

A MATRIZ PRINCIPIOLÓGICA DA PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

THE PRINCIPLED MATRIX OF THE PROOF AS A FUNDAMENTAL RIGHT

Carla Baggio Laperuta Fróes*
Cássia Cristina Hakamada Reinas**
Sarah Caroline de Deus Pereira***

Data de recebimento: 19/03/2012
Data de aprovação: 28/05/2012

RESUMO

O presente artigo está ligado à linha de pesquisa Construção do Saber Jurídico, do Programa de Pós Graduação em Direito do UNIVEM. Objetiva discorrer, ainda que brevemente, sobre as origens dos direitos fundamentais, a síntese histórica da prova e, mais especificamente, retratar a prova como direito fundamental, sem perder de vista o conteúdo que ela imprime no devido processo legal, sua íntima relação com o princípio do contraditório e deste com as provas ilícitas, tudo sob influência dos princípios afetos ao tema.

PALAVRAS-CHAVE

Prova; direito humano fundamental; princípios constitucionais.

* Docente na Escola Técnica do Centro Paula Souza e da Editora Nova Concurso. Especialista em “Direito Processual” pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2011). Mestranda em “Teoria do Direito e do Estado” no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Advogada.
Email: carlabglf@yahoo.com.br.

** Especialista em Direito Internacional pela Escola Paulista de Direito -EPD (2008).Mestranda em “Teoria do Direito e do Estado” no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Advogada.
Email:cahakamada@gmail.com

*** Especializanda em Direito e Processo do Trabalho na Universidade Anhanguera Uniderp - Uniderp. Mestranda em Teoria do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Bolsista- CAPES. Advogada.
Email: sarahmachiavelli@gmail.com

ABSTRACT

This article is on the line of research Legal Construction of Knowledge, the Graduate Program in Law Univem. Objective talk, although briefly about the origins of fundamental rights, the historical overview of proof and, more specifically, to portray the race as a fundamental right, without lose sight of the content that it prints in the due process of law, its close relationship with the adversarial principle and with the evidence of this illegal, all under the influence of the principles sympathetic to the issue.

Keywords

Evidence; fundamental human right; constitutional principles.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a fazer um balanço geral sobre o direito probatório, desde a sua gênese até a contemporaneidade. Ressalta-se que, a partir da segunda metade do século XX, foi desenvolvida uma teoria sobre o novo papel que a Constituição tende a exercer no sistema jurídico. Essa teoria se desenvolveu depois da II Grande Guerra e ficou conhecida, hodiernamente, como neoconstitucionalismo.

Com o neoconstitucionalismo, houve uma revalorização do papel da Constituição, que passou a ser vista como a principal fonte normativa, e não mais como uma carta de intenções, um projeto sem força normativa, sem densidade para poder realizar.

Esta nova fase do pós-guerra trouxe consigo algumas características bem marcantes, dentre elas, o fato de ter desencadeado a teoria dos direitos fundamentais, a teoria dos princípios como espécies normativas. Os princípios, hoje, são normas, diferente do que eram há cinquenta anos, quando vislumbrados apenas como valores, como objetivos finais do direito, como forma de se integrar o direito, mas não como norma. Hoje todos sabem, enfim, que princípios são normas.

O artigo 126 do Código de Processo Civil de 1973 diz que o juiz decidirá com base na lei. Se não houver lei, decidirá com base na analogia. Se não for possível a analogia, com base nos costumes. Se não for possível fazê-lo com base os costumes, então fará com base nos princípios.

Os princípios eram o pior possível para o juiz fundamentar. Isso mudou radicalmente. Quando se fala que o juiz tem que decidir com base na lei, isso significa que ele tem que decidir com base na norma (lei é norma) que poder ser constitucional, legal, regulamentar, que pode ser um princípio, que pode ser uma regra.

Assim, com base na evolução e consequente positivação dos direitos fundamentais, com foco mais específico no aspecto processual probatório, é que teceremos algumas breves considerações acerca de tão imperioso e sublime conteúdo do processo: as provas como direito fundamental.

De modo a ilustrar este cenário, num primeiro momento, por meio da análise histórica, discute-se a desenvoltura da prova ao longo dos séculos e a sua conquista como direito humano fundamental, que, por sua vez, vocaciona-se a proteger a dignidade de seus proponentes, imbuídos da carga neoconstitucionalista e neoprocessualista, configurando um direito processual fundamental, em específico

no Processo Civil, um Direito Processual Constitucional¹.

2. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PROBATÓRIO

O Direito Probatório visto e debatido na sociedade contemporânea é fruto de uma longa conquista histórica. A visão do instituto² e a sua finalidade³ dentro das Ciências Jurídicas e seus ramos (Direito Processual Civil, Processual Penal, Processual Trabalhista, e etc...) perpassaram da visão adâmica do direito sectário⁴ para concepção de prova como direito fundamental⁵.

¹ Nesse viés, Porto assevera: “A Carta Magna representa o conjunto mais expressivo de direitos constituídos pela sociedade. Direitos estes, como se percebe de um simples exame objetivo, de diversos matizes. Entre essas variações, como sinalizado, anteriormente, emergem também direitos de índole nitidamente processual, circunstância que, por decorrência, naturalmente empresta conteúdo processual à Constituição Federal e fez nascer um verdadeiro direito processual fundamental.” (PORTO, Sérgio Gilberto. **A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto de um Novo Código de Processo Civil**. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 12, n.72, julho/agosto de 2011, p. 65).

² Marinoni e Arenhart lecionam: “[...] prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.” (ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 313).

³ Segundo SANTOS, a finalidade da prova é “[...] a formação da convicção de alguém”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva. p. 341). Por outro lado, Ramires alega que: “[...] a finalidade das provas é convencer o juiz, denominado por Pinto Ferreira como sendo um “convencimento judicial”, cujas alegações da parte em relação aos fatos são verídicos, ou, ao menos, verossímeis, isto é, que existe uma grande probabilidade de que os mesmos tenham realmente ocorrido, conforme narrado, seja pelo autor, ou pelo réu”. (RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no Processo Civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 39).

⁴ Leia-se direito sectário, tendo em vista que a visão primeira de direito era de intolância, lastreando-se na vingança privada. Nesse sentido, Jônatas Milhomens: “No primeiro período, primórdios da existência da humanidade, fase embrionária das sociedades primitivas, não havendo juízes, tampouco justiça organizada, o direito começando a esboçar-se sob a forma vaga e imprecisa do costume, as contendas e questões eram resolvidas entre os interessados, que se faziam justiça a si mesmos e com as próprias mãos. Imperava a violência, a força, a astúcia, a vingança.” (MILHOMENS, JÔNATAS. **Prova no Processo** - Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, p. 31).

⁵ Os doutrinadores Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Oliveira entendem a prova como direito fundamental, que decorrem dos direitos fundamentais ao contraditório e ao acesso a justiça, ponderando que este não é um direito fundamental absoluto, todavia se externaliza como um instrumento a serviço do processo na busca de uma tutela jurisdicional justa, ou seja, a efetivação do princípio do devido processo legal substancial. (DIDIER JR, Fredie, et.al. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol II. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, pp. 18-20).

Na sua gênese⁶, preleciona Echandia⁷ cinco fases: a primeira étnica ou primitiva, a segunda religiosa ou mística, a terceira legal (ou da tarifa legal), a quarta sentimental (ou da livre convicção do juiz) e a quinta científica (ou da persuasão racional do juiz).

Primordialmente, a étnica o era assim conhecida pelas características diferentes que apresentava em cada região, não havia um sistema probatório propriamente dito em cada sociedade, e o autor entendeu ser mais coerente o termo “primitivo”, pois o sistema processual era rudimentar, de modo de que as provas eram abandonadas as impressões pessoais. Na Grécia, o exame das provas era por indução e silogismo, a forma era por oralidade e havia a crítica à razão lógica e racional da prova, de modo a evidenciar predomínio do princípio dispositivo.⁸ Cumpre mencionar, que em Roma na fase do Império houve um retrocesso para o sistema tarifário, ou seja, valoração da prova, malgrado tenha sido neste momento o nascedouro das presunções legais e o reconhecimento do contraditório em matéria de interrogatório da testemunha de acusação. Teve-se em contrapartida a diminuição da liberdade do juiz na apreciação das provas e a imposição de regras gerais preestabelecidas para muitos casos.

Seguindo a esteira histórica, a fase religiosa⁹ ou mística, lastreava-se na crença de uma intervenção divina e aplicava a “justiça de Deus” para os casos particulares, tendo perdurado até a entrada da Idade Média, quando os escabinos remodelaram o Direito Romano Germânico, buscando a verdade real, a qual era aferida pela convicção pessoal à luz das regras legais, caracterizando um abandono gradual dos meios bárbaros de prova na fase do Direito Canônico, revelando, nos julgadores eclesiásticos, o “espírito” de verdadeiros juizes, pois não se regiam pela livre convicção pessoal, mas por uma verdadeira apreciação jurídica das provas, as quais eram sujeitas a regras muito mais numerosas.

Na fase legal ou da tarifa legal, houve a introdução da lógica processual,

⁶A autora, nesse primeiro momento, não fará distinção entre os ramos;

⁷ECHANDIA, Hernando Davies. *Teoría General de La Prueba Judicial*. Tomo I, 3ª ed. Buenos Aires: Editor Víctor P. de Zavalía, 1976, pp. 55 a 77.

⁸ Para Didier Jr, o princípio dispositivo: “[...] está intimamente ligado à relação jurídica material no processo”. (DIDIER JR, Fredie, et.al. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, cit. p. 23).

⁹Oportuno transcrever as impressões de Jônatas Milhomens sobre este período: “A religião, processo biológico de adaptação social, sempre exerceu sobre o homem, função específica, mais do que hoje, nos primórdios da humanidade. [...] No segundo período, profundamente religiosa, o regime de provas compreende os ordálios, o duelo e o juramento. Especialmente os ordálios e o juramento são meios de prova de base religiosa.” (MILHOMENS, JÔNATAS. *Prova no Processo*, cit. p. 32).

propagação do inquisitório¹⁰, faculdades inquisitivas e da livre apreciação da prova judicial, busca da verdade material, império do sistema legal de modo absoluto, em que o juiz tinha que julgar segundo o alegado e o provado.

A posterior, contempla-se a fase sentimental, a qual reproduziu um julgador que não necessitava de critérios, sustentado na crença da razão humana infalível e do instinto animal, em que a sua decisão não cabia questionamentos. Vale observar que, a prova apreciada pela convicção moral do magistrado não satisfaz as necessidades daquela nova sociedade.

Nessa vereda, instaurou-se a fase científica ou da persuasão racional do juiz, de modo que este ganhou a liberdade de apreciar o valor da prova de acordo com os princípios da sociologia e da lógica, cristalizando o respeito à formalidade das leis materiais e a liberdade de apreciação, que resultaram no modelo moderno¹¹ da lógica indutiva e da experiência.

Assim, percebe-se que o Direito Probatório é uma construção histórica, cuja importância¹² é inquestionável, e, que, no campo processual, especialmente no Direito

¹⁰ Leia-se Santa Inquisição e os Ministros de Cristos, império dos extremos, como a excomunhão, Concílios de Letrán, León, dentre outros.

¹¹ Quanto ao modelo moderno, assimétrico e científico, Hermes Zanetti cita Antônio Carrata, atestando que: “a prova como instrumento demonstrativo, voltado para o conhecimento (científico) da verdade dos fatos relevantes para a decisão. Não obstante, relata que o procedimento deste modelo é caracterizado por forte ativismo judicial e pelo privilégio da prova escrita. Critica a nomenclatura, ao afirmar que embora recorrente em várias obras que a prova objetiva a demonstração da verdade dos fatos, essa “demonstração”, não possui para o autor um real significado, e, em razão disso, acredita ser duvidosa a alcunha de modelo científico de prova. Nesse liame, traz a baila o modelo contemporâneo, em que salienta que a visão de prova como demonstração é incongruente, e para isso explica que o entendimento de prova como demonstração e prova como demonstrar representa um silogismo simplista, sustentando que atualmente a prova deve ser entendida como *argumentum*, e não simplista, em que recorre a uma argumentação de Dinamarco,” o trabalho do juiz consiste apenas (a) na busca da verdade dos fatos através da prova”, (b) no enquadramento desses fatos no modelo genérico definido em lei (*fattispecie*) e (c) na explicitação e efetivação da norma concreta emergente da ocorrência do fato concreto.” O autor refuta este entendimento, colacionando a Apelação Cível 7001464676, julgada pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, rel. Des. Est. Osvaldo Stefanello, em que a decisão emanada pelo Tribunal, buscou a solução justa e para isto recorreu a premissas probatórias e ao raciocínio presuntivo e demonstrativo para proferir uma solução justa. Neste sentido pondera: [...] o juiz também faz escolhas dos fatos relevantes para a decisão, que esta escolha é arbitrária e não automática, que as partes devem poder influenciar nesta decisão (na opção por um ou outro fato) e que a complexidade, inerente ao Direito, revela que além de possível a cisão entre fato e questão de direito, a lógica demonstrativa indutiva ou dedutiva, não retira o caráter argumentativo da prova. (JÚNIOR ZANETTI, Hermes. *O problema da verdade no Processo Civil: modelos de prova e procedimento probatório*, cit. pp. 44; 46-50).

¹² Moacyr Amaral faz uma ressalva sobre relevância da prova: “Já houve quem dissesse que a história da prova reflete toda a história da civilização e não menor autoridade que afirmasse não ser isso contestável. Das épocas mais remotas à era contemporânea, a prova vem acompanhando, no espaço, o avanço e recuos dos povos, a evolução da civilização”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. I. 3ed. Max Limonad: São Paulo, sem data, p. 23).

Processual Civil, é irradiado por comandos principiológicos e legais, por força do neoconstitucionalismo¹³ e do neoprocessualismo¹⁴. Deste modo, evidente a matriz principiológica da prova como direito fundamental no âmbito processual¹⁵.

3. A PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Com o intuito de tornar mais efetiva a proteção judicial dos direitos individuais e coletivos, está cada vez mais acentuada, no Estado Democrático de Direito dos dias de hoje, a positivação dos direitos e garantias fundamentais nos textos constitucionais.

Trata-se de direitos que muito têm contribuído para o progresso moral da sociedade, pois são inerentes à pessoa humana, pré-existentes ao ordenamento jurídico, visto que decorrem da própria natureza do homem e, portanto, são indispensáveis e necessários para assegurar a todos uma existência livre, digna e igualitária.

¹³ O neoconstitucionalismo é entendido como a constitucionalização do Direito, à luz dessa realidade pondera Virgílio Afonso: “[...] a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito. O principal aspecto dessa irradiação [...] revela-se na vinculação das relações entre particulares e direitos fundamentais, também chamada de efeitos horizontais dos direitos fundamentais”. (SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 18). Nesse sentido, Didier Jr afirma: “Vive-se, atualmente, uma nova fase da renovação do Direito Constitucional. Há diversas manifestações disso: a) parte-se da premissa de que a Constituição tem força normativa, e, por consequência, também têm força normativa os princípios e os enunciados relacionados aos direitos fundamentais; b) pela expansão da jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade difuso e concentrado, como é o caso do Brasil); c) desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional (com a valorização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade). A essa fase deu-se o nome de Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo. (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol I. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 25).

¹⁴ Didier Jr sustenta que o Neoconstitucionalismo é: “[...] o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com essa nova proposta do pensamento jurídico”. Ressalta que alguns doutrinadores chamam de *formalismo-valorativo*, em razão da importância que os valores constitucionais tutelados na esfera dos direitos fundamentais representam no aspecto de edificação e utilização do formalismo processual. Convém pôr em relevo, que para o escritor essas premissas são similares a do Neoprocessualismo, que tem a função didática, de remeter a noção do Neoconstitucionalismo, e, metodológica, porque representa a redefinição das categorias processuais, por isso o termo “neo”, por caracterizar: “[...] o processualismo do final do século XIX, e meados do século XX”. (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, cit. pp. 26-27).

¹⁵ Os direitos fundamentais para visão de Araujo e Nunes Júnior, “constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões.” Destarte, é possível entender a prova como corolária não apenas do princípio do contraditório e da ampla defesa, mas também do princípio da dignidade da pessoa humana. À evidência, assim não o é que o direito a prova por ser um direito fundamental, é direcionado a proteção da dignidade da pessoa humana, por que faz uso dos seus mecanismos para dar azo as suas pretensões. (ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva 2008, p. 110).

É mister esclarecer que direitos fundamentais e direitos humanos não são sinônimos, porque enquanto este é uma expressão reservada ao plano internacional, aquele é utilizado para tratar do direito positivo estatal ou, melhor dizendo, os direitos fundamentais são os direitos humanos, positivados¹⁶.

O direito é fundamental não porque ele foi formalizado, positivado no título II da Constituição Federal, e sim esta qualidade pode ser identificada pelo seu conteúdo, pela sua essência. Será direito fundamental material quando se tratar de direito indispensável à dignidade da pessoa humana. Contudo, o título II da Constituição vigente não contém em seu bojo, apenas direitos fundamentais materiais, sendo alguns que ali estão considerados apenas formalmente fundamentais, *ex vi* do artigo 5º, incisos XXI e XXIX deste mesmo diploma.

De mais a mais, não há óbices em que se reconheça direitos fundamentais fora do título II da Constituição pátria vigente, tendo em vista que em seu artigo 5º, §2º reza que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Dentre o inesgotável rol de direitos fundamentais abarcados pela Constituição Federal de 1988, o direito à prova nela se destaca e tem merecida guarida, dada sua imprescindibilidade perante o sistema processual, sobremaneira quando associado ao devido processo legal substancial e contraditório.¹⁷

Isto porque, de acordo com o artigo 5º da Constituição Cidadã, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime

¹⁶ Nesse sentido, José Afonso pontua: “Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no artigo 17. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1999, p. 182.)

¹⁷ “Nessa linha, cumpre destacar que o conjunto de garantias representa um verdadeiro direito processual fundamental, que – por óbvio – permeia todos os sistemas vigentes e, como decorrência, estabelece a existência de um verdadeiro sistema processual matriz a reger todos os desdobramentos do direito processual, ou seja, fixa a incidência dos primados constitucionais em todas as disciplinas processuais especializadas e especialmente no processo civil.” (PORTO, Sérgio Gilberto. **A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto de um Novo Código de Processo Civil**, cit. p.75).

e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Sendo assim, longe de causar espécie, o fato de que, além dos direitos fundamentais explícitos e implícitos no ordenamento, há também aqueles que foram incorporados ao sistema pátrio, advindos de tratados internacionais, e ali está, mais uma vez, o direito à prova.

É mister esclarecer, por oportuno, que o direito à prova é expressamente previsto em dois tratados internacionais, tratados estes que foram recepcionados pelo ordenamento pátrio, *ex vi* do artigo 5º, na forma do seu § 3º, e por isso, equivalem às emendas constitucionais. São eles: a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), incorporado pelo Decreto n. 678/69, no seu artigo 8º, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Decreto n. 592/92, no seu artigo 14.1, alínea “e”.

Desta feita, o direito fundamental à prova, em que pese sua historicidade, transcende os limites territoriais, ideológicos e políticos, de forma que hoje ele é amplamente consagrado pelo ordenamento jurídico dos mais diversos países, por vezes com algumas restrições; é claro, contudo, que não cerceiam os seus jurisdicionados dessa prerrogativa fundamental quando do exercício de sua pretensão de acesso à justiça.

Os conceitos doutrinários não se mostram muito diversificados quando o assunto é prova. No entendimento de Eduardo Talamini¹⁸, prova é “o modo pelo qual o magistrado toma conhecimento dos fatos que embasam as pretensões das partes”. Já para Vicente Greco¹⁹, “A prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. No processo, a prova é todo o meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato”. A prova, portanto, é a convicção que se forma na mente do juiz do que, de fato, aconteceu.

De nada adianta garantir uma participação no processo que não possibilitasse o uso efetivo, por exemplo, dos meios necessários à demonstração das alegações.

O direito à prova é resultado da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo. A prova (e a maneira com que ela lida com a busca pela verdade) reflete-se de modo direto no desenvolvimento do processo justo e na capacidade de influenciar o magistrado.

Tal fato nos permite afirmar que a prova traz em si o direito fundamental ao

¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Direito Processual Civil**. 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 427.

¹⁹ FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva 1996, vol. 2, p. 194.

processo justo, entendido este como possibilidade de diálogo das partes para com o juiz e entre elas próprias, trazendo legitimidade na atividade do magistrado²⁰. Na realidade, o alvo, o conteúdo do processo nada mais é do que o exame das provas angariadas no curso da instrução processual, uma vez que só por meio do seu exame é que o magistrado pode dizer o direito às partes.

Por essa razão, é imperioso que o magistrado, a partir do momento em que se propõe a cumprir o devido processo legal, sobretudo em seu aspecto substancial, além de fazer valer os seus poderes instrutórios, observe se aos litigantes foi conferida a possibilidade de exercer esse direito fundamental, que se exprime em tantos outros, que é o direito fundamental à prova, pois só assim o direito poderá, ao final dos trabalhos, ser aplicado com maestria pelo juiz.

É possível asseverar, ainda, que o direito fundamental à prova tem como função não só defender o ser humano do abuso do poder estatal, mas também o de promover a igualdade material nas relações jurídicas, assegurando, sobremaneira, a proteção aos hipossuficientes, evidenciando, desta maneira, a matriz principiológica do Direito Probatório, em especial a força do princípio do contraditório na produção da prova.

3.1. A prova e o contraditório

O direito à prova, numa de suas vertentes, apresenta-se como corolário do princípio contraditório, cujo fundamento é de ordem constitucional, *ex vi* do artigo 5º, LV, CF. Desta feita, sob a ótica do direito processual moderno, é possível afirmar que o princípio do contraditório contempla duas dimensões, sendo uma formal, e outra, material.

A primeira delas, a dimensão formal, aduz que o princípio do contraditório é aquele que garante a todos o direito de participar do processo que lhe diga respeito, que possa afetar o seu interesse. Essa é a dimensão que traduz o direito à participação no processo. Há uma tendência muito clara de que a atividade estatal que afete o interesse de alguém (seja administrativa, seja jurisdicional) tem que se realizar mediante o contraditório.

²⁰ Nessa senda, obtempera Rogério Tucci, "Em juízo, especialmente, faz-se necessária a prova da veracidade dos fatos alegados pelos litigantes, até porque, a estes se impõe provar para vencer, o que ao contrário, pode não ocorrer, pois é possível que a parte tenha feito a devida prova, mas, mesmo assim, não saiu vitoriosa; assim, melhor seria dizer que os litigantes se impõem convencer para vencer." (TUCCI, Rogério Laurira. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva 1989, vol.2, p. 336)

E não é por outra razão que a Constituição Federal de 1988 garantiu o contraditório, não só na seara jurisdicional, mas também no âmbito administrativo. O Estado não pode agir contra alguém sem lhe dar o direito de participar do processo que afete seu interesse.

Essa dimensão formal é muito importante, mas não esgota a garantia do contraditório, não exaure o conteúdo normativo do princípio do contraditório, uma vez que é preciso dominar também o seu aspecto substancial.

De acordo com a dimensão substancial, o cidadão tem o direito de participar do contraditório que lhe confere o direito de poder influenciar o conteúdo da decisão, ou seja, ela se reporta mais especificamente para o poder de influência que a parte interessada na prova tem de convencer o magistrado.

A participação dos litigantes, que é garantida pelo aspecto formal, tem que ser uma participação apta a, ao menos teoricamente, influenciar naquilo que o juiz vai dizer. A parte tem que ter condições de intervir, de influenciar no convencimento do juiz.

E é basicamente por isso que o direito ao contraditório gera o direito à prova. O direito de produzir provas em juízo nada mais é do que uma consequência da dimensão substancial do contraditório, uma vez que de nada adiantaria um contraditório meramente formal, sem dar à parte o poder de interferir na decisão do magistrado. O contraditório devido tem que ser o formal e substancialmente devido.

Essa é uma visão extremamente atualizada do princípio do contraditório, que assevera que referido postulado não se esgota apenas em ouvir o sujeito, mas sim em ouvir o sujeito e dar a ele a oportunidade de influenciar o magistrado no seu livre convencimento, já que sua sentença traduzirá o resultado da efetiva participação das partes no processo, por meio do exercício efetivo do contraditório no desenvolvimento da instrução.

De outra ponta, tendo em vista que o direito fundamental ao contraditório tem por conteúdo o direito à prova, é forçoso que aqui se enalteça, em tempo, o direito à prova em suas três dimensões: a primeira consiste no direito de produzir a prova, tendo em vista que se a parte pode alegar um direito, ela deverá ter para si a oportunidade de produzir prova do alegado; a segunda, no direito de participar da produção da prova, de fiscalizá-la para aferir se ela está sendo produzida devidamente, e, por fim, a terceira e última dimensão do direito à prova abarca a idéia de que a parte tem o direito de se manifestar sobre a prova produzida.

Logo, ante a cumulatividade destas dimensões, é forçoso concluir que a parte, para que exerça de modo irretocável seu direito à prova, deve ter condições de

produzir a prova pretendida, desde que pertinente, de fiscalizar sua produção e de se manifestar, opinar sobre a produção da prova angariada no curso da instrução processual. Leonardo Greco²¹ corrobora o sobredito ao afirmar que o contraditório é consequência do princípio político da participação democrática.

As considerações do autor supracitado são fundamentais para a análise do que abarca o Projeto de Lei 8046/10²², que, em seu artigo 7º, aduz: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”.

Vê-se, portanto, que o direito à prova, atrelado ao contraditório, deve ser garantido pelo magistrado, inclusive e, principalmente, naqueles casos onde há ausência ou falha da defesa técnica, e até mesmo onde ela não ocorre, mas ainda sim, se verifica uma ausência de iniciativa probatória, casos que não podem macular o direito fundamental da parte de produção das provas pertinentes. Deste modo, pertinente é o debate da guarida do contraditório, por meio das provas ilícitas.

3.2. As provas ilícitas e os princípios constitucionais

Corroborando o aspecto processual probatório até então aqui entabulado, imperioso que sejam tecidas algumas considerações acerca da prova ilícita. Provas ilícitas são aquelas que ofendem a norma, isto é, contra a lei. O Brasil não possui um conceito único de prova ilícita, o que a maioria dos autores faz é diferenciar a prova

²¹ Aduz, ainda, Greco: a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes; b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material; c) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com efetivo proveito para a sua defesa; d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão; e) o contraditório participativo pressupõe que todos os contra-interessados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação. GRECO, Leonardo. *As Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo*. Artigo disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429. Acesso em: 24.02.2012.

²² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em 24.02.2012.

ilícita da prova ilegítima, sendo que a prova ilícita ofende o direito material, enquanto a prova ilegítima o direito processual. Em suma, a prova ilícita é aquela obtida por meios não aprovados em nossa legislação ou que contrariem os direitos zelados pela legislação.

A Constituição prevê no art. 5º inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Os autores constitucionalistas relatam que a Constituição veda qualquer prova que viole os direitos e as garantias assegurados, por sua vez, não as admitindo, portanto.

Todavia, a prova ilícita é utilizada no meio jurídico, sendo que a sua apreciação é feita por meio da teoria da proporcionalidade, que sopesa os direitos fundamentais nas situações em que a prova utilizada proveio ilicitamente. Observa-se que diante os avanços da sociedade, os juristas perceberam que, em certos casos, é necessário preservar os direitos fundamentais mediante a taxatividade exercida.

Muito embora a doutrina moderna admita o princípio da proporcionalidade, sua aplicabilidade é pautada no caso em concreto, e isto requer certa sensibilidade por parte do magistrado na análise da situação fática, pois terá que fazer a ponderação de quais direitos necessitam de maior tutela à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

No processo civil, não basta a descoberta da verdade nem o relato das partes, sendo relevante o direito material tutelado e aquele em que a prova ilícita foi violada. Sendo assim, a doutrina tende a aceitar, com ponderação, a prova ilícita, salientando-se, porém, que a parte pode se valer dela para exercer o princípio do contraditório.

Na prática forense, nota-se maior aplicação da teoria da proporcionalidade em casos de prova ilícita: nas ações de investigação de paternidade, ações coletivas, destituição do poder familiar, fundamentando-se no bem jurídico a ser protegido em detrimento do bem jurídico que se deseja sacrificar.

Frisa-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite de forma pacífica a aplicação da teoria da proporcionalidade na prova ilícita. Entretanto, em alguns casos, consentiu sua aplicação, a exemplo, no Habeas Corpus n.º 70814/SP (DJ 24/06/1994)²³, cujo relator Ministro Celso de Mello, em seu voto, admitiu a possibilidade da interceptação de correspondência remetida aos que estão cumprindo pena; em razão da segurança pública, prevaleceu o princípio da segurança pública frente o direito a intimidade.

Outro caso interessante é do Habeas Corpus n.º 3.982/RJ DJU 26.02.1996²⁴,

²³ STF - HC – N. 70814. Relator (a): Min. CELSO DE MELLO.

²⁴ STJ - HC N. 3982 Relator(a): Ministro ADHEMAR MACIEL

de relatoria do ministro Adhemar Marciel, situação na qual o pai de duas meninas menores se utilizou de uma gravação não autorizada para revogar a guarda de seus filhos. Neste caso emblemático, a mãe, para manter encobertas suas saídas frequentes, ministrava medicação sonífera às crianças, fato que gerou desconfiança em seu marido, que, intrigado com esta situação, grampeou o telefone da esposa sem autorização judicial. É nítido que, embora eivada de ilicitude, a prova seja acostada aos autos; seria contraproducente desconsiderá-la em face do interesse tutelado, qual seja, a proteção das crianças que eram submetidas a uso de medicamentos lesivos à saúde. Diante deste quadro, entendeu o Superior Tribunal de Justiça a prova como direito fundamental voltada ao resguardo da dignidade das crianças.

Desta forma, é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro se preocupa não só com a licitude da prova, mas também com o bem jurídico tutelado. Restando evidente, o notório exercício do princípio do contraditório na fase de produção das provas ilícitas, de modo a consagrar a matriz principiológica da prova como direito fundamental.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, o direito probatório é fruto de uma conquista histórica, a qual acompanhou o desenvolvimento das civilizações e das relações jurídicas, tendo por esboço que este é um direito fundamental, em que as partes devem conduzir o processo de maneira leal, com boa-fé e colaborando com o juiz para obtenção do “justo”.

A questão dos direitos fundamentais tem suscitado muitos debates, sobremaneira em relação às teorias que o originaram, como o neoconstitucionalismo, o formalismo-valorativo, concepções bastante atuais afetas ao tema, que, hodiernamente, são trazidas à baila por doutrinadores com a pretensão de desenvolver um ponto de vista ainda mais esclarecedor a respeito de direitos de suma importância, cuja fundamentação se opera na Constituição Federal.

Consoante já demonstrado, a relação processual não deve perder de foco os direitos processuais fundamentais, como o direito à prova daquilo que entender pertinente e cabal à consecução da tutela jurisdicional.

Os valores constitucionais, cada vez mais positivados no ordenamento, são exemplos de que, hoje, há uma visão diferenciada, e muito mais expansiva, a respeito de como deve ser abordado este assunto, de modo a garantir que as normas processuais, e também o próprio processo, não se desprendam dos direitos fundamentais aos quais devem estar atrelados.

Em se tratando o processo de um instrumento de realização da justiça e pacificação social, caberá àquele que o conduz primar pela observância dos princípios constitucionais processuais, sob pena de deixar de garantir o devido processo constitucional e negar o acesso à justiça às partes.

Caberá às partes envolvidas, no exercício de seu direito fundamental à prova, angariá-la, participar de sua produção e, por fim, manifestar-se a respeito do que foi auferido, satisfatoriamente ou não, no curso da instrução, podendo se valer por força do contraditório, das provas ilícitas para se buscar a solução do litígio.

Ao magistrado, de outra ponta, cumpre o dever de garantir que os interessados na produção probatória gozem deste direito fundamental, tudo em respeito não só das dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais, mas também no intuito de que, desta forma, estarão assegurando às partes o direito ao contraditório em sua mais justa acepção, e imiscuindo-se para que a todos seja viabilizado o acesso à justiça.

Neste contexto, aguarda-se o trâmite do projeto de lei 8046/2010, para que a comunidade acadêmica e científica possa arrostar o assunto, de forma que ainda mais posicionamentos sejam trazidos à baila, imprimindo-se o exato alcance e compreensão da magnitude da prova como direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8046/2010: Dispõe sobre. Disponível no sítio:** <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em 01 de março de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processual Penal. Interceptação Criminosa. Habeas corpus n.º 70814-5**. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STJ/IT/HC_3982_RJ_1249717787119.pdf. Acesso em: 26 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Constitucional e Processual Penal. Escuta Telefônica**. Habeas-corpus nº. 1995/00531661-5. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STJ/IT/HC_3982_RJ_1249717787119.pdf. Acesso em 26 de fevereiro de 2012.

DE OLIVEIRA, Álvaro. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Disponível em: http://www.alvarodeoliveira.com.br/home/artigos_open.php?funcao=abrir&id_artigo=8. Acesso em 24.02.2012.

DIDIER JR, Fredie, et.al. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol II. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

_____. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol I. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

ECHANDIA, Hernando Davies. **Teoria General de La Prueba Judicial**. Tomo I, 3ª ed. Buenos Aires: Editor Victor P. de Zavalía, 1976.

FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva 1996, vol. 2.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de Distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Editora: Sergio Antônio Fabris, 2011.

JÚNIOR ZANETI, Hermes. **O problema da verdade no Processo Civil: modelos de prova e procedimento probatório**. Revista de Direito Processual Civil. Genesis: Curitiba, n. 31, p. 001-216, janeiro-março 2004.

MILHOMENS, JÔNATAS. **Prova no Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

PORTO, Sérgio Gilberto. **A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto de um Novo Código de Processo Civil**. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 12, n.72, julho/agosto de 2011.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no Processo Civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2. São Paulo: Editora Saraiva.

_____. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. Vol. I. 3ed. Max Limonad: São Paulo, sem data.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito - os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

TUCCI, Rogério Laurira. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva 1989, vol.2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Direito Processual Civil**. 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.