendimento da Escola Instrumentalista é no sentido de admitir que a prova é produzida para formar o convencimento do juiz, mediante uma compreensão da jurisdição centrada na autoridade do julgador. A processualidade democrática no âmbito da constitucionalidade parte da pressuposição de que não será o juiz a pessoa legitimada para valorar as provas com base em critérios metajurídicos. Considerando que o provimento jurisdicional deve ser construído de forma participada por todos aqueles juridicamente interessados é que as provas devem

do Direito Democrático.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no Processo Penal*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 120.

ser interpretadas e contextualizadas processualmente a partir de critérios propostos pela Hermenêutica Constitucional, e não através da sensibilidade jurídica e sapiência inata do julgador.

As bases para a compreensão do Estado Democrático de Direito¹³ encontram-se na Hermenêutica Discursivo-Constitucional, ou seja, na superação do personalismo hermenêutico, de interpretações meramente literais, gramaticais, históricas, teleológicas; a compreensão da sistematicidade jurídico-constitucional faz-se necessária na pós modernidade¹⁴ para que as normas jurídicas sejam interpretadas a partir da Constituição. Jurisdição¹⁵ não pode mais ser estudada como o poder dever do Estado Juiz de dizer o direito no caso concreto nem o processo ser visto como mero instrumento para o exercício da jurisdição¹⁶; a jurisdição dever ser compreendida como um direito fundamental¹⁷ e o processo como garantia constitucional¹⁸. Historicamente pode-se ressaltar que um dos fundamentos para o entendimento da jurisdição enquanto poder do juiz de criar o direito encontra-se no Movimento do Direito Livre:

Os adeptos do direito livre – no sentido de livre da lei 0, de acordo com Kaufmann, afirmavam que não pregavam a

¹³ Entende-se por Estado Democrático de Direito o regime político cujas bases encontram-se na Constituição e na garantia de participação discursiva do cidadão no conhecimento e construção dos provimentos estatais. Falar em Estado Democrático de Direito é assegurar a co-originalidade entre a autonomia pública e privada. A existência de uma estrutura circular representa o substrato teórico da compreensão processual do Estado Democrático de Direito.

¹⁴ “A pós-modernidade do discurso filosófico-constitucional se faz pela apreensão da democracia como teoria processual de resolução do impasse da modernidade ainda radicalizado na recusa em preencher o vazio da linguagem deixado ao longo de século de dominação legal pelo autoritarismo da razão prescritiva, embora já acentuadamente laicizada (desencantada) em seus juízos de validação, não é apta a encaminhar o convívio em sociedades pluralísticas e transculturais da atualidade. É preciso destruir o fetiche do Estado de Justiça que esta a emperrar a transição para a pós modernidade, que reclama o exercício jurídico de bases discursivas ao assentamento de uma comunidade jurídica a se instituir por si mesma por uma auto-inclusão processual no sistema democrático já constitucionalizado como ocupante legitimada desse espaço jurídico ainda apropriado por gestores arcaizados que se louvam numa razão instrumental de uma jurisdição (dicção de um direito culturalizado) salvadora da realidade hostil à realização dos direitos fundamentais”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 30.

¹⁵ Importante esclarecer que a menção ao tema jurisdição no presente momento faz-se necessária em decorrência da necessidade de esclarecimento de como o Judiciário exerce a função jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Não constitui objeto central da presente dissertação o estudo referente à jurisdição e por isso a menção ao tema tem apenas a finalidade de ampliar a discussão proposta inicialmente.

¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁷ “A jurisdição, assim concebida, é, in integrum, atividade de juizes que revelam, pelo ato sentencial, suas próprias vontades (como em Bulow), ou um outra vontade pronta na lei, a de mens legis ou a de mens legislatoris (num enfoque que, por imprestável, o próprio Ronald Dworkin [1999] já se esforçara em afastar) ou, ainda, intervenções solipsistas e contingenciais em realidades sociais que estariam a suplicar socorro prestante em razão da inércia (ou inaptidão) do legislador soberano”. LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 31.

¹⁸ DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 107-118.

decisão *contra legem*, mas apenas indicavam qual o procedimento a ser adotado pelo juiz nos caso de lacuna da lei. Todavia, tinham um conceito excessivamente amplo de lacuna, entendendo sua existência sempre que a lei não resolvesse o caso de forma expressa e inequívoca. Daí sustenta Kantorowicz, citado por Kaufmann, que não existem menos lacunas do que as palavras e que apenas por uma improvável coincidência um caso jurídico poderia encaixar-se em todos os conceitos da lei a ser aplicada. Assim, nestas situações, ou seja, sempre, deveria o juiz recorrer ao direito livre. Esse direito livre seria descoberto pelo juiz, por meio de sua **sensibilidade jurídica**, no meio social. Caberia ao juiz recorrer às convicções que no seu meio social, e naquele momento, se tem como justo [...]”¹⁹.

O fundamento da legitimidade democrática é a garantia assegurada a todos os interessados de fiscalizar amplamente a construção participada do provimento. Nesse sentido ressalta-se o entendimento de Dhenis Cruz Madeira:

Por conseguinte, obstruir a fiscalidade popular sobre a norma jurídica é dar margem à vida nua, criando-se um espaço discursivo indemarcado e não-fiscalizável. Com isso, fomenta-se o aparecimento do espaço do soberano (e não o da soberania popular), do locutor autorizado da lei, que, à semelhança do soberano de Kafka, diz o que pode e o que não pode, sem, contudo, ofertar os fundamentos de suas decisões, ou mesmo, permitir que o destinatário da norma aponte as ausências do discurso normativo. Esse espaço do soberano, a nosso ver, permite a criação de uma dimensão política acima da jurídica²⁰.

¹⁹ AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso de; COSTA, Fabrício Veiga; SOUZA, Maria Inês Rodrigues de *et al.* Processo, Ação e Jurisdição em Oskar von Bülow. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Coordenador: Rosemiro Pereira Leal. v. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 47.

²⁰ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição – uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 24.

Buscando-se os fundamentos teóricos precipuamente na doutrina da legitimação democrática do direito preconizada por Jürgen Habermas²¹ e na visão crítica falibilista²² de Karl Popper, Rosemiro Leal se propõe a estudar o processo no Estado Democrático de Direito a partir da premissa de que o processo não é uma simples espécie de procedimento, mas sim instituição constitucionalizada regente das estruturas procedimentais preparatórias de provimentos estatais²³. Há uma identidade científica existente entre a Teoria Neo-institucionalista do processo e a Teoria do modelo Constitucional do Processo, já que ambas buscam o seu fundamento teórico nos Direitos Fundamentais. Todavia, daquela teoria se afasta na medida em que coloca o processo como pressuposto de legitimidade *“de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos”*²⁴.

Já Carlos Henrique Bezerra Leite, no âmbito do processo do trabalho, define prova como o meio pelo qual

as partes agem no processo com o objetivo de evidenciar a existência de fato que pretendem demonstrar em juízo. Neste

²¹ “ Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: O princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o sentido prático de produzir relações de entendimento, as quais são isentas de violência, no sentido de H. Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas da intersubjetividade intacta. E esse cruzamento entre normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder é possível, em última instância, porque no agir comunicativo os argumentos também formam motivos. Tal cruzamento se faz necessário, porque comunidades concretas que desejam regular sua conveniência com os meios do direito não conseguem separar as questões de regulamentação de expectativas de comportamento das questões referentes à colocação de fins comuns, o que seria possível numa comunidade idealizada de pessoas moralmente responsáveis. As questões políticas distinguem-se das morais. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. v. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 190-191.

²² “[...] Por falibilismo entende aqui a opinião, ou a aceitação do fato, de que podemos errar e de que a busca da certeza (ou mesmo a busca de alta probabilidade) é uma busca errônea. Mas isto não implica que a busca de verdade seja errônea. Ao contrário, a idéia de erro implica a da verdade como padrão que podemos não atingir. Implica que, embora possamos buscar a verdade e até mesmo encontrar a verdade (como creio que fazemos em muitíssimos casos), nunca podemos estar inteiramente certos de que a encontramos [...] Mas o falibilismo não precisa, de modo algum, dar origem a quaisquer conclusões céticas ou relativistas. Tornar-se-á isto claro se considerarmos que todos os exemplos históricos conhecidos de falibilidade humana – incluindo todos os exemplos conhecidos de erros judiciários – são exemplos do avanço de nosso conhecimento”. POPPER, Karl R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987, v. 2, p. 395-396.

²³ TEIXEIRA, Welington Luzia. *A construção do provimento jurisdicional no Estado Democrático de Direito*. Dissertação apresentada como requisito de conclusão do curso de mestrado em Direito Processual oferecido pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 97.

sentido, utiliza-se a expressão “produzir prova”. Por fim, prova também pode ser utilizada como “convencimento do juiz”, de acordo com os elementos constantes dos autos do processo. Pode-se dizer, portanto, que prova, nos domínios do direito processual, é o meio lícito para demonstrar a veracidade ou não de determinado fato, com a finalidade de convencer o juiz acerca da sua existência ou inexistência²⁵.

Sendo o processo metodologia para a garantia dos Direitos Fundamentais, ressaltam-se os princípios que lhes são integrantes, quais sejam, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa. Com sede constitucional²⁶, tais princípios representam a espinha dorsal no estudo da teoria processual hoje, tendo em vista ser impossível falar em Teoria do Discurso²⁷ fora do âmbito da processualidade democrática²⁸.

A garantia constitucional do contraditório, antes restrita ao processo penal, encontra-se de forma expressa na Constituição do Brasil, em relação ao processo civil e administrativo, de modo a proporcionar aos litigantes e aos acusados o direito a exercer de forma plena a sua defesa. Acrescente-se às observações feitas que, embora seja um direito-garantia fundamentado na Constituição, há aqueles, como assinala Cretella Júnior, citado por Albuquerque, que persistem na afirmativa de que os princípios do contraditório e da ampla defesa são garantias constitucionais próprias do processo

²⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 554

²⁶ Artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Brasileira

²⁷ A Teoria do Discurso é o caminho para a legitimidade das normas jurídicas no Estado Democrático de Direito. Quanto se fala em Teoria do Discurso, necessariamente deve-se reportar ao estudioso Jürgen Habermas, que trouxe para a comunidade acadêmico-científica a reflexão do discurso pautada não na filosofia do sujeito, como preconizado até então por Kant, mas sim na filosofia da linguagem. Um recorte que deve ser feito na obra de Habermas é que ele trabalha na realidade nua, ou seja, na concepção discursiva desvinculada da processualidade democrática assegurada através dos princípios institutivos do processo. Por isso, quando se fala em discurso na teoria habermasiana deve-se tomar muito cuidado, até mesmo por se tratar uma teoria construída por um estudioso cuja formação é filosófica.

²⁸ O enunciado processualidade democrática é uma construção do Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal, que com a Teoria Neo-institucionalista do Processo faz a leitura do discurso em conformidade com os aspectos democráticos trazidos pelos princípios institutivos do processo. É com Leal que se pode realmente falar em Discurso Democrático. Oportuna a seguinte colocação: “os liberais e republicanos ainda não perceberam é que o povo é um conjunto de indivíduos circunscritos a um recinto espacial no qual a plebiscitarização do direito, ao se fazer pela processualidade, em paradigmas institucionais democráticos já constitucionalizados, não ocorre pela mobilização ou escuta provocada das massas populares, mas pela fiscalização jurídico-processual abstrata e concreta, irrestrita e incessante, da constitucionalidade no espaço procedimental e não físico-nacional”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 181. Portanto, mobilizações de toda a ordem e categoria em nada transformarão as expectativas de direito preconcebidos no plano da efetivação dos direitos fundamentais, senão através de procedimento apto e adequando em que seja estabelecido um imediato diálogo no espaço procedimental com a valoração dos princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa), bem como com a participação do advogado, por imperativo constitucional (artigo 133 da Constituição Brasileira) no controle dos atos praticados pelos ocupantes de cargos na esfera legislativa, executiva e jurisdicional.

penal²⁹. O fundamento do contraditório é a liberdade que cada parte tem de contradizer os argumentos da outra parte. O processo sem o contraditório perderia a sua base jurídico-democrática e se tornaria um procedimento inquisitório, em que o arbítrio do julgador *seria a medida imponderável da liberdade das partes*³⁰.

Em estudo recente o professor André Cordeiro Leal assim se manifesta acerca do contraditório: “*O contraditório deixa de ser mero atributo do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais*”³¹.

A isonomia, outro princípio institutivo do processo e com sede constitucional, é uma garantia prevista em vários países de feições democráticas. O que prevalece hoje no direito brasileiro com relação ao estudo do princípio da isonomia é que se deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, no âmbito de suas desigualdades. Trata-se de uma concepção tautológica que parte do pressuposto lógico de existência de uma desigualdade estrutural na sociedade, no qual o princípio da isonomia seria o balizador para amenizar essas diferenças; é daí que advém a diferenciação entre isonomia formal e material, defendida por renomado constitucionalista brasileiro³². O que deve ficar clara nessa análise é que não se pode falar na existência de uma desigualdade estrutural em sede de direitos fundamentais; mesmo havendo diferenças sociais e econômicas entre as pessoas, em sede de direitos fundamentais todos são iguais³³.

A ampla defesa é uma coextensão do contraditório e da isonomia, trazendo a idéia de oportunidade efetiva para que as partes possam se manifestar em tempo

²⁹ O mestre J. Cretella Júnior ao comentar esse princípio constitucional ensina que o instituto do contraditório é peculiar do processo penal e não se confunde com o instituto da contestação, típico do processo civil. Contudo, ao comentar o princípio da ampla defesa diz que este abrange a regra do contraditório, complementando-se os princípios e que se resumem os dois no postulado da liberdade integral do homem. Completando a sua argumentação, preleciona que a defesa a que se refere o inciso LV do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, é a defesa em que há acusado, portando, a defesa em processo penal e fiscal-penal ou administrativo, ou policial. ALBUQUERQUE, João Batista de. *O contraditório e a sentença trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999, p. 27

³⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 104.

³¹ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 88.

³² Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 213.

³³ O direito ao Processo não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurador de igualdade de realização construtiva do PROCEDIMENTO. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p.104.

razoável³⁴ e tenham a sua disposição os mais diversos instrumentos jurídicos de defesa. A crítica que se faz às recentes reformas do CPC é no que diz respeito à ofensa ao princípio da ampla defesa, tendo em vista a clara incompatibilidade de tais alterações legislativas com os direitos fundamentais; as técnicas de sumarização do procedimento são muitas vezes inconciliáveis com a amplitude de defesa. A mutilação do direito fundamental à ampla defesa representa claramente um retorno ao processo inquisitório. O princípio em comento no Estado Democrático de Direito deve ser visualizado como a garantia da plenitude da defesa em tempo e modo suficiente para sustentá-la.

Na teoria do direito democrático o estudo da prova perpassa pelos seguintes princípios: indiciariedade, idearidade e instrumentalidade³⁵. Leal ressalta que o estudo da prova deve ser feito nas dimensões de tempo, espaço e forma, ou seja, o elemento de prova relaciona-se ao espaço, o meio de prova é um conceito aderido ao elemento tempo, qual seja, é a consciência da existência do elemento de prova, e ao final a forma é a instrumentalização do elemento de prova através de documentos e demais formas, tais como a verbal³⁶. Provar não é o sinônimo de reconstruir a verdade, mas sim o momento assegurado às partes para a demonstração dos elementos relevantes à construção participada do provimento jurisdicional final.

Outra relevante discussão diz respeito à legalidade e legitimidade das provas. Capez³⁷ afirma categoricamente em sua obra que provas ilegítimas são aquelas eivadas de vício concernentes às normas de direito processual, enquanto as provas ilegais seriam aquelas com vícios de direito material. Percebe-se que tal dicotomia não se coaduna com a teoria do direito democrático, tendo em vista não trabalhar nessa visão maniqueísta entre direito material e direito formal; em se tratando de direitos fundamentais, construídos discursivamente no plano constituinte, todos são direitos, sendo assim desnecessária tal classificação.

Importante destacar o tema legalidade das provas, meios, elementos e instrumentos. Sabe-se que tal discussão remeterá o leitor à própria legitimidade das normas jurídicas que autorizam a sua produção. Em se tratando de normas legítimas, ou

³⁴ Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p.104.

³⁵ “Assim, os princípios conceituais da prova consistem na indiciariedade (existência de elemento sensível na realidade objetiva), na ideariedade (apreensão, somatização e transmissão do elemento de prova pelo intelecto), e na instrumentalidade (materialização gráfico-formal desses elementos pelos meios intelectivos ou técnico-jurídico)”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 178.

³⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 178.

³⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 241.

seja, normas jurídicas produzidas conforme o disposto no Devido Processo Legislativo (considerado uma vertente do Devido Processo Constitucional), conseqüentemente poder-se-á falar em legalidade das provas.

A prova não se destina à formação do livre convencimento do julgador, mas deve ser caminho necessário à construção do provimento final. Essa é uma crítica que se faz ao entendimento que a Escola Instrumentalista de Processo tem sobre o instituto processual da prova. Sabe-se que a prova não deve ser produzida com o fim voltado à formação do convencimento do julgador, ela pertence ao procedimento jurídico-processual instaurado pelos jurisdicionados e tem como função o esclarecimento da pretensão levada ao Judiciário.

O que o Estado Democrático deve garantir ao jurisdicionado é a oportunidade de utilizar de todos os mecanismos probatórios lícitos e legítimos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Só assim é que poderá implementar efetivamente o contraditório, a ampla defesa e a isonomia enquanto princípios institutivos do processo. Oportuna a seguinte citação: “*Se jurisdição sem processo é inconstitucional (art. 5º LIV, da CR/88), a teoria da prova, como instituto jurídico, é imprescindível à compreensão da procedimentalidade democrática.*”³⁸

Ressalte-se que Fazzalari quando elaborou sua teoria: “*Processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes*”, de forma esclarecedora, proporcionou ao mundo jurídico novas reflexões, relegando a um segundo plano a Escola Instrumentalista de Processo (considerada uma evolução da Escola da Relação Jurídica), porque, não voltada às dimensões democráticas instaladas no Brasil.

Aroldo Plínio Gonçalves pondera:

o procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional³⁹.

Ressalta-se ainda o entendimento de Fazzalari:

A atividade preparatória do provimento é o procedimento que, normalmente, chega a seu termo final com a edição do ato por

³⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 185

³⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 102.

ele preparado, por isso, esse mesmo ato de caráter imperativo geralmente é a conclusão do procedimento, o seu ato final⁴⁰.

Fazzalari conseguiu distinguir processo de procedimento. Assim, ressaltam-se as seguintes intervenções teóricas do Prof. Dr. Aroldo Plínio Gonçalves:

O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que o disciplinam, em conexão entre elas, regendo a seqüência de seu desenvolvimento⁴¹.

Destaca-se a própria manifestação de Fazzalari acerca do tema:

O processo começará a se caracterizar como uma “espécie” do “gênero” procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento, dos “interessados”, juntamente com o autor do próprio provimento. Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio, no sentido de *universum ius*, dessas pessoas⁴².

Os interessados no bem da vida não só detêm interesses específicos, como estão aptos a argumentar suas ponderações que o direito lhes contempla de forma e modo eficiente, dinâmica e real, e não como “atores coadjuvantes que situam-se no palco” a espera da resposta do decisor, que “oportuniza ou não” a produção de provas, quando na realidade deveriam ser os protagonistas. Mesmo porque “poderes instrutórios do juiz” não se coadunam com o marco teórico da presente pesquisa.

Ainda com relação à garantia constitucional do *contraditório*, Aroldo Plínio Gonçalves resgata:

O contraditório não é apenas “a participação dos sujeitos do processo. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os “interessados”, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor⁴³.

Afirma-se que o contraditório hoje, frente ao modelo de Estado Democrático de Direito, é direito fundamental de todas as pessoas que participam direta ou

⁴⁰ Elio Fazzalari. *Instituzione di Diritto Processuale*. 5ª edizione, Padova: Cedam, p. 7/8.

⁴¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 108.

⁴² Elio Fazzalari. *Instituzione di Diritto Processuale*. 5ª edizione, Padova: Cedam, p. 54.

⁴³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 120.

indiretamente da construção do provimento jurisdicional final. Em se tratando de Democracia, no sentido de fiscalidade e participação ampla e irrestrita do povo nos atos da Administração Governativa, sabe-se que a construção do provimento jurisdicional final perpassará também por essa fiscalidade processualizada e que tem como estrutura os princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa). Aroldo Plínio Gonçalves leciona o tema ora posto em debate:

O contraditório se passa entre as partes porque importa no jogo de seus interesses em direções contrárias, em divergência de pretensões sobre o futuro provimento que o *iter* procedimental prepara, em oposição. É essa oposição, essa contrariedade de interesses, de que o provimento seja favorável a uma e desfavorável a outra, que marca a presença das partes e que tem a garantia de igual tratamento no processo. O contraditório não é por isso, a mera participação no processo. Essa era a idéia originária do contraditório, quando a participação era concebida como o auge das garantias processuais. Participação no processo têm todos os sujeitos do processo, caso contrário não seriam “sujeitos dos atos processuais”. Entretanto, a participação em contraditório se desenvolve “entre as partes”, porque a disputa se passa entre elas, sendo elas as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento⁴⁴.

Na pós-modernidade, inviável ainda o continuísmo da figura do julgador como sendo o instrutor único e soberano, representando a figura do pretor romano, ditando regras que não se amoldam às diretrizes do Estado Democrático de Direito.

O que se denomina poderes instrutórios do juiz, também há de ser revisitado, com novos contornos e estudos jurídicos centralizados para assegurar às partes, além de igual tratamento, a ativa participação na preparação do provimento, porque, como salientado anteriormente, os efeitos do referido provimento serão suportados pelos jurisdicionados e não pelo agente público que representa e elabora aquele, e que após esta fase não possui mais qualquer compromisso com a sua decisão (seqüelas inerentes às decisões judiciais, “boas ou ruins”), vez que a tutela se fez exauriente, ao menos na concepção do julgador.

No estudo do Direito Processual Constitucional focaliza-se um marco teórico que veio a corresponder às expectativas dos juristas pós-modernos e realmente compromissados com a construção do processo no modelo do Estado Democrático de Direito.

⁴⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 121.

Foi palmilhando lentamente que na disciplina de direito *processual constitucional* fora observado:

A palavra-chave para sintetizar o princípio do contraditório deixou de ser, pois, o termo defesa (“no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheira”) para passar a ser o vocábulo *influência* (“no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo”) ⁴⁵.

Desse modo, se o provimento é construído entre as partes de forma ativa, a teoria da prova no Estado Democrático de Direito objetiva afastar a figura do decisor solitário e onisciente, visto que os efeitos do provimento jurisdicional final serão suportados pelas partes. Dessa forma ressalta-se o posicionamento de Leal acerca do tema:

A “valoração” no direito democrático ocorre pelo juízo discursivo processualizado ao atendimento de direitos fundamentais e não pelas estratificações ideologizadas das bases sociais pressupostas de uma racionalidade exorcizável. O direito democrático não tem bases fixas numa identidade suposta de entendimento popular por uma base silenciosa de convenções alusivas a direitos não procedimentalmente decididos, porque o falante na democracia não é uma pessoa participante ou produtora de normas num espaço argumentativo sem balizamentos da processualidade ⁴⁶.

Assim sendo, e com apoio na lição de Rosemiro Pereira Leal, tem-se a título de exemplo a Lei nº 9.034/95 ⁴⁷ que arbitrariamente veio a conferir amplos poderes instrutórios ⁴⁸ ao decididor, permitindo que o mesmo participe das investigações representando uma clara ofensa aos direitos fundamentais ⁴⁹ assegurados no plano

⁴⁵ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 29.

⁴⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 189/190.

⁴⁷ “Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Artigo 1º. Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.

Artigo 2º. *Omissis*

II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”.

⁴⁸ “ Na doutrina não faltam vozes a considerar que a concentração de poderes nas mãos do juiz tem uma clara índole política, sendo expressão típica dos Estados ditatoriais”. Peyrano citado por BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 149.

⁴⁹ “Também é oportuno que se esclareça direitos fundamentais, que, na pós-modernidade não pode designar o que é eternamente intrínseco ao ser humano como integrante de um Estado-Nação e que se explicitasse pelo reconhecimento recíproco entre os homens como atributos inatos e individuais de liberdade, igualdade e dignidade, porque os fundamentos desses congominados direitos humanos hão

constituinte. A presente lei é um típico exemplo de ofensa aos princípios constitucionais orientadores da teoria processual democrática, mais especificamente quando se analisa o disposto no artigo 3^o⁵⁰, onde é latente o desrespeito ao princípio da publicidade elencado no *caput* do artigo 37⁵¹ da Constituição Brasileira que veio a estabelecer os princípios constitucionais orientadores da atividade estatal.

No estudo da teoria processual é importante ressaltar o que trata a presente lei com relação ao instituto probatório da ação controlada. Por ação controlada, enunciado usado pelo legislador, entende-se como a “infiltração de agentes públicos” em situações reais, nas quais aqueles, “respaldados pelo Estado e pelo decisor”, buscam elementos que entendem lícitos. Mas é fato notório, e a realidade assim o tem dito, a violação flagrante a preceitos constitucionais, visto que há uma verdadeira “fábrica de provas ilícitas”, provas estas que serão *oportuno tempore* manejadas no processo penal com repercussão na construção do provimento final. O contraditório passa a ser apenas uma “garantia” situada no corpo da Constituição, porém, não verificável em termos práticos. A propósito, Marcelo Cunha Araújo demonstra: “O princípio, para o processo penal, significa contraditório efetivo, real, substancial”⁵². A não participação do suposto autor de uma infração penal na fase pré-processual representa nítida contrariedade a teoria democrática do estudo da prova.

Relevante a discussão da celeridade processual no estudo da teoria da prova. As recentes reformas ocorridas no direito processual brasileiro retratam a busca incessante pela rapidez na marcha processual, comprometendo assim a executoriedade dos princípios institutivos do processo, bem como ofendendo profundamente a possibilidade

de ser, na teoria de democracia, postos pela decidibilidade de cunho discursivo como forma processual ilustrada de institucionalização jurídica da vontade soberana da comunidade, que, por se prover pela teoria do processo de direito democrático, cumpre estabelecer os princípios a serem observados atinentes à isonomia, ampla defesa e contraditório, como fundamentos (autoprivação de liberdade) de demarcação do exercício da vontade criadora de direitos.” LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002. p. 31.

⁵⁰ “Artigo 3^o da Lei 9034/95: nas hipóteses do inciso III do art. 2^o desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. § 1^o para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo. § 2^o o juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse feito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão *ad hoc*.” Do análise do presente texto de lei extrai-se o seguinte: a possibilidade conferida pelo legislador infraconstitucional ao magistrado de conduzir as investigações nas hipóteses de organizações criminosas certamente ofenderá a garantia constitucional da imparcialidade do juízo.

⁵¹ Artigo 37 *caput* da Constituição Brasileira: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

⁵² ARAÚJO, Marcelo Cunha. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 123.

do jurisdicionado de produção de provas que entenda relevantes a fundamentação de sua pretensão. Essas recentes reformas vem retratar na verdade a “legalização de ilegalidades pelo legislador infraconstitucional”, pois no Brasil o sistema de controle de constitucionalidade ainda é algo que causa insegurança em muitos magistrados. Assim retrata o Prof. Rosemiro Pereira Leal:

Proibindo-se meios ilícitos, a expressão *meios lícitos* significaria articulações lógico-jurídicas em espaço estrutural amplo, porque seria uma incongruência assegurar *ampla defesa* pela sumarização cognitiva, isto é, estrangulamento ou supressão do tempo-espaço de *provar* como se faz nos regimes autocráticos, em que se castiga, com uma *justiça rápida*, aqueles que por querelas desvaliosas e insignificativas vivem a ocupar o Poder Judiciário e a tranqüilidade dos governantes e o bem-estar da Pátria⁵³.

Hodiernamente é impraticável o estudo “mascarado” da teoria da prova através de uma roupagem constitucional formal, sem garantir o efetivo acesso do jurisdicionado aos meios e elementos de prova nem tampouco a sua real participação ativa na construção do provimento final. No exemplo acima mencionado, é nítida a participação apenas de “agentes públicos” na construção do futuro provimento.

*“O procedimento processualizado é a prova das provas. Sem procedimento (relação espaço-temporal formalizada) não há como operacionalizar democraticamente o instituto da prova”*⁵⁴. É salutar a crítica elaborada por Rosemiro Pereira Leal quando menciona: *“o que mais se lamenta, na prática, é o julgador escusar-se de valorar a prova, isto é, sequer dizer que viu a prova nos autos, motivando interposição de embargos declaratórios que, muitas vezes, também não são lidos pelo julgador”*⁵⁵. Entende-se que o julgador não é o destinatário final de todas as provas, e igualmente o “senhor” na delimitação das mesmas e sua necessidade.

Voltado aos ideais para a efetiva construção do Estado que se quer Democrático de Direito, novos comportamentos tendem a romper com a tradição positivista extremada, que é totalmente “vesga” na aplicação, preparação e condução do provimento jurisdicional com o enfoque voltado ao princípios da legalidade e cumprimento efetivo da Constituição, ou seja, para a Hermenêutica Constitucional pautada na filosofia da linguagem.

⁵³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 185

⁵⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 187.

⁵⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004., p. 188.

Na obra *Processo de Conhecimento e Cognição*, o Prof. Dhenis Cruz Madeira define a prova como “*um instituto jurídico que se constituirá por um meio lícito, que possuirá o objetivo de apreender um elemento cujo produto será instrumentalizado nos autos, vinculando a fundamentação do futuro provimento a ser exarado*”.⁵⁶

Portanto, tudo aquilo que seja capaz de transmitir uma formação pode ser entendido como prova, destacando como meios de prova: perícia, depoimento pessoal, interrogatório, prova testemunhal, confissão, inspeção judicial e prova documental.

Contudo, ao utilizar a expressão “*todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos*”, criou aquilo que a doutrina penal classifica como “Tipo Aberto⁵⁷”, cabendo ao magistrado admiti-la e valorá-la.

Existe uma distorção na interpretação do que seria o Princípio da Verdade Real e a afirmação equivocada que no processo civil prevalece a verdade processual e no processo penal prevalece a verdade real.

Todavia, este é um conceito errôneo. O que ocorre é a diferenciação dos efeitos das provas em relação à sentença de mérito.

Seja nos processo civil, seja no processo penal, o *non liquet* não é permitido, sendo dever do magistrado proferir uma sentença. Porém, no Processo Penal, caso as provas não sejam excludentes de qualquer dúvida quanto à ocorrência do fato e participação do agente, ele será absolvido, conforme artigo 386. do Código de Processo Penal. Já no processo civil é necessário provar plenamente a existência de fatos impeditivos do direito do autor sob pena do pedido deste ser julgado procedente.

Segundo Ernane Fidelis dos Santos, esta é uma herança do sistema romano, determinando que os fatos constitutivos do direito deveriam ser provados pelo autor, enquanto que os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, são ônus do réu. (art. 333 do CPC).

2.1 - Provas: esclarecimento da pretensão ou convencimento do magistrado?

Vigente em nosso sistema jurídico, o princípio de que o juiz é livre para decidir a lide de conformidade com o seu convencimento, observados os limites legais e constitucionais, é certo que a finalidade das provas será formar a convicção do

⁵⁶ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & Cognição*. Uma inserção no Estado Democrático de Direito, 1ª Ed. Curitiba,: Juruá, 2008. P.152.

⁵⁷ “*Tipo aberto é o que não contém a definição completa do crime, devendo o magistrado complementar a tipicidade através de um juízo valorativo*”. BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal, Parte Geral*. v.1. São Paul: Saraiva, 1999. p. 143.

Magistrado em relação aos fatos deduzidos pelas partes. Tal entendimento é preconizado pela Escola Instrumentalista do Processo, para quem o exercício da jurisdição consiste no poder que o juiz tem de aplicar e criar o direito mais adequado ao caso concreto a partir de sua sensibilidade inata. Ou seja, o personalismo do julgador é o critério para as decisões de acordo com a sua consciência, o que representa violação direta ao princípio da imparcialidade do juízo que tem como corolário a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais. Observa-se que todos aqueles juridicamente interessados ficam a margem da construção do provimento porque o poder de decidir fica concentrado nas mãos de juiz. Não se verifica, assim, qualquer margem para o entendimento da legitimidade democrática dos provimentos jurisdicionais construídos de forma participada pelos seus interessados, até porque a jurisdição-autoridade deixa o destinatário do provimento à margem da sua construção participada. No que tange especificamente às provas o juiz se considera legitimado para valorar as provas, de acordo com sua consciência, e com o propósito de formar o seu convencimento, fato esse absolutamente incompatível com a sistemática constitucional que parte do pressuposto de que as provas tem a finalidade de esclarecer objetivamente a pretensão e proporcionar condições jurídicas de construção participada do provimento jurisdicional.

Visando esclarecer o entendimento da Escola Instrumentalista verifica-se que o destinatário da prova é o juiz, pois é ele que deverá ser convencido para dar solução ao litígio através de um provimento final. Nesse sentido afirma-se

Toda prova há de ter um objeto, uma finalidade, um destinatário, e deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados. A prova judiciária tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo. Sua finalidade é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos. **O destinatário é o juiz, pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio.** Os meios legais de prova são os previstos nos artigos 342 a 443; mas, além deles, permite o Código Outros não especificados, desde que moralmente legítimos⁵⁸ (art. 332).

Isso porque, no entendimento instrumentalista, nosso direito adota a teoria da persuasão racional, ou seja, o juiz é livre para decidir, todavia, deverá fundamentar sua decisão indicando as razões que o levaram a formação de seu convencimento. Este

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 30. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 416.

ordenamento está insculpido nos artigos 131 e 458 do Código de Processo Civil e artigos 155 e 381 do Código de Processo Penal.

2.2- Provas e Meios de Provas

Nas palavras de Torinho Filho, “*prova* é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade, e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Já *meios de prova* é tudo quanto possa servir de comprovação às afirmações feitas pelas partes e que possa ser empregado em busca da verdade dentro do processo”⁵⁹. É oportuno esclarecer que podemos considerar os meios de provas como todo instrumento legitimamente utilizado com a finalidade de esclarecer objetivamente a pretensão, dentre os quais ressaltamos os meios orais e técnicos. O produto da utilização de tais instrumentos se materializará em um documento escrito, fato esse que justifica a afirmação que a única espécie de prova que podemos reconhecer no presente caso seria a documental, exemplo: a utilização da perícia dar-se-á mediante a utilização de um meio de prova técnico cuja prova produzida é um documento escrito denominado laudo pericial; a utilização do meio oral de prova, tais como o depoimento pessoal e a oitiva de testemunha, desencadeará a produção de uma prova documental denominada termo de depoimento pessoal ou termo de depoimento testemunhal.

O procedimento probatório é composto de três fases: *Proposição* - fase postulatória - na petição inicial ou contestação; *Admissão* - quando o juiz deferir as provas (art. 332 do CPC), que podem ser produzidas e *Produção* (art. 336 do CPC). Essa liberdade não deve ficar adstrita ao juiz de deferir ou não, de acordo com sua convicção, a produção de uma prova. As próprias partes juridicamente interessadas que terão legitimidade, juntamente com o juiz, de discutir e definir a necessidade ou não de produção de uma ou mais provas suficientes ao esclarecimento da pretensão, que poderá ou não coincidir com a veracidade dos fatos alegados. Dessa forma sabe-se que a determinação de ofício de produção de provas não pode ser vista como um ato unilateral do juiz, uma vez que serão as partes interessadas, juntamente com o magistrado, que definirão a viabilidade ou não de produção de provas.

Importante ainda destacar que, tanto no Código Civil (artigo 212) como também no Código de Processo Civil (art. 332), permitem que tudo aquilo que seja capaz de transmitir uma formação possa ser utilizado como prova, fazendo como única ressalva

⁵⁹ TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. ver. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 154.

que estas tenham sido obtidas por meios legais e moralmente legítimos. Nesse contexto é pertinente a crítica de que a expressão meios moralmente legítimos de provas é a demonstração clara que nossa legislação processual vigente é de natureza autocrática pelo fato de concentrar nas mãos do juiz a liberdade de valorar as provas de acordo com sua convicção pessoal, excluindo qualquer dialogicidade com as partes juridicamente interessadas na pretensão deduzida em juízo.

2.3- A produção de provas no Estado Democrático de Direito

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, todos os ordenamentos infraconstitucionais passaram a ser interpretados através da devida análise de seus ordenamentos, comparando-os com as normas que foram prestigiadas pelo legislador constituinte ao ponto de convertê-las em princípios regentes desse sistema de valoração.⁶⁰ Com o advento do Estado Democrático de Direito o princípio da supremacia da Constituição passa a ser o critério jurídico para o entendimento da Teoria das Provas não mais na perspectiva da jurisdição autoridade, mas sim, sob a égide da construção participada do provimento jurisdicional

A partir desta interpretação surgiu o Devido Processo Constitucional e com ele, a aplicação de todos os seus princípios, destacado entre os demais que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e, em processos administrativos e judiciais é assegurado o contraditório e ampla defesa (Art. 5º, LIII e LIV e LV).

A possibilidade das partes de se manifestarem em todos os atos do processo, de forma recíproca e em simétrica paridade é um direito resguardado pelo princípio constitucional do contraditório. Esta simétrica paridade fica evidenciada em toda instrução probatória. Seja na juntada de documento por uma das partes, na qual o juiz intimará a outra parte para manifestar-se em 5 dias (artigo 398, CPC), seja na inquirição de testemunhas, em que ambas as partes poderão contraditá-las, como também inquiri-las, seja na produção de prova pericial a qual ambas as partes deverão ser intimadas de sua nomeação, facultando-as a indicação de assistente técnico e apresentar quesitos (artigo 421, §1º, I e II do CPC) como também serão científicas da data e local designados pelo magistrado para ter início à produção de provas (artigo 431-A, CPC).

⁶⁰ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 6. ed. ampl. e rev.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 25.

Mesmo para a realização da inspeção judicial as partes deverão ser intimadas para que, querendo, possam assistir e prestar esclarecimentos e observações que repute necessárias. Portanto, o provimento final somente terá respeitado o Devido Processo Constitucional se ambas as partes tiveram a oportunidade de contribuir em sua construção de forma igualitária.

A produção de prova e a busca pela “verdade real” possuem suas limitações. No tocante à prova testemunhal, destaca-se o sigilo profissional, à recusa justificada de parentes e afins de prestar depoimento na qualidade de testemunha e os incapazes.

As provas obtidas através da *violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material são consideradas ilícitas*⁶¹. A caracterização da ilicitude de uma prova perpassa pelos seguintes requisitos: 1- violação do princípio do Devido Processo Legal, do Contraditório, da Ampla Defesa, da Legalidade, da Fundamentação das Decisões Judiciais; 2- a superação da valoração das provas centrada na autoridade do juiz e o desvencilhamento do entendimento de que o julgador deve ser intimamente convencido mediante a leitura metajurídica do caso concreto e das provas produzidas pelas partes; 3- a oportunização de construção participada do provimento jurisdicional por todos aqueles que demonstrarem interesse jurídico na pretensão deduzida em juízo; 4- a utilização das provas como fundamento objetivo de construção do provimento.

Dentre todas as garantias do devido processo legal existe a da inadmissibilidade de utilização das provas obtidas por meios ilícitos. Porém, o princípio da licitude das provas tem sido mitigado pelo princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. A Teoria da Proporcionalidade difundida na Alemanha, cuja máxima é *male captum, bene retentum* (mal colhida, porém bem recebida), procura, nas palavras de Tourinho Filho, “não emprestar um valor inquebrantável àquela proibição constitucional, quando em jogo dos interesses da Defesa. É preciso que nos pratos afilados da balança estejam pesados os bens jurídicos envolvidos, e, à evidência, a tutela dos direitos do cidadão. A súmula 50 das Mesas de Processo Penal da Universidade de São Paulo consigna: *Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas que beneficiem a defesa*”.

⁶¹ GRINOVER, Ada Pelegrini. *As nulidades no Processo Penal*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 133.

A Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados ou “*fruit of the poisonous tree*”⁶² é uma regra advinda do direito americano que prescreve a decretação da nulidade de todas as provas obtidas a partir de uma prova ilícita, entendendo-as como ilícitas por derivação. Esta regra está descrita no artigo 573, § 1º do Código de Processo Penal.

Esta teoria foi aplicada em diversas decisões do STF que entende que “decorrendo as demais provas daquela obtida pela via ilícita, tem-se a contaminação daquelas que, diretamente ou indiretamente foram obtidas a partir da prova ilícita, motivo pelo qual também não subsistem”. (HC 73.510 de 26/11/93 e HC 69.912 de 25/3/94).

Nas palavras de Mirabette “O que é nulo não pode produzir efeito (*quod nullum, est nullus effectu producit*), a nulidade do ato contamina os atos que dele dependam ou sejam conseqüência, de acordo com o princípio da causalidade, o que se tem denominado de nulidade derivada. São nulos todos os atos concomitantes, posteriores ou mesmo anteriores ao ato viciado contaminado por ele”.

A Constituição Federal de 1988 inadmitiu expressamente que as provas obtidas por meio ilícito fossem utilizadas no processo (Art. 5º, LVI), sem fazer qualquer distinção à natureza deste processo (penal, civil, tributário, administrativo).

Todavia, a doutrina tem admitido que é possível a utilização destas provas quando estas “sejam favoráveis ao acusado ainda que tenham sido colhidas infringindo direitos fundamentais seus ou de terceiros, e, quando produzida pelo próprio interessado em sua legítima defesa”, o que, conforme magistério da Ada Pelegrini Grinover, excluiria sua ilicitude⁶³.

Portanto, quando a utilização de uma prova ilícita colocar dois princípios constitucionais em lados opostos da balança, o bem maior a ser tutelado prevalecerá ainda que seja necessária a utilização desta prova ilícita. Esse é o entendimento que vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões: utilizar excepcionalmente provas ilícitas sob a justificativa de proteção de determinados bens jurídicos considerados mais relevantes que outros bens jurídicos, conforme a análise do caso concreto a partir da convicção e sapiência nata do julgador.

⁶² Teoria adotada nos Estados Unidos desde 1914 para os Tribunais Federais, e, nos Estados, por imperativo constitucional desde 1961, e que teve sua maior repercussão n caso *Silverthorne Lumber Co. v. Unide State*, 251 US 385 (1920), quando a Corte decidiu que o Estado não podia intimar uma pessoa e entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal. (TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Código de Processo Penal comentado. 6ª ed. ver. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001).

⁶³ GRINOVER, Ada Pelegrini. As provas ilícitas na Constituição. *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, v. 3, 1991, p. 24-25.

3- Fundamentos Jurídicos da Possibilidade de Utilização de Provas Ilícitas no Processo Civil.

Segundo entendimento preconizado pela Escola Instrumentalista a utilização de provas ilícitas no Processo Civil dependerá da confrontação e da valoração dos princípios constitucionais desrespeitados em sua obtenção com os princípios constitucionais defendidos em sua utilização.

Importante reflexão deve ser feita em relação à utilização das provas ilícitas no processo civil, vez que esta, desde que acompanhada de outras provas, ainda que frágeis, ou de indícios, poderão ensejar na formação da convicção do juiz ainda que estas venham a ser desentranhadas do processo. Isso porque as demais provas poderão servir como sustentabilidade da decisão jurisdicional, todavia, a prova ilícita, mesmo desconsiderada ou desentranhada dos autos, terá sido determinante para a convicção do magistrado.

No Direito de Família, sempre que o bem tutelado envolver menores impúberes, a manutenção alimentícia, a manutenção da integridade física pela separação de corpos, a guarda de filhos menores, etc., possibilitam a utilização destas provas ilícitas quando estas sejam as únicas capazes de retratar a verdade, conforme entendimento preconizado pela Escola Instrumentalista.

Conclusão

A Supremacia da Constituição, o Devido Processo Legal, a obrigatoriedade de Fundamentação de Decisões Judiciais, o Contraditório, a Ampla Defesa e a Isonomia Processual são fundamentos suficientes para afirmarmos que o advento do Estado Democrático de Direito coincide com a institucionalização do Modelo Constitucional do Processo caracterizado pela ruptura do entendimento da jurisdição centrada na autoridade do julgador e do processo visto como mero instrumento para o exercício da jurisdição. Considerando a jurisdição como Direito Fundamental e o processo como garantia constitucional resta claro que a processualidade democrática deve ser vista como um espaço de dialogicidade em que todos aqueles juridicamente interessados tem legitimidade de participação na construção do provimento jurisdicional.

A ditadura do julgador, centrada no direito processual de cunho autocrático, legitima o convencimento do magistrado a partir de sua livre convicção. A superação do fetiche da instrumentalidade se faz necessária no Estado Democrático de Direito para que as provas passem a ser vistas como fundamentos hábeis ao esclarecimento da pretensão deduzida e não como mero instrumento de reconstrução da verdade dos fatos e do convencimento do juiz. A reconstrução da Teoria das Provas perpassa pela discussão da legitimidade do direito, tendo em vista o advento da construção participada dos provimentos e a superação da unilateralidade da decisão judicial.

No que tange a possibilidade jurídica de utilização de provas ilícitas no processo civil resta clara a necessidade das seguintes ponderações: 1- os princípios da legalidade e da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos são duas previsões constitucionais que deixa claro que a opção do legislador certamente não foi admitir provas ilícitas no direito processual; 2- o princípio da proporcionalidade deve ser visto como um escudo para justificar o arbítrio e a autoridade dos julgadores ao proferirem suas decisões de acordo com suas convicções; 3- a discussão da (in) admissibilidade de provas ilícitas no processo penal jamais pode ser conduzida pelo princípio da proporcionalidade, tampouco o argumento da Teoria dos Frutos da Arvore Envenenada; 4- a licitude é pressuposto para a legitimidade do direito, uma vez que a construção participada dos provimentos jurisdicionais dar-se-á a partir do princípio da Supremacia da Constituição.

Ante o exposto fica evidente que a justificativa de proteção de bem jurídico mais relevante não é argumento constitucionalmente coerente para sustentar na processualidade democrática a utilização de provas ilícitas no processo civil, haja vista que a legitimidade democrática de um provimento se condiciona a sua constitucionalidade.

Referências

AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso de; COSTA, Fabrício Veiga; SOUZA, Maria Inês Rodrigues de *et al.* Processo, Ação e Jurisdição em Oskar von Bülow. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Coordenador: Rosemiro Pereira Leal. v. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005.

ALBUQUERQUE, João Batista de. *O contraditório e a sentença trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999.

- ARAÚJO, Marcelo Cunha. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal, Parte Geral: v.1*. São Paul: Saraiva, 1999.
- DIAS, Ronaldo Bretãs C. *Temas atuais de direito processual civil*. 1. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- _____. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzione di Diritto Processuale*. 5ª edizione, Padova: Cedam.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As provas ilícitas na Constituição. Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, v. 3, 1991.
- _____. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *As nulidades no Processo Penal*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. v. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002.
- _____. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. Ed. São Paulo: LTr, 2008.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & Cognição. Uma inserção no Estado Democrático de Direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado: referências*

doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado até dezembro de 2000. 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

POPPER, Karl R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Trad. Milton Amado. v. 2. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 6. ed. ampl. e rev.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 30. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 6. ed. ver. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.