



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

YURI DE MATOS MESQUITA TEIXEIRA

**“FAÇA O QUE EU DIGO, MAS NÃO FAÇA O QUE EU
FAÇO”: INCOERÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E
JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA PONDERAÇÃO DE
PRINCÍPIOS E A POSSIBILIDADE DE SE USAR PROVAS
ILÍCITAS PARA CONDENAR O RÉU NO PROCESSO PENAL**

Salvador

2014

YURI DE MATOS MESQUITA TEIXEIRA

**“FAÇA O QUE EU DIGO, MAS NÃO FAÇA O QUE EU FAÇO”:
INCOERÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA
DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A POSSIBILIDADE DE SE
USAR PROVAS ILÍCITAS PARA CONDENAR O RÉU NO PROCESSO
PENAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Daniel Oitaven Pamponet Miguel

Salvador

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

YURI DE MATOS MESQUITA TEIXEIRA

**“FAÇA O QUE EU DIGO, MAS NÃO FAÇA O QUE EU FAÇO”:
INCOERÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA
DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A POSSIBILIDADE DE SE
USAR PROVAS ILÍCITAS PARA CONDENAR O RÉU NO PROCESSO
PENAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade
Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, antes de tudo, por ter me permitido trilhar tal caminho.

Aos doutores André Luiz Batista Neves, Miguel Calmon Teixeira Dantas e Gabriel Marquez, por terem despertado em mim a paixão pelo Direito Constitucional e, também, à discussão a respeito do estudo dos princípios jurídicos e direitos fundamentais.

Ao doutor Cristiano Chaves de Farias, que permitiu o surgimento do debate acerca da ponderação de princípios em sala de aula e que fez brotar em mim a ideia de levantar tal projeto monográfico.

À Dra. Ana Thereza Meirelles, por ter me ajudado e suportado minhas brincadeiras enquanto realizava este projeto.

À minha namorada, Thais Schettini Gonzalez Borges, por ter empre me dado apoio nos momentos de grande dificuldade, tendo ou não relação com este estudo. Sem seu apoio, não sei onde estaria.

Aos meus irmãos, Igor e Tiago, por serem minha alegria nos momentos de tristeza e por serem um dos sustentáculos da minha vida.

Aos meus pais, por terem sustentado e investido em minha educação. Não estaria aqui sem vocês.

Aos grandes amigos Gabriel Pimenta, Márcio Damasceno, Gustavo Leão, Carlos Alexandre etc. Mesmo discordando das minhas opiniões, ou sequer as entendendo, sempre me encorajaram a seguir em frente no trabalho.

Por fim, ao meu amigo, professor e orientador Daniel Oitaven. Não preciso dizer nada, né cara?

OBRIGADO A TODOS!!!

YURI TEIXEIRA

“Power resides only where men believe it resides.”

— George R.R. Martin, *A Clash of King*

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo alertar os intérpretes do Direito (e, também, a todos aqueles que desejem se aprofundar no assunto) acerca dos riscos e incoerências da aplicação mitigada da teoria dos princípios jurídicos de Robert Alexy, principalmente no que diz respeito à possibilidade de ponderação da norma que veda o uso de provas ilícitas para condenar o réu no processo penal. Isso porque, conforme se verá ao longo da obra, doutrina e jurisprudência acolhem e defendem a supracitada teoria, mas negam sua própria aplicação quando ela se mostra “perigosa” para os valores abraçados pelo Ordenamento Jurídico brasileiro. Será estudada, enfrentada e criticada a posição (majoritariamente) aceita pelos juristas, afinal de contas, se uma teoria é aceita, ela não deve ser aplicada apenas e tão somente quando interessa a quem dela se utiliza. No caso de se encarar os princípios como as normas jurídicas que determinam que algo seja realizado dentro das condições fáticas e jurídicas existentes no caso concreto, e que na eventual colisão entre princípios, é o caso concreto que determinará qual deles será aplicado, jamais poderá o intérprete dizer, abstratamente, que é este ou aquele princípios que sempre prevalecerá. Para realizar o estudo da obra, foi pesquisada a doutrina mais especializada sobre o tema e, também, aqueles que defendem a teoria de ponderação de princípios de Robert Alexy e, contraditoriamente, a negam para a hipótese de ser usada a prova ilícita no processo penal para condenar o réu. Analisou-se também jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que também se mostra contraditória com suas próprias decisões.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Princípio de vedação ao uso da prova ilícita. Postulado da proporcionalidade. Possibilidade de seu uso contra o réu em processo criminal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
des.	desembargador
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A NORMA JURÍDICA	12
2.1	O SER HUMANO EM SOCIEDADE	13
2.2	NORMAS QUE REGULAMENTAM O COMPORTAMENTO EM SOCIEDADE	14
2.3	A NORMA JURÍDICA: GENERALIDADES	16
2.3.1	Distinção entre normas morais e jurídicas	17
2.3.2	Diferença entre dispositivo, enunciado normativo e norma jurídica	20
2.4	CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS	21
3	REGRAS <i>VERSUS</i> PRINCÍPIOS	22
3.1	A FASE JUSNATURALISTA	22
3.2	O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DOS PRINCÍPIOS	23
3.3	NORMAS <i>VERSUS</i> PRINCÍPIOS (O PRINCÍPIO COMO MANDAMENTO NUCLEAR)	24
3.4	REGRAS <i>VERSUS</i> PRINCÍPIOS (UMA DISTINÇÃO ENTRE DUAS ESPÉCIES DE NORMAS JURÍDICAS)	26
3.4.1	Diferenças entre Regras e Princípios	28
3.4.2	A Distinção Estrutural	29
4	O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE	38
4.1	FASES DE APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE	41
4.1.1	Adequação	42
4.1.2	Necessidade	42
4.1.3	Proporcionalidade em sentido estrito	43
4.1.4	Resultado da aplicação das fases da proporcionalidade	43
4.2	CRÍTICA À “PONDERAÇÃO EM ABSTRATO”	44
4.3	A PROBLEMÁTICA DA ESTRUTURA DA NORMA QUE VEDA O USO DA PROVA ILÍCITA E SUA (POSSÍVEL) PONDERAÇÃO	47
5	O DIREITO À PROVA	50
5.1	A PROVA ILÍCITA	53

5.2	A VEDAÇÃO AO USO DA PROVA ILÍCITA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	54
5.3	A POSSIBILIDADE DE PONDERAÇÃO: UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA PARA BENEFICIAR OU PREJUDICAR O RÉU NO PROCESSO PENAL	56
6	A CRIATURA ATACADA PELO PRÓPRIO MESTRE (?)	69
7	CONCLUSÃO	73

1 INTRODUÇÃO

Os chamados “princípios jurídicos” passaram por verdadeira evolução ao longo das últimas décadas.

Antigamente, sequer eram considerados fontes do Direito. Os princípios eram tratados como algo externo à Ciência Jurídica, servindo muito mais como conselhos internos às partes envolvidas na relação jurídica, tanto material quanto processual.

Após muita “caminhada”, os princípios conquistaram espaço ao lado das fontes do Direito. Orientavam a aplicação e interpretação das normas jurídicas juntamente com os costumes, analogia, orientações doutrinárias e jurisprudenciais.

Ocorre que a sociedade está sempre em mudança, quer seja no aspecto cultural, quer seja no religioso, científico, jurídico etc.

Tais mudanças fizeram surgir a necessidade de se transformar o Direito, pois a norma jurídica não podia mais ser encarada – como sustentaram alguns juristas - como um imperativo imposto à sociedade independentemente do seu conteúdo. Era necessária uma maior “humanização” das normas jurídicas, até mesmo porque a teoria que afirmava que o seu conteúdo pouco importava para a sua construção, interpretação e aplicação levou a humanidade a encarar verdadeiras atrocidades legitimamente tuteladas pelo Direito, como o regime da Alemanha Nazista de meados do século XX.

Coube, então, aos princípios trazerem ao Direito (e sua ciência) valores éticos dotados de verdadeira força normativa, cujo respeito e aplicação deveriam ser adotados pelos aplicadores do direito e às partes, inclusive sob pena de sanção jurídica.

“Renascendo”, agora, como uma espécie de norma jurídica, a doutrina passou a se debruçar sobre o estudo e diferença entre os princípios jurídicos e as regras jurídicas. Muitas teorias foram criadas, dentre as quais a do alemão Robert Alexy – uma das mais aceitas, diga-se de passagem -, que aponta uma diferença estrutural entre as duas espécies de normas.

Regras, para tal teoria, seriam aquelas normas jurídicas que determinam que algo seja aplicado sem qualquer tipo de ponderação ou relativização. É um modelo de “tudo ou nada”, isto é, ou a regra é aplicada ou desrespeitada. Tal modelo se mostra mais claro quando há duas regras que entram em conflito diante de um caso concreto: como há o modelo de “tudo ou nada”, uma das regras será declarada inválida e, portanto, afastada do Ordenamento Jurídico – a não ser, é claro, que haja uma cláusula de exceção em uma das regras colidentes.

Os princípios, por sua vez, seriam as normas jurídicas que determinam que algo seja aplicado dentro das realidades fáticas e jurídicas pertinentes ao caso concreto. Os

princípios se “amoldam” ao caso, admitindo sua aplicação em diversos graus. Em eventual conflito de dois princípios em um caso concreto, defende-se a sua solução através daquilo que passou a ser chamado de postulado da proporcionalidade, onde um princípio afastará a incidência do outro tão somente naquele caso, sem que um deles seja declarado inválido – até porque, para a referida teoria, não há princípios absolutos ou superiores a outros.

Esse novo “modelo” de princípios jurídicos, ensinado (em especial) por Robert Alexy foi bastante acolhido pelos juristas pátrios, que começaram a aplicá-lo na prática forense.

Passou-se, então, a ponderar os princípios sempre que estes entravam em rota de colisão no caso concreto, não importando o “ramo do Direito” do qual surgia o conflito: constitucional, administrativo, civil, penal, etc.

Ocorre, porém, que uma certa incoerência surgiu: defendeu-se que o “princípio” de vedação ao uso das provas ilícitas, previsto no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, poderia ser ponderado e “cedido” no caso concreto quando colidente com outro cuja aplicação merecia prevalecer; exceto quando se buscava utilizar prova ilícita para acusar o réu em um processo penal.

É dizer: defende(u)-se a ponderação do princípio de vedação ao uso da prova ilícita, inclusive no processo penal, mas tão somente quando este fosse utilizado para provar a inocência do réu. Jamais deve(ria) ser utilizado para acusar o réu em processo penal.

Aí mora a incoerência que fez nascer o presente estudo: se (1) a norma que veda o uso de provas ilícitas é encarada como princípio; (2) os princípios são satisfeitos em graus diferentes, à depender das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes; (3) no eventual caso de conflitos entre princípios, somente o caso concreto é que determinará qual deles prevalecerá e se (4) não existem princípios superiores/absolutos, como pode a doutrina e jurisprudência defender a ponderação da norma que veda o uso de prova ilícita, exceto para condenar o réu em um processo penal? Não deveria ser apenas com as circunstâncias do caso concreto que se afirmaria ou negaria o seu uso para condenar o réu? Se a teoria moderna dos princípios jurídicos defende a sua ponderação no caso concreto, sem nenhuma declaração de invalidade ou prevalência absoluta de um princípio sobre o outro, como se afirma que a prova ilícita jamais será utilizada na acusação?

É este, então, o objetivo central do trabalho: analisar a contradição acima destacada e estudar sua (im)possível aplicação.

Tal discussão não tem importância apenas no campo teórico, mas também prático. Caso se adote a teoria da ponderação dos princípios como ela verdadeiramente é, poder-se-á,

então, conceber no sistema jurídico brasileiro o uso da prova ilícita para condenar o réu no processo penal.

Perceba o leitor, então, que o objeto do presente trabalho não é discutir se a norma que veda o uso da prova ilícita no processo é princípio ou regra. Não! O que se busca discutir é se é coerente ou não defender que, mesmo sendo encarado como princípio jurídico, a norma que veda o uso da prova ilícita jamais será utilizada para acusar o réu no processo penal.

Ao estudo, então.

No início, a força era o instrumento de controle¹. O mais forte ditava as regras de convívio com o grupo que o cercava. Depois, vieram instituições de agrupamento social (família, religião etc.) que possuíam regras próprias de convívio. Regras pautadas não mais no interesse do mais forte, mas sim no interesse de regulamentar o convívio humano.

“Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as *leis*, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e, claro, a propriedade.”² (destaque no original).

Para melhor compreensão da norma jurídica e sua função exercida para a sociedade, avance-se no estudo dos tópicos a seguir.

2.1 O SER HUMANO EM SOCIEDADE

O homem sempre viveu em conjunto. Não importa o tempo, não importa o local, o homem sempre está em comunidade. É, como afirma Marcos Bernardes de Mello, o seu *habitat* natural a vida em sociedade³, pois busca o ser humano poder conviver no meio em que vive, e só o pode fazer em conjunto com outros seres humanos.

“O homem é, ao mesmo tempo, indivíduo e ente social. Embora seja um ser independente, não deixa de fazer parte, por outro lado, de um todo, que é a comunidade humana”.⁴

Por sua vez, por ser naturalmente inapto, social e culturalmente, o homem busca adquirir meios para conviver de forma harmônica dentro da sociedade. Este modelo para conviver de forma pacífica com os outros é adquirido, na maioria das vezes, pelos ensinamentos que lhe são concedidos ou impostos pela sociedade através dos processos de adaptação social⁵. Tais processos são os instrumentos pelos quais a comunidade se utiliza para fazer agir sobre a pessoa, “instigando em sua personalidade os valores, as concepções e os sentimentos que integram e representam a própria cultura da sociedade em que se encontra

¹ O texto contendo essa bela introdução é encontrado em BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1

² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1

³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 341

⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33-34.

inserido”⁶. É por isso que se afirma que o homem não é simples produto da natureza, mas também – e principalmente, arrisque-se dizer - o resultado de sua convivência com os outros.

É, basicamente, o que disse o músico Falcão⁷: “O indivíduo nasce, cresce e adentra ao mundo social e político, filosófico e artístico. Fica danado, letrado, inteligente e sabido”.

Na medida em que o indivíduo se desenvolve, e também o seu círculo social se expande, aumentam sobre ele as exigências de agir de acordo com os padrões de conduta esperados. Sua família, escola, religião, amigos etc. - os chamados “processos de adaptação social” -, começam a exigir, e também a impor, que a sua conduta se adeque ao que é socialmente esperado e aceito.

Porém, os processos de adaptação social não retiram do homem o seu livre arbítrio. Ou seja, não impedem que o indivíduo, se assim o queira, possa agir de forma contrária aos ditames sociais que lhe foram impostos. A sociedade impõe que a pessoa não ande por aí com um péssimo odor (fedendo), mas nada o impede de querer não tomar banho; impõe que o indivíduo fale a verdade, mas nada o impede de querer mentir; impõe que o indivíduo respeite a vida do próximo, mas nada o impede de querer⁸ tirar a vida alheia.

Percebe-se, da leitura acima, que embora a sociedade imponha os padrões de conduta adequados (tomar banho, dizer a verdade, respeitar a vida alheia), ela não retira do indivíduo a sua vontade de agir de acordo com a própria consciência e, se for o caso, descumprir tais imposições. Porém, há padrões de conduta que são tão imprescindíveis para a sociedade, tão importantes para um mínimo de convívio pacífico entre as pessoas, que são impostos em caráter obrigatório, ou seja, o indivíduo precisa cumpri-los. Mesmo querendo, ele não poderá descumprir tais ditames. Daí surge o Direito.

Mas, antes de falar do Direito em si, é necessário saber o que são as normas que regulam a conduta do homem em sociedade.

2.2 NORMAS QUE REGULAMENTAM O COMPORTAMENTO EM SOCIEDADE

⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33

⁷ FALCÃO. Holiday foi muito *In: A Besteira É A Base da Sabedoria*. Rio de Janeiro: BMG, 1995, CD

⁸ Atente o leitor para a expressão utilizada: “querer”.

O homem, enquanto envolto na sociedade, não tem seu comportamento regido por critérios unicamente biológicos⁹, não atuando, portanto, unicamente em razão dos seus instintos. “Sendo assim, torna-se necessário organizar um sistema de controle social capaz de harmonizar a convivência das diversas esferas de liberdade individual e regular as interações da conduta humana”.¹⁰

É aqui que surge a noção de norma social.

Norma é um modelo, um exemplo. É um padrão a ser seguido. Assim, determinam as normas como algo deve ser feito, como algo deve ser seguido. A norma é, portanto, uma determinação de que algo “deve-ser”. Quando as normas “estabelecem as pautas de dever-ser comportamental, prescrevendo qual deve ser o comportamento socialmente aceito e qual deve ser a punição aplicada na hipótese de descumprimento dos preceitos normativos”,¹¹ elas são chamadas de normas sociais.

As normas sociais, portanto, estabelecem “as pautas de dever-ser comportamental, prescrevendo qual deve ser o comportamento socialmente aceito”.¹²

É por isso que se diz que “o fundamento das normas está na *exigência da natureza humana de viver em sociedade*, dispendo sobre o comportamento dos seus membros” (destaque no original).¹³

Dentre as normas que regulam o comportamento em sociedade, encontram-se normas de etiqueta, normas morais e, talvez as mais importantes, as normas jurídicas.

As normas de etiqueta são aquelas que disciplinam hábitos de polidez, decoro. Regulam aspectos éticos de menor relevância social.¹⁴ Dentre os exemplos citados, pode-se dizer que é a norma que determina ao indivíduo que tome banho para não feder.

As normas morais trazem uma importância maior, pois regulamentam aspectos éticos mais relevantes para o convívio social.¹⁵ É o exemplo de sempre dizer a verdade.

Por fim, existem as normas jurídicas.

⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 24

¹⁰ *Ibidem*, loc. cit

¹¹ *Ibidem*, p. 25

¹² *Ibidem*, loc.cit.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica**. Norma Jurídica e Aplicação do Direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 342

¹⁴SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Op.cit.*, 2011, p. 25.

¹⁵ *Ibidem*. p. 26

2.3 A NORMA JURÍDICA: GENERALIDADES

A norma jurídica é, assim como a norma moral e de etiqueta, um modelo de “dever-ser” que prescreve o comportamento humano que deve ser adotado dentro de uma dada comunidade. É, enfim, uma norma social.

Esse tipo de norma, porém, diferencia-se das demais porque traz em si um mínimo ético, pois estabelece as condutas mínimas que devem obrigatoriamente ser adotadas pelos indivíduos em sociedade. O indivíduo pode não querer cumpri-las, mas ele é obrigado a isso. Caso as desrespeite, ele sofrerá sanção (uma consequência) organizada por parte do Estado.

Ou seja: dentre os processos de adaptação social, só o Direito (compreendido como conjunto de normas jurídicas) tem o poder de impor obrigatória e coercitivamente as condutas, sem necessidade de aceitação das pessoas.

Por tratarem dos valores mínimos a serem observados em sociedade, as normas jurídicas tratam apenas daqueles fatos que possuem valor imprescindível para o “homem social”¹⁶. São os fatos jurídicos, isto é, fatos que, por serem tão relevantes para o convívio social, são regulados pelo Direito.

Esses fatos jurídicos, uma vez configurados, fazem nascer a relação jurídica: relação entre dois sujeitos, devidamente regulamentada por normas jurídicas, em que um deles pode exigir determinado comportamento do outro. Assim, por exemplo, quando para Alberto nasce o direito de exigir de Bernardo o pagamento do aluguel, para este nasce o dever de cumprir tal obrigação.

E é a este conjunto de normas jurídicas que se chama de Direito¹⁷. O Direito, portanto, pode ser compreendido como um conjunto de normas – as normas jurídicas – que determinam as condutas minimamente aceitáveis para o bom convívio social. É um processo de adaptação social, pois é um mecanismo – talvez o mais importante – de que se vale o grupo social para transmitir aos indivíduos a noção dos comportamentos aceitos, esperados e obrigatórios.

Portanto, “exprime o Direito a ideia de adaptação social. De interação e pacificação das relações do homem consigo próprio e com o meio em que vive”.¹⁸ Desse modo, pode-se afirmar que “a vida em sociedade exige o estabelecimento de normas jurídicas

¹⁶ É assim que, doravante, será referido o homem que vive com os outros no meio social.

¹⁷ Em que pese possa haver outras definições de Direito, é essa a que será adotada neste trabalho.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 8º ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2010. p. 2

que regulem os atos de seus componentes; são os mandamentos dirigidos à liberdade humana no sentido de restringi-la em prol da coletividade, pois esta liberdade não pode ser onímoda, o que levaria ao caos”¹⁹.

Não se pode, porém, imaginar que o Direito nasce a partir do imaginário das instituições competentes para produzi-lo sem qualquer tipo de planejamento para controlar as condutas em sociedade. Enquanto fenômeno social, o Direito possui um aspecto duplo: o homem se adapta ao Direito, que organiza e disciplina a sua vida em sociedade, ao passo que o Direito retrata as necessidades do homem dentro da sociedade em que integrado.²⁰

Ou seja, as normas jurídicas não “nascem” para impor em abstrato comportamentos devidos, mas são criadas porque há (ou, pelo menos, deveria haver) um diálogo constante entre a sociedade e o Direito, pois este é instituído pela sociedade para determinar aquilo que ela quer, recomenda e acredita²¹; e uma vez criadas, deve-se obrigatoriamente obedecer às normas jurídicas. Portanto, a norma jurídica é a espinha dorsal da sociedade, e nessa sociedade ela se fundamenta, não podendo ser fruto de criação arbitrária do poder que a cria.²²

É como se o Direito dissesse “Enquanto for do seu interesse, sociedade, obedeça-me. Se não o for, diga-me o que deseja, e eu te direi o que fazer”.

Enfim, é lícito concluir que os valores do Direito não são criados abstratamente, mas representam a expressão daquilo que a sociedade acredita. “Logo, o Direito não está à disposição de conceitos eternos, imutáveis. Ao revés, tem de se adaptar aos avanços da sociedade”.²³

2.3.1 Distinção entre normas morais²⁴ e jurídicas

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica.** Norma Jurídica e Aplicação do Direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 342

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2010. p. 2

²¹ É claro que é muito difícil, senão impossível, encontrar uma vontade social unificada. Ou seja: devido ao complexo de relações existentes na sociedade e às ideologias nela desenvolvidas (muitas vezes contraditórias em si) é óbvio que muitas vezes o Direito poderá ser contrário ao que muitos acreditam e desejam. É o caso, por exemplo, da pena de morte a condenados pela prática de crimes – essa pena é vedada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, salvo nos casos de guerra declarada, mas há grande parcela da população que gostaria que fosse aplicada tal sanção a determinados tipos de crime.

²² DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.*, 2009. p. 348-349

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, 2010. p. 3

²⁴ Para este tópico, normas de etiqueta e normas de índole moral serão tratadas como “normas morais”.

O Direito não é a única ferramenta utilizada pela sociedade para adaptar o indivíduo às suas regras. É, em verdade, uma das ferramentas utilizada, mas que se diferencia das outras (normas de etiqueta ou normas morais).

Quais as diferenças, portanto, entre as normas morais e jurídicas?

Embora existam muitas similitudes entre normas jurídicas e morais, Ricardo Maurício Freire Soares²⁵ lembra que as normas morais possuem natureza autônoma, interior, unilateral e menos coercitiva que as normas jurídicas; enquanto essas possuem natureza heterônoma, exterior, bilateral e mais coercitiva.

“As normas morais se revelam como instâncias autônomas da normatização do agir humano, porque o sujeito moral ostenta a prerrogativa de orientar-se conforme a sua vontade”²⁶. Com isso se quer dizer que o sujeito adere ou não ao preceito da moralidade, não podendo ser obrigado por outros a se comportar em harmonia com os padrões morais ditados²⁷.

As normas jurídicas diferem dessa natureza porque são heterônomas, ou seja, são impostas por alguém que não o próprio indivíduo, independente de sua vontade. Assim, a norma jurídica deve ser obedecida, sem a necessidade de consentimento e concordância dos agentes sociais²⁸.

“De outro lado, as normas morais se dirigem para as dimensões interiores da existência humana, porque regulam a consciência individual. No plano das normas morais, a sanção é puramente interior”²⁹. Assim, a consequência da violação de uma norma moral é um desagradável sentimento de culpa, remorso, angústia. O indivíduo que comete uma imoralidade poderá, tão somente, sentir um “mal estar”. Claro que, por ninguém impor a norma ao indivíduo, ele pode inclusive não sentir mal nenhum por descumprir norma de preceito moral.

O mesmo, porém, não ocorre com as normas jurídicas. As normas jurídicas “necessitam de comportamentos exteriores para serem aplicadas”³⁰, isto é, a conduta ilícita (portanto, violadora de norma jurídica) precisa ser exterior à consciência, precisa ocorrer no mundo dos fatos, e não apenas “na cabeça do indivíduo”. De igual modo, a sanção pelo

²⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 29

²⁶ *Ibidem, loc. cit*

²⁷ *Ibidem, loc. cit*

²⁸ *Ibidem, loc.cit.*

²⁹ *Ibidem, p. 30*

³⁰ *Ibidem, p. 30*

descumprimento de uma norma jurídica será exterior, ou seja, será aplicada no mundo concreto, no mundo dos fatos, e não apenas no imaginário.

“As normas morais são unilaterais, porque estão destinadas à disciplina do comportamento de um indivíduo isolado”³¹, de modo que o dever moral não pode ser exigido por outro agente social. Sendo assim, o indivíduo participante da sociedade não pode ser obrigado, por exemplo, a conceder esmolas a pedintes para seguir os preceitos da moralidade cristã³².

Diferentemente, as “normas jurídicas são bilaterais, porque regulam sempre uma relação intersubjetiva. O Direito enfoca a conduta em sua interferência intersubjetiva (correlação entre o fazer de um e o impedir de outro)”³³. É por essa razão que “a norma jurídica mencione não apenas o dever que tem um sujeito, mas um dever perante outro sujeito, que tem, portanto, o direito, a faculdade de exigir-lhe a prestação”³⁴.

Por fim, é dito que as normas morais são, normalmente, “menos coercitivas do que as normas jurídicas, atuando no psiquismo do potencial infrator de modo menos contundente, já que o temor da aplicação de uma sanção moral é menor que a aflição gerada pela possibilidade de materialização de uma sanção jurídica”³⁵.

De outro lado, as normas jurídicas são mais coercitivas que as morais, “já que o temor da aplicação de uma sanção jurídica é maior que a aflição gerada pela possibilidade de materialização de uma sanção moral. Na maioria das vezes, é preferível praticar um pecado (imoralidade religiosa) a realizar uma ilicitude”³⁶⁻³⁷.

Essa menor coercitividade das normas morais se dá porque a sanção imposta a elas é aplicada por todo e qualquer indivíduo, de forma espontânea e concreta, não havendo previsão do seu conteúdo.

Já a sanção imposta ao descumprimento de uma norma jurídica gera coercitividade maior porque é organizada pelo Estado, uma vez que este detém o monopólio

³¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 30

³² *Ibidem*, loc. cit

³³ *Ibidem*, loc. cit

³⁴ *Ibidem*, p. 30-31

³⁵ *Ibidem*, p. 31

³⁶ *Ibidem*, loc. cit

³⁷ Vale lembrar que, embora não seja o que ocorre ordinariamente, pode haver situações e indivíduos que prefiram cometer uma ilicitude a uma imoralidade, principalmente religiosa. É o caso, por exemplo, de alguns seguidores da religião Testemunhas de Jeová, que preferem que seus filhos não recebam transfusão de sangue em situações de emergência (o que pode levar à morte) à “pecaminosa” situação de receber sangue de outro indivíduo.

da sua aplicação³⁸. Portanto, é sabido que, uma vez cometida a ilicitude, o Estado irá impor a sanção, que geralmente é mais forte e ameaçadora do que a sanção imposta pelo descumprimento de normas morais.

2.3.2 Diferença entre dispositivo, enunciado normativo e norma jurídica

A partir das lições acima, pôde-se aprender o que são as normas jurídicas e qual a sua relevância para a sociedade.

Uma distinção, porém, merece ser feita.

Nunca é demais lembrar a diferença entre dispositivo, texto e norma. Embora tais noções sejam diferentes, percebe-se que o leigo na Ciência Jurídica pode fazer algumas confusões, motivo pelo qual é mais do que relevante expor didaticamente a diferença entre elas. Não só o leigo, aliás, mas também alguns aplicadores do Direito às vezes confundem os termos.

Explicação rápida e sucinta (porém completa) é o necessário para seguir em frente. Por isso, os ensinamentos de Luís Roberto Barroso serão aqui apresentados.

Dispositivo é “um fragmento de legislação, uma parcela de um documento normativo. Pode ser o *caput* de um artigo, um inciso, um parágrafo” (destaque no original).³⁹ O dispositivo não traz, necessariamente, uma norma jurídica. Um único dispositivo pode trazer mais de uma norma jurídica a ser construída a partir de sua interpretação, ao passo em que há vezes que um único dispositivo traz a possibilidade de diversas normas jurídicas serem construídas.

Enunciado normativo, por sua vez, corresponde a “uma proposição jurídica no papel, a uma expressão linguística, a um discurso prescritivo que se extrai de um ou mais dispositivos. Enunciado normativo é o texto ainda por interpretar”.⁴⁰

Já a norma é que o intérprete constroi a partir da interpretação do texto. Isto é, a partir da leitura do texto e da interpretação a ele aplicada é que se surge a norma jurídica. Portanto, só é possível identificar a unidade de “dever-ser” imposta ao indivíduo quando é aplicada a referido texto normativo atividade interpretativa. “Por essa visão, não existe norma em tese, mas somente norma interpretada. Enunciados normativos são fontes do Direito, obra

³⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 31

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 216

⁴⁰ *Ibidem*, p. 217

do legislador, no mais das vezes. Já as normas são produto da atuação judicial. Portanto, *enunciado normativo não é o mesmo que norma.*” (destaque no original).⁴¹

Até então, foi visto o que vem a ser a norma jurídica, o que ela é e o que ela não é. O estudo precisa agora avançar à classificação das normas jurídicas: identificar quais as espécies de norma jurídica existentes.

2.4 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

O tópico deve ser iniciado com a seguinte afirmação: não há consenso sobre a classificação das normas jurídicas. Isto é, a doutrina diverge sobre a melhor classificação que se pode dar às normas jurídicas. “A multiplicidade de propostas doutrinárias reflete a dificuldade comumente encontrada pelos juristas de diferentes matrizes teóricas no sentido de ordenar a multifacética experiência normativa do fenômeno jurídico”⁴².

De tal modo, as normas jurídicas podem ser classificadas de acordo com diversos critérios: fonte de produção; âmbitos de validade; grau de sistematização legal; eficácia técnico-jurídica; etc.⁴³

Para o presente trabalho, os critérios acima apresentados são irrelevantes.

Para que, então, criar um tópico denominado “classificação das normas jurídicas”? É que hoje a doutrina definiu um novo critério de classificação: o critério da estrutura normativa.

Somente após um longo processo evolutivo é que se consolidou a ideia de que as normas jurídicas são um gênero, que comporta duas espécies: regras e princípios.⁴⁴ E esta classificação que é importante para o trabalho ora proposto, já que “o reconhecimento da distinção qualificativa entre essas duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais ao pensamento jurídico contemporâneo”⁴⁵.

Portanto, saiba o leitor que a norma jurídica pode ser classificada de diversas formas, mas a mais relevante para o trabalho agora exposto é a classificação estrutural, que divide as normas jurídicas em regras e princípios.

Ao seu estudo, portanto.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 218

⁴² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 53.

⁴³ *Ibidem. loc. cit.*

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2011, p. 226

⁴⁵ *Ibidem, loc. cit.*

3 REGRAS *VERSUS* PRINCÍPIOS

Por muito tempo, os estudiosos do Direito diferenciaram as normas jurídicas dos princípios jurídicos. Enquanto as normas jurídicas eram compreendidas como essa estrutura de dever-ser comportamental, “os princípios desempenhavam uma função meramente auxiliar ou subsidiária na aplicação do Direito, servindo de meio de integração da ordem jurídica na hipótese de eventual lacuna”.⁴⁶

Muitos doutrinadores, inclusive brasileiros, compreendiam os princípios como algo diferente das normas jurídicas. Alguns, como o próprio Orlando Gomes⁴⁷, inclusive, negaram não apenas o seu caráter normativo, mas também a sua própria compreensão como fonte formal do Direito.

Paulo Bonavides, por sua vez, ensina que a juridicidade dos princípios passou por três fases distintas: a fase do jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo, que serão brevemente analisadas a seguir.⁴⁸

3.1 A FASE JUSNATURALISTA

Na fase jusnaturalista, pode-se conceber que os princípios possuíam normatividade “basicamente nula e duvidosa”⁴⁹. Concebia-se os princípios como “axiomas jurídicos”, normas universais de boa conduta.

Explica Limongi França⁵⁰ que, na Idade Média, as coletâneas de axiomas jurídicos avultaram em importância, principalmente as de Burchard, bispo de Worms, “de cujo nome vertido para o latim – Brocardus – se teria originado a própria palavra ‘brocardo’, que serve para designar os anexins da sabedoria popular e, de modo especial, as máximas jurídicas”.

Muitos desses brocardos foram, e ainda são, considerados “princípios jurídicos”, como é o caso do *pacta sunt servanda*, *bis in idem* etc.

⁴⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p.150

⁴⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**: Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 45-46

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 259

⁴⁹ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁵⁰ FRANÇA, R. Limongi. **Princípios Gerais de Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 36

E é essa concepção de ideal de justiça presente em diversos brocardos jurídicos que irá impregnar a essências dos princípios gerais do Direito⁵¹ por um longo tempo.

3.2 O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DOS PRINCÍPIOS

Com o advento do positivismo jurídico, os princípios passaram a ingressar nos Códigos como fontes normativas subsidiárias⁵².

Ou seja, caso houvesse uma situação que não era regulamentada por nenhuma norma jurídica – o que se chama de “lacuna jurídica” – cabia aos princípios, de forma subsidiária, auxiliar na resolução desta situação conflituosa. Assim, “os princípios não eram vistos como normas jurídicas, mas apenas como ferramentas úteis para a sua integração e aplicação. Era uma categoria à parte, marginalizada e relegada à importância secundária”⁵³.

O Código Civil de 1916 trazia, no seu artigo 7º, o seguinte enunciado: “Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito”. Mais tarde, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, datada de 16 de julho de 1934, foi previsto no nº 37 do seu artigo 113 que: “Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade”.

A previsão de aplicação subsidiária dos princípios (ainda) é reconhecida por normas que se encontram em vigor. É o caso da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro⁵⁴, que assim dispõe em seu artigo 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. A Lei nº 5.925 de 1973, por sua vez, alterou a redação do artigo 126 do (atual) Código de Processo Civil, que assim passou a dispor: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais. Não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”.

Percebe-se, diante da simples leitura dos dispositivos acima, que os princípios não eram apenas uma fonte subsidiária para a solução das lacunas jurídicas, como a última fonte a ser utilizada. Primeiro, vinha o emprego da analogia. Caso não fosse possível, o juiz deveria

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2003p. 261

⁵² *Ibidem*, p. 262

⁵³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. 150 p.

⁵⁴ Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Antigamente, era chamado de “Lei de Introdução ao Código Civil”, mas como havia grande crítica à nomenclatura, pois este diploma disciplinava as formas de interpretar e aplicar as normas jurídicas brasileiras como um todo, e não apenas as normas do Código Civil, a Lei nº 12.376, de 2010 alterou o nome para “Lei de introdução às Normas de Direito Brasileiro”.

analisar o caso de acordo com os costumes. Só se assim não fosse possível, é que aplicar-se-iam os princípios jurídicos.

Ou seja, determinam as referidas normas que os princípios só seriam aplicados se não houvesse norma jurídica regulando a situação.

3.3 NORMAS *VERSUS* PRINCÍPIOS (O PRINCÍPIO COMO MANDAMENTO NUCLEAR)

Com o advento do pós-positivismo⁵⁵, os princípios passaram a ter sua força normativa reconhecida. É a fase atual, a da normatividade dos princípios.

Noberto Bobbio há muito já dizia que os princípios gerais do Direito são normas jurídicas, embora sejam as normas mais gerais do ordenamento jurídico. “Para mim não há dúvidas: os princípios gerais são normas como todas as outras”.⁵⁶ Sustenta sua tese afirmando que a função para qual são extraídos os princípios é a mesma das demais normas: regular um comportamento não regulamentado. Além disso, afirma que “se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devem ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas”.⁵⁷

Os doutrinadores brasileiros, contudo, demoraram para abraçar as ideias acima expostas. Os princípios, em verdade, deixaram de ser considerados mero elementos de integração de lacunas jurídicas, deixaram de ser “conselhos”, mas ainda não eram considerados como espécies de normas jurídicas.

A doutrina passou a compreender o princípio como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas”⁵⁸. Passou-se a conceber o princípio como as premissas de todo um sistema jurídico.⁵⁹ É por tal motivo que Luís Roberto Barroso afirma que “em sua trajetória ascendente, os

⁵⁵ Pós-positivismo, aqui, entendido como o ideário difuso, no qual há uma releitura moral das leis e da própria Constituição, ao lado de uma nova teoria dos direitos fundamentais e redefinição de valores como princípios e regras jurídicas. É o que entende BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226

⁵⁶ BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed., Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 158

⁵⁷ *Ibidem*, p. 158-159.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 54.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 256 p.

princípios deixaram de ser fonte secundária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas”⁶⁰.

Ou seja, os princípios, embora diferentes das normas jurídicas, foram concebidos como os mandamentos superiores do Direito. As normas jurídicas deveriam, então, estar compatíveis com os princípios, já que estes traziam seus valores para o Ordenamento Jurídico, fazendo com que aquelas fossem sempre interpretadas e aplicadas de acordo com os ditames destes. Tal ideia é extraída da clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.”⁶¹

Limongi França⁶², igualmente, ao explicar a elaboração do Direito, afirma que suas normas “não são, não podem ser, geradas irracionalmente, sem a obediência a princípios básicos, à falta de cuja informação lhes não seria dado alcançar os fins a que se destinam.” Melhor ainda, diz ele⁶³ que os princípios gerais do direito⁶⁴ “sempre serviram como luzeiro à elaboração do Direito Positivo”.

A partir destas lições, a doutrina lecionou (e ainda leciona) “que os princípios são normas que expressam *idéias matrizes* ou os *valores fundamentais* que se espraiam por todo o sistema jurídico (por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana)” (destaque no original).⁶⁵

As palavras dos referidos autores se tornaram um ensinamento transmitido de geração em geração de juristas brasileiros. Ensino importante, responsável por trazer ao Direito os valores que são emanados dos princípios jurídicos.

Ante o exposto, percebe-se que autores brasileiros, como Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁶, expressamente diferenciavam os princípios das normas, e afirmavam a superioridade daqueles em relação a estas.

Tais lições foram incorporadas e aceitas pela (maioria) da doutrina brasileira.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226-227.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, 2011, p. 54.

⁶² FRANÇA, R. Limongi. **Princípios Gerais de Direito.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 31

⁶³ *Ibidem*, p. 32

⁶⁴ Denominava-se “princípios gerais do Direito” o que hoje se conhece por princípios. Há quem diferencie, hodiernamente, essas duas categorias, mas isso não interessa para o presente trabalho.

⁶⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p.153

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 54.

3.4 REGRAS *VERSUS* PRINCÍPIOS (UMA DISTINÇÃO ENTRE DUAS ESPÉCIES DE NORMAS JURÍDICAS)

O advento do pós-positivismo trouxe uma nova distinção. Superava-se a diferença entre normas e princípios, e outra noção surgiu: norma jurídica é um gênero, do qual são espécies as regras e os princípios. Ou seja, princípio, agora, é uma norma jurídica. A norma, aquela unidade de dever-ser que determina o comportamento em sociedade, pode ser uma norma-regra ou uma norma-princípio.

Afirma-se que os princípios ganharam tal importância por conta das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, em especial por conta do regime nazista de Adolf Hitler. George Marmelstein⁶⁷ ensina que “após o nazismo, os juristas no mundo todo sentiram a necessidade de desenvolver uma teoria jurídica mais comprometida com os valores humanitários como forma de recuperar a legitimidade da ciência do direito que havia sido profundamente abalada”.

Hitler tinha uma concepção distorcida e discriminatória dos direitos do homem, pois pregava que apenas os descendentes de uma “raça superior” poderiam gozar de tais direitos. Os outros, isto é, as “raças inferiores”, não gozavam de direitos humanos porque eram descartáveis.⁶⁸ “Para Hitler, a dignidade não era um atributo do ser humano como um todo, mas dos seletos membros da raça ariana.”⁶⁹ O Holocausto é prova dessa concepção desumana.

Ocorre que, de forma surpreendente, tudo isso era protegido pelo regime jurídico da Alemanha nazista. Em 1933, quando Adolf Hitler assumiu o poder na Alemanha, “foi aprovado o chamado ‘Ato de Habilitação’, conferindo ao gabinete de Hitler o poder de editar normas capazes de alterar até mesmo a Constituição.”⁷⁰ Esse ato jurídico, que possuía plena validade formal (naquele período histórico, os estudiosos do direito se preocupavam com a validade formal das normas jurídicas, pouco importando o seu conteúdo), possibilitou as inúmeras barbáries ocorridas então.

“O que Hitler ordenava era lei e, portanto, deveria ser obedecido. Logo, todos os que estavam abaixo de Hitler nada mais estavam fazendo do que cumprir ordens.”⁷¹

⁶⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3

⁶⁸ *Ibidem*, p. 4

⁶⁹ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁷⁰ *Ibidem*, p. 6

⁷¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6

Essa era a mentalidade jurídica da época. O operador do direito deveria aplicar a lei, pouco importando se seu conteúdo era considerado justo ou injusto. Nenhum juízo de valor era feito: se formalmente válida, a norma jurídica deveria ser aplicada sem nenhum questionamento.

Para o positivismo normativista (ideologia preponderante da época, tendo como criador Hans Kelsen), não importava o conteúdo da norma jurídica, mas tão somente a sua validade⁷². Isso se deu porque, na segunda década do século XX, Kelsen buscou afastar da ciência jurídica⁷³ os elementos metajurídicos (conceitos da psicologia, economia, da moral etc.). Referia-se a uma “Teoria Pura do Direito”, cuja validade da norma jurídica não correspondia ao seu conteúdo, mas tão somente à sua validade (se foi proferida por órgão competente, se seguiu o procedimento estabelecido para a sua criação, etc.).

Com a derrota da Alemanha nazista e, logo após, o julgamento do Tribunal de Nuremberg, uma nova fase surgiu para o Direito. Uma fase em que a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como valor superior a ser alcançado, estando, portanto, acima dos ditames de qualquer lei e do próprio Estado.⁷⁴ Agora, as normas jurídicas não poderiam ser axiologicamente neutras, ou seja, o Direito não deveria prezar tão somente pela validade formal, mas também pelo conteúdo. Valores éticos de moral e justiça deveriam ser trazidos para as normas.

Diante desse desencanto com o positivismo normativo, em que só se preocupava com a validade formal, é que um novo movimento ideológico surgiu entre os juristas: o pós-positivismo, também chamado de positivismo ético por George Marmelstein.⁷⁵ O objetivo desse novo movimento é “inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana. Percebeu-se que, se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei.”⁷⁶

Coube aos princípios, então, a responsabilidade de abarcar os valores da sociedade. Deste modo, parte da doutrina passou a afirmar que os princípios eram as normas que traziam os valores da sociedade para dentro do Ordenamento Jurídico, e tais valores se espalham por toda a interpretação e aplicação das demais normas.

⁷² É o que muito bem ensina REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 440-463

⁷³ Vale lembrar que Hans Kelsen se referia a uma “Teoria Pura” no estudo da norma jurídica, e não na sua aplicação. É de se duvidar que o autor defendesse na aplicação das normas jurídicas toda e qualquer ausência de análise do seu conteúdo.

⁷⁴ MARMELSTEIN, George. *Op. cit.*, 2011, p. 9

⁷⁵ *Ibidem*, p. 11

⁷⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 11

“Antes, com o positivismo ideológico, tudo girava em torno da lei, e a lei, qualquer que fosse seu conteúdo, era tudo; agora, com o pós-positivismo, a lei cede espaço aos valores e aos princípios”.⁷⁷

O pós-positivismo, então, se caracteriza por criticar o legalismo e formalismo jurídico, acredita na força normativa da Constituição, busca a positivação constitucional de valores éticos e de honrar o compromisso com a dignidade da pessoa humana.⁷⁸

Mas, além de possuir carga axiológica⁷⁹, há outras diferenças entre as regras e princípios?

Analise-se em tópicos separados, para ser mantida a didática.

3.4.1 Diferenças entre Regras e Princípios

Superada a concepção de que princípios não eram normas, veio a necessidade de se diferenciar as duas espécies de normas jurídicas: princípios e regras. Robert Alexy⁸⁰ lembra que essa distinção não é nova, mas que, a despeito de sua longevidade e frequente utilização, pairam polêmica e falta de clareza a cerca dela. “Há uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos, a delimitação em relação a outras coisas – como os valores – é obscura e a terminologia é vacilante”.⁸¹

Serão trabalhadas, agora, algumas das diferenças entre regras e princípios traçadas pela doutrina (a mais importante, contudo, será abordada no tópico seguinte).

Dirley da Cunha Júnior⁸² traz, de forma muito bem abordada, algumas diferenças:

a) Grau de abstração e generalidade. Enquanto os princípios jurídicos possuem elevado grau de abstração e são providos de alto grau de generalidade, as regras são as normas com pequena abstração e reduzida generalidade. Por exemplo, seria regra a norma prevista no inciso II do §1º do artigo 40 da CF/88, que determina que os servidores abrangidos pelo regime previdenciário do referido artigo serão aposentados compulsoriamente aos setenta

⁷⁷ *Ibidem*, *Loc. cit.*

⁷⁸ *Ibidem*, p. 14

⁷⁹ É verdade que é polêmico dizer que os princípios possuem carga axiológica, enquanto as regras não. Para Ronald Dworkin, como se verá mais à frente, os princípios são um padrão observado para se atender às exigências da moralidade. Já Miguel Reale afirma que toda norma jurídica – e aqui podem ser abrangidos tanto os princípios quanto as regras – possui carga axiológica. Para maior estudo sobre o tema a opinião do último autor: REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86-76

⁸¹ *Ibidem*, p. 87

⁸² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 152-154.

anos de idade. Seria princípio, por sua vez, o “respeito à dignidade da pessoa humana”, previsto no inciso III do artigo 1º da Carta da República.

Essa distinção confunde as noções que foram anteriormente abordadas: dispositivo, enunciado normativo e norma, mais especificamente enunciado e norma. Norma é aquilo que o intérprete constroi a partir do enunciado, do texto da norma. O fato de o texto possuir linguagem abstrata e genérica não é suficiente para influenciar na estrutura da norma que a partir dele será construída: se regra, ou princípio.

b) O grau de indeterminação. Por serem normas abstratas, os princípios são indeterminados, precisando de medidas intermediárias concretizadoras para serem aplicados. Já as regras, por serem determinadas, não precisam de qualquer mediação, sendo, portanto, normas de aplicação direta.

c) A função normogênica⁸³ dos princípios. Os princípios seriam os fundamentos das regras, as “vigas mestras” que dão base às regras jurídicas, inspirando a criação, interpretação e aplicação destas.

Essa distinção está em harmonia com as ideias de autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem os princípios são os mandamentos nucleares do Direito, conforme já apresentado acima. Não está, porém, em conformidade com as ideias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, cujas lições serão a seguir apresentadas.

3.4.2 A Distinção Estrutural

Embora haja as diferenças acima expostas, foi a distinção estrutural entre princípios e regras, enfrentada, principalmente, por Ronald Dworkin e Robert Alexy, que ganhou maior aceitação por parte da doutrina brasileira.

O jusfilósofo Ronald Dworkin⁸⁴⁻⁸⁵ diferencia regras, princípios e políticas. Para este trabalho monográfico, basta falar, de forma muito sucinta, da diferença apontada por ele.

Regras seriam aquelas normas que se aplicam no modelo “tudo ou nada” (*all or nothing*). Assim, configurado o fato jurídico, a regra será aplicada àquele caso. Ela só não será aplicada ao caso se for declarada juridicamente inválida. Os princípios, por sua vez, “são normas cujo cumprimento é exigível por força de sua dimensão de moralidade”⁸⁶ e que têm

⁸³ Essa “função normogênica” é a grande responsável pelo equívoco doutrinário que aqui será debatido.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁸⁵ *Idem.*, **Uma Questão de Princípios**. 2º ed. São Paulo: Martins Editora, 2005.

⁸⁶ MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. **O Direito como Integridade Comunicativa**: Uma compreensão histórica do princípio da proibição de retrocesso social. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. p. 101

sua aplicação verificada no caso concreto de acordo com a sua “dimensão de peso”. Ou seja, naquele caso concreto, o princípio será ou não aplicado de acordo com o “peso” que possui. Por fim, as políticas são diretrizes éticas que pautam politicamente os objetivos a serem atingidos pela comunidade.⁸⁷

Robert Alexy⁸⁸, por sua vez, trata as regras de uma forma parecida com a de Dworkin. Afirma Alexy que “as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve ser exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (destaques no original).⁸⁹ Ou seja, nada mais é do que a aplicação do modelo “tudo ou nada” das regras.

Já os princípios são as normas que “ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁹⁰. São, portanto, mandamentos de otimização, “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depender somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”⁹¹. Diferencia-se de Dworkin porque os conceitos de política e princípios são indiferenciados, “de maneira que o autor acaba por assumir os princípios como dotados dessa dimensão de planejamento”⁹² que, para o jurista americano, era inerente às políticas.

Ou seja: tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas (embora com estrutura diferente), porque ambos dizem o que deve ser. As duas espécies podem formular expressões básicas da proibição, permissão e dever.⁹³

Os ensinamentos acima apresentados, principalmente os do alemão Alexy, foram tão aclamados quanto elogiados e acolhidos pela doutrina e jurisprudência.

Os estudiosos, então, sempre que se referem a princípios jurídicos, utilizam os conceitos apresentados por Alexy quase como se fosse um dogma.

Houve, porém, aparente “mal entendido” por parte da doutrina brasileira. Misturaram-se as noções de princípios de Alexy, com as de autores como Celso Antônio Bandeira de Mello (que diziam ser os princípios as normas “mais importantes” do

⁸⁷ *Ibidem*, *Loc. cit.*

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 91.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 90.

⁹¹ *Ibidem*, *loc.cit*

⁹² MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. *Op. cit.*, 2012. p. 101

⁹³ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, 2008, p. 87

ordenamento jurídico) e, também, com os próprios brocardos jurídicos, conforme já explicado anteriormente.

Analise-se.

3.4.2.1 *Controvérsias a respeito da teoria de Robert Alexy*⁹⁴

A partir do conceito de princípio extraído da Teoria dos Direitos Fundamentais do alemão Robert Alexy, pode-se ver, como o fez Virgílio Afonso da Silva,⁹⁵ que “o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que *nada* diz sobre a fundamentalidade da norma” (destaque no original). De tal modo, para a referida teoria, “um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, *mas pode também não o ser*, já que a norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não sua fundamentalidade” (destaque no original).⁹⁶

Este é o primeiro equívoco que pode ser encontrado em muitos livros e trabalhos acadêmicos. Acostumados com o usual conceito de princípio apresentado como “mandamento nuclear do ordenamento jurídico”, muitos doutrinadores “misturam” as duas teorias. Virgílio Afonso da Silva⁹⁷ alerta para tal fenômeno e afirma que, em diversas obras, é comum que os autores comecem a diferenciar regras e princípios conforme a teoria de Alexy e, depois, ao longo do trabalho, utilizam a concepção tradicional de princípios (mandamentos nucleares).

A título de exemplo, pode-se extrair o que afirmou a autora Raquel Melo Urbano de Carvalho⁹⁸:

com o pós-positivismo, dominante no constitucionalismo do final do século XX, reconhece-se, além da normatividade dos princípios, a hegemonia normativa dos princípios em relação às regras. O fato de se atribuir a normatividade dos princípios e o tratamento dos princípios gerais como Direito deve-se à teoria do alemão Robert Alexy e à teoria de Ronald Dworkin, jurista de Harvard.

O que a supracitada autora afirmou é o que muitos doutrinadores repetem em suas obras jurídicas. E repetem de forma equivocada, infelizmente, porque Ronald Dworkin e Robert Alexy jamais disseram que os princípios são superiores às regras! Quem afirmou que os princípios eram superiores (e em relação às “normas jurídicas”, e não regras) foram autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, como visto acima. E além de nunca dizer que os

⁹⁴ Este tópico merece muita atenção do leitor, podendo ser considerado um dos mais importantes deste trabalho

⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, p.613, 2003.

⁹⁶ *Ibidem*, loc.cit.

⁹⁷ *Ibidem*, loc.cit.

⁹⁸ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo: Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 29.

princípios eram superiores, Alexy também nunca disse que os princípios são mandamentos nucleares (novamente, quem o disse foi Celso Antônio).

Ocorre, porém, que os ensinamentos do famoso administrativista brasileiro estão profundamente enraizados nos juristas pátrios, de modo que estes não conseguiram enxergar que o “princípio” de Alexy é diferente do “princípio” tradicional de Celso Antônio. Daí, acabam misturando as duas teorias.

O mesmo ocorre com as lições de Luiz Guilherme Marinoni,⁹⁹ que, ao falar dos princípios definidos por Ronald Dworkin e Robert Alexy, os definiu como “constitutivos de ordem jurídica, revelando os valores ou critérios que devem orientar a compreensão e aplicação das regras diante das situações concretas”. Nunca Alexy (e nem Dworkin) afirmou isso em sua obra. Os princípios jurídicos apontados pelo doutrinador alemão não orientam a compreensão e aplicação das regras. Os princípios são normas jurídicas que determinam que algo deve ser feito dentro das condições fáticas e jurídicas possíveis do caso concreto.

Aliás, Robert Alexy rechaça essa visão. Afirma ele que a compreensão de que os princípios são razões para as regras é incorreta.¹⁰⁰ É equivocado pensar que os princípios são razões para as regras, ao passo que as regras são razões para o caso concreto (isto é, dizer o que deve ser aplicado ao caso concreto). Tanto as regras podem ser razões para a interpretação e aplicação de outras regras, quanto os princípios podem ser razões para decisões concretas.

Na verdade, “princípio” pode ter duas concepções diferentes ou, como prefere José Joaquim Gomes Canotilho,¹⁰¹ duas funções: a função retórico-argumentativa e a função de normas de conduta.

Quando se está diante da função retórico-argumentativa, fala-se de “princípios hermenêuticos”, que são aqueles que desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não estão expressas em qualquer enunciado normativo, possibilitando ao intérprete do Direito, principalmente aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do Direito.¹⁰² É essa a concepção adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, a que não reconhecia o caráter normativo dos princípios. Estes eram, assim, tão somente “cânones” da atividade hermenêutica (e por isso se fala de princípio da vedação ao retrocesso social, irretroatividade

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. vol. 1. 7. ed. São Paulo: São Paulo, 2012. p. 47

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 107

¹⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1161

¹⁰² *Ibidem*, loc.cit.

da lei penal, vedação ao enriquecimento sem causa, etc.), orientando o desenvolvimento, a integração e aplicação das demais normas jurídicas (o referido autor, inclusive, dizia que violar um princípio era mais grave que violar uma norma).

Para essa concepção (ou função, como prefere José Joaquim Gomes Canotilho), princípio é terminologia utilizada para outra coisa que não norma jurídica. E para essa concepção, sim, pode-se dizer que os princípios orientam a compreensão e aplicação das regras (na verdade, das normas, pois para essa concepção o princípio não é encarado como norma, mas como forma de se orientar a atividade hermenêutica).

Isso fez com que Fredie Didier Júnior¹⁰³ já alertasse para o cuidado ao estudar o pós-positivismo jurídico e o neoconstitucionalismo, pois há abusos e incompreensões decorrentes da supervalorização das “novidades” trazidas pelos citados movimentos, dentre eles a supervalorização das “normas-princípio em detrimento das normas-regra, como se aquelas sempre devessem preponderar em relação a essas” (fato que, embora seja invocado pela doutrina brasileira como decorrência da teoria de Robert Alexy, este jamais afirmou tal coisa).

Não é essa a concepção adotada por Robert Alexy.

A segunda concepção/fundamentação é a de princípios como “normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos”¹⁰⁴ (destaque no original). Essa é a concepção de princípio como norma. É a concepção adotada por Alexy em sua obra.

As duas teorias são diferentes. Uma não é melhor que a outra, nem mais adequada¹⁰⁵. São apenas diferentes. Por serem diferentes, o intérprete e aplicador do direito pode adotar a teoria que achar mais adequada, mas não pode misturá-las. Juntá-las é o mesmo que afirmar que uma lâmpada está acesa e apagada ao mesmo tempo. Pode-se ascender ou apagar uma lâmpada, mas nunca dizer que ela está acesa e apagada ao mesmo tempo.

É isso o que está ocorrendo. Parte da doutrina está usando, simultaneamente, a teoria de princípios como espécies de normas jurídicas, assim como as regras (teoria de Alexy), e a teoria de que os princípios são ora mandamentos nucleares do direito, ora cânones hermenêuticos. Essas duas últimas teorias são as mais clássicas, mas diferentes daquela trazida pelo pós-positivismo jurídico.

¹⁰³ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual civil**: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. vol. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 30

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1161

¹⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, p.614, 2003. p. 47

Esse ponto é de vital importância para a percepção deste trabalho. Perceba o leitor que, caso se defina princípios “pela sua fundamentalidade, faz sentido falar-se em *princípio* da legalidade ou em *princípio* do *nulla poena sine lege*. Essas são, sem dúvida, duas normas fundamentais em qualquer Estado de Direito” (destaque no original).¹⁰⁶ É o que ensina Virgílio Afonso da Silva.

Ora, a Constituição Federal de 1988 elegeu o princípio da *nulla poena sine lege* (também conhecido como princípio da anterioridade da lei penal), como um direito fundamental do cidadão, positivado no inciso XXXIX do seu artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Ou seja, se forem encarados os princípios como os mandamentos nucleares do sistema jurídico, como os “valores maiores e mais importantes”, é óbvio, ululante, que se pode denominar a referida norma de princípio. Tanto é que a Constituição Federal de 1988 colocou tal previsão dentro do capítulo dos direitos fundamentais.

Porém, caso se adote a teoria de Alexy, a norma que trata da “anterioridade da lei penal” é uma regra. Por quê? Porque a referida norma determina que o fato só será considerado criminoso se houver uma lei que assim o defina. Pronto. Se um indivíduo cometer um fato e este for considerado criminoso sem que qualquer lei assim defina, a norma estará sendo desrespeitada. Não depende ela de nenhuma condição fática e jurídica do caso concreto para ser aplicada. Ela será aplicada ou desrespeitada (tudo ou nada).

Assim, os princípios de Alexy não são os “princípios hermenêuticos”, que orientam a compreensão e aplicação das regras diante das situações concretas, como afirmou Marinoni. Estes princípios hermenêuticos, se comparados à noção de normas para Alexy, podem tanto ser regras jurídicas quanto princípios jurídicos. São “princípios” totalmente diferentes.

Percebe o leitor a diferença? Se for utilizada a teoria tradicional, chamar-se-ia a referida norma de princípio. Se adotarmos a teoria de Alexy, de regra.

Mas o único problema é a nomenclatura?

Óbvio que não.

¹⁰⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, n. 1 , p.614, 2003. p. 47

Robert Alexy diz que “a diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras”.¹⁰⁷

Analise-se, agora, como se dá a solução dos conflitos entre princípios e regras para se compreender o porquê de haver diferença entre adotar uma teoria ou outra.

3.4.2.2 O Conflito entre Regras

O que ocorre quando duas regras, conflitantes entre si, aplicam-se ao mesmo caso concreto? Robert Alexy ensina que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”.¹⁰⁸ Ou seja, o conflito entre regras será solucionado se (1) houver cláusula de exceção que elimine o conflito ou (2) uma delas for declarada inválida. Poder-se-ia, também, incluir uma terceira hipótese: (3) critérios para solução de antinomia jurídica.

(1) Cláusula de Exceção.

Explique-se com um exemplo concreto. O inciso XXI do artigo 37 da CF/88¹⁰⁹ diz que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...]”. Já os artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666 de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) trazem as hipóteses em que a licitação será dispensada ou até mesmo inexigível.

Assim, se o administrador público precisar realizar contratos em casos de guerra ou grave perturbação da ordem, ele se encontrará diante de um conflito de regras: a regra do inciso XXI do artigo 37 da CF/88, que determina a obrigatoriedade do procedimento licitatório; e a regra do inciso III do artigo 24 da Lei nº 8.666, que permite a dispensa do procedimento nesses casos.

Como solucionar o conflito? Simples, a própria regra constitucional acima citada já permite que a lei traga hipóteses em que não haverá obrigatoriedade de seguir o rito licitatório. Assim, muito embora a regra determine a obrigatoriedade da licitação, ela mesma já admite, dentro da sua estrutura, que exceções possam existir.

(2) Declaração de invalidade de uma das normas conflitantes.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 91-92 p.

¹⁰⁸ *Ibidem*, 92 p.

¹⁰⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Agora, analise-se o seguinte caso. Lei do estado do Amapá veio a estabelecer a hipotética regra de ser inexigível a licitação em época de carnaval. Ora, é óbvio que, se na época do carnaval, o Governador do Amapá não realizar o procedimento licitatório, estaremos diante de um conflito: regra constitucional que determina a obrigatoriedade do procedimento licitatório, regra estadual que a dispensa.

O que fazer aqui? Mais uma vez, a solução é óbvia: muito embora a regra do inciso XXI do artigo 37 da CF/88 permita a existência de situações em que não se procederá o certame, o inciso XXVII do artigo 22 afirma que compete privativamente à União legislar normas sobre gerais de licitação e contratação. Portanto, a Lei estadual hipoteticamente referida seria declarada inválida, pois estaria violando preceito constitucional. Assim, não seria aplicada no caso concreto.

(3) Critérios de solução de antinomia jurídica.

Aqui, dispensa-se exemplos para não tornar o presente trabalho muito extenso. Pode-se dizer, brevemente, que se há conflito entre regras jurídicas e este conflito não for solucionado com exceções ou declarações de invalidade, restará a solução com base no critério hierárquico, cronológico ou especial.

Pela aplicação do critério hierárquico, quando uma norma inferior estiver em conflito com norma jurídica superior, aquela deve ser declarada inválida em face desta. Isso ocorre porque o Ordenamento Jurídico deve ser analisado de forma sistemática, harmônica. É por isso que Hans Kelsen¹¹⁰ afirma que “a norma inferior pertence, junto com a norma superior, à mesma ordem jurídica apenas na medida em que a segunda corresponde à primeira”. Assim, se uma lei está contrária à Constituição, aquela deve ser declarada inválida¹¹¹.

O critério cronológico determina que, havendo conflito entre duas normas, aplicar-se-á a mais nova, isto é, a norma posterior.

Por fim, o critério especial determina que, havendo o conflito entre as normas, aplicar-se-á aquela que traz disposições especiais a par das já existentes.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. pgs. 222 a 223.

¹¹¹ Vale advertir que, para Hans Kelsen, em verdade, a norma jurídica não é “declarada” inválida, com efeitos *ex tunc* (retroativos). É necessário que um órgão do Estado constitua a norma como inválida através de um ato formal, sendo que tal ato produzirá efeitos dali em diante (*ex nunc*, isto é, não-retroativos). Uma boa análise e explicação disso é feita por MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. **O Direito como Integridade Comunicativa**: Uma compreensão histórica do princípio da proibição de retrocesso social. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, p. 55-62

3.4.2.3 Conflito entre Princípios

Muito bem. Já foi abordado como se dá o conflito entre regras e as formas de o solucionar.

Mas, e quando o conflito ocorre pela “colisão” entre dois princípios? A solução apontada pela doutrina, com fulcro nos ensinamentos de Robert Alexy, é a utilização da máxima da proporcionalidade¹¹², que consiste na busca, à luz do caso concreto, de um “ponto de equilíbrio”, onde a colisão entre os princípios será solucionada pela conduta mais adequada, necessária e proporcional ao caso.

Rebeca Mignac de Barros Rodrigues¹¹³ informa que a ideia de proporcionalidade é muito antiga, confundindo-se com a própria noção de Direito, de modo que sempre se buscou um justo equilíbrio entre os interesses em conflito. É importante, então, perceber como o doutrinador alemão aplica essa ideia na solução do conflito entre princípios.

A colisão entre princípios é solucionada de forma totalmente diversa daquela utilizada na colisão entre regras. Os critérios para solução de antinomia jurídica (hierárquico, cronológico e critério da especialidade) não se aplicam porque, na colisão entre princípios, estar-se-á diante de normas de igual hierarquia (normas constitucionais), publicadas ao mesmo tempo (todas integram o corpo da Constituição Federal) e que possuem, na grande maioria das vezes, elevado grau de abstração (vale lembrar que, para muitos doutrinadores, o grau de abstração é utilizado como critério para diferenciar princípios e regras). Outra forma de solução deve, então, ser adotada: a aplicação da proporcionalidade.

Quando dois princípios entram em conflito diante de um caso que é por eles regulado, um dos princípios cederá. Mas, Robert Alexy ensina que “isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro em determinadas condições”.¹¹⁴

É dizer: não é uma exceção introduzida no princípio ou sua declaração de invalidade que solucionará o conflito. São, isso sim, as circunstâncias do caso concreto.

¹¹² É comum encontrar quem fale em “princípio da proporcionalidade”. Ocorre, porém, que o próprio Robert Alexy já alertou para o fato de que a proporcionalidade por ele explanada não se enquadra aos moldes de “princípios” por ele definidos, mas sim aos de “regra”. Para mais, vide: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117

¹¹³ RODRIGUES, Rebeca Mignac de Barros. Do Princípio da Proporcionalidade e sua Aplicação Quanto à Utilização de Provas Ilícitas no Processo Penal. **Revista da Esmape**, Recife, n. 1, p.406-433, 1996. Semestral.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.

Assim, o princípio 1 prevalecerá sobre o princípio 2 se as circunstâncias do caso concreto assim exigirem. Sob outras circunstâncias, contudo, o princípio 2 é que poderá prevalecer sobre o princípio 1.

Analisando a colisão de princípios, Robert Alexy chega até a dizer que “essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, ‘por si só, de prioridade’¹¹⁵. Ou seja, jamais poderemos dizer que o princípio 1 sempre prevalecerá sobre o princípio 2. Os princípios estão no “mesmo nível”, e é o caso concreto que indicará ao intérprete qual será o princípio aplicado naquela circunstância.

A “fórmula” para se utilizar a proporcionalidade merece tópico próprio, devido à profundidade do seu estudo.

4 O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE ¹¹⁶

Antes de se iniciar o estudo da ponderação, um alerta merece ser feito. É comum encontrar a expressão “razoabilidade” sendo empregada como sinônimo de ponderação ou até mesmo de proporcionalidade. Comum, mas não correto. Luís Roberto Barroso¹¹⁷ explica que a ideia de razoabilidade encontra respaldo no sistema jurídico anglo-saxão, em especial o norte-americano, como desdobramento do devido processo legal e tendo como objetivo aferir a constitucionalidade de determinadas leis. Já a proporcionalidade está associada ao sistema jurídico alemão, desenvolvida para servir de mecanismo de controle dos atos do Poder Executivo. George Marmelstein¹¹⁸, por sua vez, diz que a análise da proporcionalidade é algo muito mais sofisticado e objetivo do que a simples verificação da “razoabilidade” da situação a ser verificada. Já a ponderação é a forma pela qual se dá a solução do conflito entre princípios, utilizando-se da técnica da proporcionalidade.

¹¹⁵ *Ibidem*, loc. cit.

¹¹⁶ Já foi dito anteriormente que é muito comum encontrar os termos “princípio da proporcionalidade”, “postulado da proporcionalidade”, “máxima da proporcionalidade” etc., muito embora o próprio Alexy já tenha dito que a proporcionalidade muito mais se assemelha a uma regra do que a um princípio. Diz o autor que “a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tem precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não[...] As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras”. Para mais, vide ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2008, p. 117.

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 328

¹¹⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 409

Em que pese tenha surgido como mecanismo de controle dos atos executivos, a proporcionalidade hoje é adotada, também, para o controle de constitucionalidade das demais normas jurídicas, devido ao seu critério mais objetivo de aferição.

Outrossim, em que pese não sejam sinônimos, “ponderação” e “proporcionalidade” serão aqui tratados como se o fossem¹¹⁹. É que, para a proposta do presente trabalho, é desnecessária a diferenciação entre um e outro. Proporcionalidade será entendida como a técnica de solução ao conflito de duas normas-princípio aplicáveis ao caso concreto.

Feitas as devidas considerações prévias, prossiga-se.

Os métodos clássicos de solução de antinomia jurídica (hierárquico, cronológico e especialidade) não são adequados à solução dos conflitos de princípios jurídicos. Como se sabe, a subsunção foi, por bastante tempo, o raciocínio jurídico aplicado, que consistia em: dado o fato, aplica-se a norma por ele regida e, dada a conduta contrária à prescrita, aplica-se a sanção respectiva. Entretanto, nos casos dos princípios jurídicos, por serem mandados de otimização¹²⁰ (e, portanto, determinarem a sua aplicação sempre que possível nas condições fáticas e jurídicas), pode acontecer de mais de uma norma ser aplicada ao mesmo fato.

As situações que envolvem colisão de princípios constitucionais são de difícil solução. “Tudo vai depender das informações fornecidas pelo caso concreto e das argumentações apresentadas pelas partes do processo judicial”.¹²¹

O aplicador do Direito deve sempre tentar harmonizar as normas conflitantes. Há maneiras de o fazer, como a aplicação dos chamados “princípios da hermenêutica constitucional”¹²² (princípio, aqui, no sentido de técnica utilizada para a interpretação e aplicação das

¹¹⁹ Paulo Roberto Lyrio Pimenta afirma que, na aplicação da razoabilidade, utiliza-se um juízo de exclusão do que é irracional. Na decisão que se aplica a proporcionalidade, por sua vez, busca-se um “adequado meio-fim”, através dos “aspectos” da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Daniel Oitaven, ainda, com base nas lições de Zagreblesky, ensina que a razoabilidade pode assumir três sentidos: razoabilidade como inexistência de violação à ideia de isonomia (igualdade), razoabilidade como existência de coerência internormativa (racionalidade) e também como um ponto intermediário entre dois termos (justiça/equidade). Para mais, vide PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 74-75 e também MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. **O Direito como Integridade Comunicativa: Uma compreensão histórica do princípio da proibição de retrocesso social**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, p. 112.

¹²⁰ Vale advertir que, como bem explica Daniel Oitaven Pamponet Miguel, o termo “mandado de otimização” é empregado frequentemente de uma maneira inexata, pois o próprio Robert Alexy ora o utiliza em um sentido estrito – qual seja: o de “designação de regras a serem seguidas na operacionalização de princípios de forma aproximativamente ideal -, ora como na “descrição dos princípios mesmos como mandamentos a serem seguidos”. Vide em MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. **O Direito como Integridade Comunicativa: Uma compreensão histórica do princípio da proibição de retrocesso social**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, p. 95.

¹²¹ MARMELSTEIN, George. *Op. cit.*, 2011, p. 401

¹²² Talvez fosse melhor utilizar a expressão “postulados da hermenêutica constitucional”. Mas, para demonstrar ao leitor que o uso da palavra “princípio” é tão largamente utilizada para vários significados diferentes (o que,

demais normas, e não no sentido de princípio-norma jurídica). É o caso do princípio da interpretação conforme a Constituição, onde, nas normas que comportam mais de um significado, deve-se adotar o resultado que mais se aproxima dos valores e ideologias consagrados na Carta Magna. “É geralmente visto pela doutrina como uma técnica apta a evitar a invalidação da norma plurissignificativa, ao afastar uma interpretação desconforme e preferir uma que não contrarie o texto constitucional”.¹²³

Outro “princípio hermenêutico” que pode ser utilizado para buscar harmonizar as normas conflitantes é o da unidade da Constituição (ou interpretação sistemática). Consiste esse princípio na análise unitária da Constituição, é dizer, as normas devem ser analisadas em conjunto com as demais do texto constitucional, buscando a superação da antinomia jurídica. Por ser um documento dialético e fruto dos debates políticos da composição política da sociedade,¹²⁴ a Constituição abraça valores muitas vezes antagônicos (a exemplo da defesa ao consumidor e meio ambiente, de um lado, e da livre iniciativa do trabalho e desenvolvimento econômico, do outro). Deve o intérprete, então, valer-se desse princípio para harmonizar as normas potencialmente conflitantes e contraditórias, para aplicar ao caso concreto solução que seja tolerada pelas normas antagônicas.

Enfim, sempre que há princípios jurídicos que são aplicáveis a determinado caso concreto, mas que o regulam de forma diferente, deve o intérprete e aplicador do Direito tentar harmonizar as normas em questão, de modo que não se sacrifiquem os bens tutelados pelas referidas normas. André Puccinelli Júnior¹²⁵, inclusive, elenca esse dever do jurista como um princípio de concordância prática: “esse princípio determina que, perante situações conflituosas, o intérprete deve buscar uma solução harmoniosa que permita a coexistência dos direitos, princípios ou bens constitucionais em choque, evitando a supressão ou o sacrifício total de um valor em relação ao outro”.

Ocorre, porém, que nem sempre é possível harmonizar os princípios que entram numa rota de colisão normativa. Como bem se sabe, a atual Constituição Federal de 1988 é eclética, abraçando valores e ideologias que, muitas vezes, são contraditórios entre si. George Marmelstein¹²⁶ lembra isso ao exemplificar que, enquanto a Constituição reconhece o direito à vida, ela também autoriza a adoção da pena de morte em caso de guerras declaradas ou em

com certeza, contribui na “confusão” hoje existente acerca da “Teoria dos Princípios”), optou-se por manter, neste trabalho, a expressão “princípios da hermenêutica constitucional”.

¹²³ PUCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 326

¹²⁵ PUCINELLI JÚNIOR, André. *Op. cit.*, 2012, p. 82

¹²⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 405

algumas espécies de aborto; permite a liberdade, mas admite a prisão por ordem judicial ou em caso de flagrante; garante o direito à propriedade, desde que atenda a sua função social etc.

“Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante das normas que entrem em rota de colisão”.¹²⁷ Assim, o raciocínio jurídico a ser utilizado não é o da subsunção, mas outro. Um raciocínio de estrutura diversa, que deve levar em conta as diversas direções possíveis para a solução daquele caso. “Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto”.¹²⁸

A doutrina, inspirada nas decisões da Corte Constitucional alemã, aponta a proporcionalidade como critério para a solução desse problema. Consiste a proporcionalidade numa técnica aplicável aos casos regidos por princípios conflitantes entre si para, então, se saber qual o princípio será aplicado naquele caso concreto.

Por conferir amplos poderes ao magistrado¹²⁹, são necessários critérios preestabelecidos para a realização da proporcionalidade, sob pena de submeter a apreciação do caso ao seu subjetivismo, o qual causaria indesejável insegurança jurídica. Diante disso, a doutrina concebeu a existência de três dimensões que devem ser analisadas sucessivamente: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Somente se o princípio em questão for “aprovado” em cada fase de análise é que ele deverá ser aplicada, afastado a incidência do outro princípio naquele caso concreto em específico.

4.1 FASES DE APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

Conforme o exposto, a proporcionalidade é a técnica utilizada para a solução do caso em que há duas normas-princípio conflitantes. No caso concreto, tem-se um intérprete que não sabe qual direção tomar, pois o princípio1 diz para ir à esquerda, e o princípio2 diz para ir à direita.

Para a solução do caso, é necessário realizar uma técnica de análise que perpassa por três fases distintas e sucessivas, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 358

¹²⁸ *Ibidem, loc.cit.*

¹²⁹ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 143

A elas, então.

4.1.1 Adequação

Na fase da adequação, deve-se excluir a adoção de meios que impeçam a realização de “pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados”.¹³⁰ Robert Alexy ensina que “se um meio *M*, adotado para promover o princípio *PI*, não é adequado a essa finalidade, mas obstruí a realização de *P2*, então não haverá custos quer para *PI* ou para *P2* se *M* for omitido, mas haverá custos para *P2* se *M* for adotado”¹³¹. (destaques no original).

George Marmelstein,¹³² com maior clareza, afirma que: “toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados resta desatendida a exigência de **adequação**. Para aferir a adequação há de se perguntar: **o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?**” (destaque no original). Assim, se, diante de dois princípios em conflito para a solução do caso concreto, um deles não se presta à solução do problema, então ele não é adequado para ser utilizado naquele momento, e sim o outro princípio.

“O meio empregado será adequado quando for apto a alcançar o fim colimado”.¹³³

4.1.2 Necessidade

Após analisar se a medida a ser utilizada naquele caso concreto é adequada (isto é, se resolve o problema em questão), resta saber: ela é o meio “menos gravoso” para o outro princípio? Ou seja: é a única forma de solucionar aquele caso concreto, sem afrontar demais o outro princípio?

“Para aferir a necessidade deve-se perguntar: **o meio escolhido foi o ‘mais suave’ entre as opções existentes?** Se a resposta for manifestamente negativa, ou seja, se for possível demonstrar que existem outras opções prejudiciais, a medida pode anular pelo Judiciário”¹³⁴ (destaques no original).

¹³⁰ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. **Ratio Juris**, vol. 16, n. 2, p 131, junho de 2003.

¹³¹ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹³² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 411-412

¹³³ PUCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84

¹³⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 414

No exemplo citado no tópico anterior, Alexy trabalha com a medida *M* e os princípios *P1* e *P2*, ensinando como deve ser auferida a adequação. Na análise da necessidade, ele se utiliza do mesmo exemplo, concluindo que a necessidade “requer que um dos dois meios de promover *P1*, que sejam, em um sentido amplo, igualmente adequados, deva ser escolhido aquele que interfira menos intensamente em *P2*”.¹³⁵ (destaques no original)

“Será necessário se o legislador não dispuser de outro meio menos prejudicial e igualmente eficaz para atingir o objetivo visado”.¹³⁶

4.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Após averiguar se a medida a ser aplicada na solução do caso concreto é adequada e necessária, resta ao intérprete saber se a sua utilização naquele momento é a mais proporcional, dentro de uma perspectiva de custo-benefício.

Deve-se questionar: **“o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar? Em uma análise de custo-benefício, a medida trouxe mais vantagens ou mais desvantagens?”**¹³⁷ (destaques no original).

Percebe-se que, enquanto a “máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas”, as máximas da necessidade e da adequação estão ligadas à “natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*”¹³⁸ (destaque no original).

4.1.4 Resultado da aplicação das fases da proporcionalidade

Após a análise das fases (que, lembrando à exaustão, são sucessivas, ou seja, uma só será analisada depois de a outra ser cumprida) chega-se ao resultado: o princípio que terá sua aplicação àquele caso concreto em detrimento do outro (sem, contudo, invalidá-lo).

Assim, se a medida adotada (ir à esquerda) faz com que o intérprete possa atingir seu objetivo, então ela é adequada ao caso. Se ir à esquerda é o meio menos gravoso para se

¹³⁵ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. **Ratio Juris**, vol. 16, n. 2, p 131, junho de 2003.

¹³⁶ PUCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84

¹³⁷ MARMELSTEIN, George. *Op. cit.*, 2011, p 414.

¹³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118.

chegar ao destino (viola menos o princípio 2), é necessária. Se ir à esquerda é uma atitude tolerada pelo Ordenamento Jurídico, não-lesiva e que comporta um custo baixo para o alto benefício trazido, então ele é proporcional (sentido estrito). Nesse caso, a aplicação do princípio 1 (ir à esquerda) seria mais proporcional (em sentido amplo) ao caso concreto do que o princípio 2 (ir à direita).

Se, porém, ir à esquerda é algo muito prejudicial ao Ordenamento Jurídico, a proporcionalidade (em sentido estrito) estaria comprometida e a medida não seria aplicada. Se ir à esquerda faz com que o intérprete chega ao seu destino, mas é um caminho tortuoso, podendo a direita levar ao mesmo destino com menos obstáculos, então a medida é desnecessária e não merece ser aplicada ao caso concreto. Se ir à esquerda não faz com que o intérprete sequer chega ao seu destino, a medida é inadequada e não merece ser aplicada.

4.2 CRÍTICA À “PONDERAÇÃO EM ABSTRATO”

Para se entender o porquê da crítica à “ponderação em abstrato”, é necessário, antes, entender que alguns doutrinadores (a exemplo de Daniel Sarmento¹³⁹ e Ana Paula de Barcellos¹⁴⁰) estruturam a ponderação em três etapas. E, para tanto, é igualmente necessário ter atenção ao seguinte: a estruturação em três etapas da ponderação não tem nada a ver com as fases da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Esses autores afirmam que a ponderação é estruturada em etapas (novamente, essas três etapas não possuem relação com as três fases da técnica da proporcionalidade). Na primeira etapa (1), identifica-se quais são as normas e os interesses contrapostos. Na segunda (2), “cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, daí se dizer que a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades”.¹⁴¹ Por último, vem uma terceira etapa (3), na qual se examinará conjuntamente os diferentes grupos de normas e a sua repercussão sobre os fatos, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa. “Diante da distribuição de pesos [...] será possível definir, afinal, o grupo de normas que deve

¹³⁹ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro, p.49-119, fev. 2003.

¹⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro, p.49-119, fev. 2003, p. 58

prevalecer”.¹⁴² Nessa etapa terceira entraria a proporcionalidade, que consistiria em uma técnica construída a partir da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ana Paula de Barcellos¹⁴³ explica, obviamente com razão, que os conflitos normativos do texto constitucional podem ser facilmente percebidos. É o exemplo da livre iniciativa contra a proteção ao consumidor e ao meio ambiente equilibrado, liberdade de informação contra a intimidade, etc. Além desse conflito já “idealmente sugerido” pelos valores abstratamente contraditórios, a prática com a interpretação e aplicação desses casos conflituosos, de forma reiterada, produziria um “banco de dados” disponibilizado ao intérprete para ajudá-lo a, em tese, realizar um raciocínio de natureza ponderativa para propor parâmetros de solução aos casos análogos.

Desse modo, é possível para a supracitada autora que, por exemplo, nos casos de conflito entre liberdade de informação contra a intimidade e vida privada, fosse proposta a seguinte solução em abstrato: se a informação veiculada for verdadeira e referente a fato delituoso, o particular não poderia impedir a sua divulgação invocando proteção à intimidade, desde que a informação fosse obtida por meios lícitos.

Nesses casos, o modelo acima descrito teria sido construído, ao menos no entendimento de Ana Paula de Barcellos¹⁴⁴ (o qual, advirta-se logo, não merece ser acolhido), por meio de uma ponderação feita em abstrato.

Com o devido respeito aos autores que acompanham o entendimento apresentado, nada disso merece prosperar.

Em primeiro lugar, ao falar de um conjunto de decisões aplicáveis à luz de determinados casos, e que essas decisões contribuem para a interpretação e aplicação das normas em casos análogos futuros, os adeptos dessa teoria estão aplicando uma já conhecida fonte do direito: a jurisprudência. Perceba: parece proposta inovadora dos autores de que o “banco de dados” criado pela reiterada interpretação e aplicação de normas conflituosas poderia conduzir a uma “ponderação em abstrato”, uma “sugestão” de qual seria o princípio vencedor aos casos análogos daqueles já decididos. Porém, o que os autores estão dizendo, em verdade, é para se aplicar o entendimento jurisprudencial! Entendimento dos órgãos jurisdicionais sobre a forma de interpretação e aplicação das normas jurídicas em casos análogos.

¹⁴² *Ibidem, loc. cit.*

¹⁴³ *Ibidem, p. 60*

¹⁴⁴ *Ibidem, p. 61*

Ou seja: não se propõe nada inovador ou que já não seja aplicado à prática forense.¹⁴⁵

Em segundo lugar, a própria ideia de ponderação em abstrato é falaciosa. Basta ter noção de que, para se chegar às “soluções ponderativas pré-fabricadas”¹⁴⁶ foi necessária a análise de diversos casos parecidos (o chamado “banco de dados”). Ora, se é necessário analisar as circunstâncias dos casos que servirão de paradigma, isso já afasta a ideia de uma ponderação puramente abstrata.

Do mesmo modo, é necessário analisar, nas circunstâncias do caso concreto a ser agora solucionado, se ele se enquadra ou não nos modelos dos casos constantes no “banco de dados”. Se é necessário analisar se aquele caso concreto se enquadra ou não no modelo dos demais, então a ponderação não é abstrata, mas sim casuística! Além disso, essa análise do caso concreto nada mais é do que a técnica do *distinguishing* (em tradução livre, poder-se-ia chamar de “diferenciação” ou “distinção”). Tal técnica consiste num método de comparação onde o juiz analisa “os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores”¹⁴⁷.

Para desconstruir o fundamento da autora com seu próprio exemplo, imagine-se o conflito entre liberdade de imprensa e respeito à privacidade, onde a própria Ana Paula de Barcellos afirmou que se a informação veiculada for verdadeira e referente a fato delituoso, o particular não poderia impedir a sua divulgação invocando proteção à intimidade, desde que a informação fosse obtida por meios lícitos. Ora, como saber se a informação é verdadeira, se não for analisado o caso? Como saber se o indivíduo cometeu fato delituoso? Abstratamente que não é, pois ninguém comete abstratamente um fato delituoso. Tem que ser visto se, no caso, um delito foi cometido (até porque o fato pode ser típico sob uma análise formal, mas não material; o fato pode ser típico, mas não antijurídico; ou pode ser os dois e o autor do fato ser inimputável). Como saber se a informação foi obtida por meio lícito? Não precisa verificar ali, naquele caso, a forma pela qual foi obtida a informação?

¹⁴⁵ Não pode o leitor esquecer que, nos últimos anos, o sistema de precedentes judiciais vem ganhando cada vez mais força e aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

¹⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro, p.49-119, fev. 2003, p. 61

¹⁴⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Cosa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Vol. 2. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 402.

E tem mais! A própria Ana Paula de Barcellos¹⁴⁸ admite que haverá casos em que os conflitos normativos não serão solucionados pela ponderação em abstrato, seja porque as formulações feitas em tese não serão pertinentes ou porque os detalhes fáticos que se apresentam no presente caso não foram cogitados no momento da formulação da solução ponderativa pré-fabricada. Como saber se as soluções em abstrato não são pertinentes àquele caso, ou se ele traz situações fáticas não cogitadas anteriormente? Somente se for estudado o caso concreto!

Além disso, se existisse, de fato, essa ponderação em abstrato, não existiria o chamado *overruling*. O *overruling* nada mais é do que uma técnica de superação de entendimento jurisprudencial, sendo ele substituído por outro¹⁴⁹. Ou seja: o órgão jurisdicional modifica o seu entendimento porque novos fundamentos jurídicos foram realizados, ou porque se percebeu que o entendimento era injusto, obsoleto, etc. Se a ponderação fosse feita em abstrata, como poderia o Estado-juiz modificar o seu entendimento, sem analisar as circunstâncias do caso concreto?

Enfim, o que se critica é: não existe ponderação feita “em abstrato”. Toda ponderação precisa da análise do caso concreto, até mesmo para saber se ele se enquadra ou não no atual entendimento jurisprudencial.

4.3 A PROBLEMÁTICA DA ESTRUTURA DA NORMA QUE VEDA O USO DA PROVA ILÍCITA E SUA (POSSÍVEL) PONDERAÇÃO

Tudo o quanto exposto até então serviu de premissas para a compreensão do objeto do trabalho.

Já se analisou, portanto, o que são as normas jurídicas, suas espécies (regras e princípios) e as distinções que a doutrina atribuem a estas últimas.

Resta saber, então, qual a consequência jurídica de a norma presente no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que afirma que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, ser regra ou princípio.

¹⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro, p.49-119, fev. 2003, p. 62

¹⁴⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da tutela**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 405-406

A norma acima transcrita é aquela que veda o uso das provas ilícitas no processo, tanto civil quanto penal. A doutrina costuma denominá-la de “princípio da vedação à prova ilícita”.

Porém, é de fato um princípio?

Caso se adote a concepção tradicional de princípio (mandamento nuclear do sistema jurídico), não há dúvidas: é princípio. É um mandamento essencial para o nosso ordenamento, que emana seus ditames para a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento. O “princípio” da vedação ao uso da prova ilícita traz “indivíduo caráter ético ao uso da prova, coadunando-se com a afirmação da primazia da proteção da pessoa humana em seus aspectos essenciais, tuteladas as garantias fundamentais contra a busca desvairada e obsessiva da verdade”.¹⁵⁰

Assim, se for utilizada a noção tradicional de princípio, ter-se-á essa concepção principiológica sobre a estrutura normativa da vedação à prova ilícita.

Mas, e se for adotada a teoria de Alexy? A vedação à prova ilícita é princípio ou regra?

Se for compreendida como regra, só resta entender que tal norma impõe que a prova ilícita não seja usada no processo. Caso a prova ilícita seja usada, a regra em questão estaria sendo violada (tudo ou nada).

Ocorre, porém, que muitos doutrinadores (como se verá logo adiante) que adotam a teoria de Alexy denominam a referida norma de princípio. Alguns chegam, inclusive, a tratá-la como um direito fundamental, como o fazem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵¹.

Até aqui, não há problema algum. Cabe ao aplicador do Direito, juntamente com doutrina e jurisprudência, identificar a teoria a ser aplicada ao Ordenamento Jurídico.

Assim, por considerá-la como princípio na estrutura apontada por Robert Alexy, entendem alguns que a referida norma será aplicada de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto e, se entrar em conflito com um outro princípio, serão tais circunstâncias que determinarão qual o princípio que prevalecerá. Portanto, o princípio que veda o uso da prova ilícita poderia ceder e, assim, tal prova seria admitida num processo civil ou penal, desde que o outro princípio colidente prevaleça naquele caso.

¹⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 711

¹⁵¹ *Ibidem*, loc.cit

É o caso, por exemplo, de se admitir o uso da prova ilícita para absolver o réu em um processo penal.

Continua não havendo problemas até então.

Ocorre, porém, que quando se questiona se a referida prova poderia ser também utilizada para condenar o réu em um processo penal, a doutrina majoritária (como é o caso de Guilherme Nucci,¹⁵² Aury Lopes Júnior,¹⁵³ Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar,¹⁵⁴ Eugênio Pacelli e Douglas Fischer¹⁵⁵ etc.) afirma ser impossível. Afirmam que, como a liberdade do indivíduo está em jogo, esta, por ser um princípio e um direito fundamental, jamais permitiria o uso da prova ilícita para a condenação criminal.

A título de exemplo, seguem as palavras de Guilherme Nucci¹⁵⁶: “Pensamos que a prova obtida por meio ilícito deve ser considerada, sempre, inaceitável, ao menos para amparar a condenação do réu”.

Outras palavras do supracitado autor¹⁵⁷ merecem ser destacadas, para demonstrar ao leitor qual a posição atualmente adotada pela doutrina:

A denominada *teoria da proporcionalidade* (“teoria da razoabilidade” ou “teoria do interesse predominante”) tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos. Sustentam os defensores dessa posição que é preciso ponderar os interesses em jogo, quando se viola uma garantia qualquer. Assim, para a descoberta de um sequestro, libertando-se a vítima de um cativo, pretendendo-se e processando-se criminosos perigosos, por exemplo, seria admissível a violação dos sigilos das comunicações, como a escuta clandestina. Essa teoria vem ganhando muitos adeptos atualmente, sendo originária da Alemanha. Sob nosso ponto de vista, não é momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Necessitamos manter o critério da proibição *plena* da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância. (destaques no original).

Aqui já há problema.

Ora, como pode a doutrina, tão acolhedora da teoria dos princípios de Robert Alexy, afirmar que um determinado princípio (no caso, o direito fundamental à liberdade) sempre irá prevalecer em face do outro (no caso, a vedação ao uso da prova ilícita)? O próprio autor da teoria afirma ser isso impossível e inadmissível. Como é possível que se adote a

¹⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 371.

¹⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 597.

¹⁵⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 401.

¹⁵⁵ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 331-332.

¹⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2012. p. 371.

¹⁵⁷ *Ibidem, loc.cit.*

referida teoria, denomine a norma que veda o uso da prova ilícita de princípio e, ainda assim, negue a sua aplicação? Será que passou despercebido aos olhos dos nossos juristas que um princípio jamais terá prevalência absoluta sobre outro, para a acatada teoria dos princípios?

É dizer com outras palavras: estaria a doutrina encarando a norma da seguinte forma: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, salvo para beneficiar o réu no processo penal”? Mas, caso a norma esteja sendo assim compreendida, não seria ela uma regra, ao invés de princípio? Perceba que nessa norma há uma cláusula de exceção já a ela imposta, algo natural das regras, e não dos princípios.

Para responder tal pergunta, é necessário, em primeiro lugar, estudar o conteúdo do direito fundamental à prova para, depois, analisar a vedação à prova ilícita e sua estrutura normativa.

5 O DIREITO À PROVA¹⁵⁸

Cada uma das partes litigantes do processo (réu e autor) buscam a efetivação de um resultado favorável a elas. Ou seja, busca o autor a satisfação do interesse deduzido em juízo, enquanto que o réu busca a não satisfação deste interesse, seja porque entende que o direito do autor não existe, seja porque o direito existe, mas não é mais exigível, etc.

Para tanto, as partes buscam trazer ao processo os fatos que influenciarão na decisão do magistrado para que esta seja favorável aos seus desígnios. E, para isso, utilizam-se das provas.

Mas, o que é a prova?

Em que pese Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁵⁹ afirmar ser difícil conceituar prova, até mesmo porque o termo apresenta vários sentidos, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira¹⁶⁰, preferem (através dos ensinamentos de diversos autores, dentre

¹⁵⁸ Não se assuste o leitor pelo fato de aqui serem utilizadas obras tanto de direito processual civil quanto de direito processual penal. É que foi adotado, no presente trabalho, o posicionamento de que a Teoria Geral do Processo serve de parâmetro e fundamento para todos os ramos do direito processual, seja o civil, penal, trabalhista etc. O estudo relacionado à “prova” é algo que é trabalhado pela Teoria Geral do Processo, motivo pelo qual, então, foram estudadas obras do processo civil e do processo penal. Para se ter uma noção melhor sobre esta compreensão da Teoria Geral do Processo, vide DIDIER Jr., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

¹⁵⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 409.

¹⁶⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da tutela**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 43

eles, Francesco Carnelutti¹⁶¹ e Moacyr Amaral Santos¹⁶²), entender que, em um sentido comum, a prova nada mais é que a demonstração da verdade de uma proposição. Parece ser o conceito mais simples e que mais se aproxima do que vem a ser a prova em um processo. Esse é o que será adotado, então.

É possível, porém, afirmar que as partes litigantes do processo possuem direito à produção da prova? E ainda mais: esse direito, se existir, seria um mero direito garantido por lei (o que permitiria a sua supressão com a superveniência de lei que dispusesse em sentido contrário) ou um direito fundamental, que lei alguma poderia suprimir (apenas conferir maior proteção)?

O Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 130, determina que “ caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” Percebe-se, assim, que as provas necessárias à instrução do processo podem ser requeridas pelas partes. As partes têm esse direito.

Tal entendimento é corroborado com a leitura dos artigos 332 e 333 do mesmo diploma normativo:

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

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Ou seja: o Código de Processo Civil garante às partes o direito (direito por um lado, e ônus por outro) de produzir provas (estejam ou não previstas em lei, desde que sejam moralmente legítimas) hábeis para demonstrar a verdade dos fatos alegados.

A Constituição Federal, por sua vez, não traz em seu texto o direito fundamental à produção de prova,¹⁶³ o que poderia levar alguns a acreditarem que tal direito é meramente legal, decorrente da lei.

Engano.

Em que pese não haja dispositivo que expressamente garanta aos litigantes a produção de prova no bojo de um processo, deve-se fazer análise de outros direitos

¹⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Lisa Pary Scarpa (trad.) 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 67

¹⁶² SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, s/a, v.1, p. 3-4

¹⁶³ Ao menos, não em um texto expresso.

fundamentais, estes sim expressamente previstos na Carta Magna: o direito fundamental ao devido processo legal e o direito ao contraditório.

A Constituição Federal, no inciso LIV do seu artigo 5º, determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

“O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder”.¹⁶⁴ A cláusula do devido processo legal advém de conquista histórica contra o Absolutismo Monárquico e evoluiu ao longo do tempo, de modo que a doutrina (a exemplo de Fredie Didier Júnior, Dirley da Cunha Júnior, Marcelo Novelino, Nelson Nery Júnior etc.) passou a identificar o chamado “devido processo legal formal” e o “devido processo legal substancial”. Tais particularidades não interessam para o presente trabalho¹⁶⁵, mas tão somente o conteúdo do direito fundamental ao devido processo legal: o direito de qualquer pessoa a exigir que o processo seja julgado em conformidade com as regras previamente estabelecidas e que a decisão do magistrado seja justa, devidamente fundamentada e que tenha permitido a participação dos sujeitos no processo.¹⁶⁶

Portanto, para que o processo seja considerado devido e que tenha sido realizado em conformidade com o direito fundamental ora mencionado, faz-se necessário que, entre outras coisas, o juiz tenha permitido aos litigantes a participação no processo e a possibilidade de colaborarem para a formação da decisão do magistrado.

Portanto, se o devido processo legal (também) garante aos litigantes a participação no processo e que possam, assim, se manifestar e influenciar no convencimento do magistrado para a sua decisão, parece óbvio que daí surge um direito, também fundamental, como corolário do devido processo legal, de produzir as provas necessárias à demonstração da verdade dos fatos alegados. O direito fundamental à prova.

O direito fundamental ao contraditório também é responsável pela instituição do direito à prova no nosso ordenamento jurídico.

Positivado no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, o direito ao contraditório garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa.

¹⁶⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. v. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 45

¹⁶⁵ Apenas para não deixar o leitor sem conhecer um pouco: a garantia do devido processo legal formal se refere ao direito de o jurisdicionado ser submetido a um processo cujas normas já se encontram previamente estabelecidas e conhecidas; ao passo que o devido processo legal material ou substancial se refere ao direito de o jurisdicionado participar do processo e poder se manifestar e participar do convencimento do juiz para a decisão a ser proferida. Um bom estudo do tema pode ser encontrado em BASTOS, Antonio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 41-42.

¹⁶⁶ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 575-576

Pode-se afirmar que o direito fundamental ao contraditório garante a ciência dos atos e termos do processo por parte dos litigantes e que estes possam se manifestar sobre esses mesmos atos e termos.¹⁶⁷

Pois bem, se, em nome do contraditório, as partes têm o direito de se manifestar sobre todos os termos e atos do processo, não é duvidoso que elas podem fazer isso por meio de provas. De tal modo, como decorrência do princípio do contraditório, as partes também possuem o direito de produzir provas para demonstrar o quanto alegado.

Percebe-se, assim, que o direito à produção de provas (ou simplesmente “direito à prova”) é um direito fundamental, colhido da nossa Carta Política através das normas de direito fundamental que garantem o devido processo legal e o contraditório.

Essa demonstração da verdade de uma proposição levantada por uma das partes, ou seja, a prova, é, portanto, conteúdo de um direito fundamental: o direito fundamental à prova, (decorrente do direito fundamental do contraditório) que consiste no direito de produzir provas, participar na produção de provas, o direito de se manifestar sobre as provas produzidas e, por último, o direito ao exame da prova produzida pelo juiz.¹⁶⁸

Avance-se no estudo.

5.1 A PROVA ILÍCITA

Por ser direito fundamental, deve-se assegurar às partes de todos os meios probatórios necessários à sua satisfação. Porém, como direito fundamental que é, o direito à prova não é absoluto em relação a outro direito (aliás, nenhum direito é absoluto), devendo ser interpretado, manifestado e exercido em conjunto com outros ditames constitucionais. É por isso que se diz que o direito ao manejo das provas pode ser limitado quando colide com outros valores constitucionalmente consagrados.¹⁶⁹

Daí surge a vedação à prova ilícita.

Aury Lopes Júnior¹⁷⁰ ensina que o processo é um instrumento, isto é, a instrumentalidade é a base da existência do processo. E por ser ao Direito Penal necessária a aplicação da pena para a sua eficácia, é igualmente necessário um processo para a legítima

¹⁶⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 52

¹⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da tutela**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 17-18

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 19

¹⁷⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 88

aplicação dessa pena. Assim, é necessário o processo penal para servir de instrumento à atividade do Estado de poder aplicar penas aos indivíduos que cometem ilícitos penais.

A vedação à prova ilícita sofre grande influência desse processo penal, como bem lembram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁷¹: “Como nesse setor a obtenção da prova é deferida à polícia, em uma fase anterior ao processo, é visível a necessidade de se colocar freios na atividade policial, com o objetivo de impedir a obtenção de provas mediante a violação de direitos fundamentais materiais”.

Antes da Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73) já trazia em seu artigo 332 a previsão de que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Ou seja, qualquer prova seria admitida no bojo de um processo, desde que moralmente legítima. E é esta expressão, “moralmente legítima”, que determina que a prova precisa ser lícita, em conformidade com o Ordenamento Jurídico. Os meios moralmente legítimos são os meios de prova que estão de acordo com o Ordenamento Jurídico (ou com o Direito, como preferem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁷²).

A vedação ao uso da prova ilícita no processo é norma que veio, posteriormente, a ser positivada na Carta Magna, encontrando previsão no art. 5º, LVI da CF/88, assim disposto:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

5.2 A VEDAÇÃO AO USO DA PROVA ILÍCITA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O inciso LVI do artigo 5º está inserido no Título II da Carta Magna, intitulado de “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Ora, não há dúvidas de que este dispositivo traz um direito fundamental, não só por causa da sua localização no corpo da Carta Política de 1988 (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), mas também por conta da sua essência e significado. Ou seja, por ser o direito

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento**. vol. 2. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 390

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento**. vol. 2. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 383

fundamental, nas palavras de André Puccinelli Júnior¹⁷³, o conjunto de “prerrogativas reconhecidas pelo direito positivo e voltadas a assegurar as condições mínimas de existência digna, livre e igual a todos os seres humanos”, resta óbvio que a vedação à utilização da prova ilícita no processo é um direito consagrado para a proteção de condições mínimas para a existência e desenvolvimento do indivíduo em sociedade. Pense no caos, desordem e retrocesso que comporiam a sociedade brasileira se fosse permitido que os indivíduos pudessem ter sua intimidade, por exemplo, indevidamente explorada para que se produzisse prova em processo judicial. Ou, pior, se fossem torturados para que se pudesse “arrancar” a prova do investigado.

É por isso que Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁷⁴ afirmam que isso resulta em um “indivíduo *caráter ético* ao uso da prova, coadunando-se com a afirmação da primazia da proteção da pessoa humana em seus aspectos essenciais, tuteladas as garantias fundamentais contra a busca desvairada e obsessiva da verdade sobre certos fatos” (destaque no original).

Certamente por isso a proibição ao uso de prova ilícita em processo foi consagrada pelo constituinte como direito fundamental: garantir um mínimo de existência e convívio digno em sociedade e um processo judicial pautado em ditames éticos.

E é por tais razões que o constituinte originário preferiu trazer como direito fundamental a vedação ao uso da prova ilícita, ao invés de apenas deixar tal vedação no âmbito das leis processuais (como no caso do art. 332 do CPC, supracitado). A prova ilícita deve ser rechaçada do nosso Ordenamento Jurídico, pois impede (ou, em tese, impediria) que a dignidade do ser humano florescesse no âmbito das relações sociais e jurídicas por ele travadas, bem como seria um óbice ao desenvolvimento de um processo judicial pautado em valores e aspirações da Constituição Federal.

Pode-se dizer, também, que “a razão de ser da proibição inserida no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988 está na insuficiência de sancionar a prova ilícita apenas no plano do direito material. Para uma maior proteção dos direitos, é preciso negar eficácia a tais provas no processo”, conforme ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁷⁵. Apenas uma alteração faz-se necessária nas palavras citadas: não é preciso negar

¹⁷³ PUCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 191

¹⁷⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 56

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento**. Vol. 2. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 390

apenas a eficácia de tais provas no processo, mas também a validade das decisões judiciais baseadas exclusivamente¹⁷⁶ em provas ilícitas.

“Sucedem que, do mesmo modo que se pode falar na existência de um direito fundamental à vedação da prova ilícita, é indubitosa a existência de um direito fundamental à prova”¹⁷⁷. São dois direitos fundamentais, distintos, mas que não se contrapõem (ordinariamente). “Antes, eles se complementam: o direito à prova é limitado pela legitimidade para obtê-la”¹⁷⁸. Assim, o dispositivo constitucional “não nega o direito à prova, mas apenas limita a busca da verdade, que deixa de ser possível através de provas obtidas de forma ilícita”¹⁷⁹.

Diante disso, “é inegável que houve uma opção pelo direito material em detrimento do direito à descoberta da verdade.”¹⁸⁰ (destaque no original). Resta saber, porém, “se essa opção exclui uma posterior ponderação – agora pelo juiz – entre o direito que se pretende fazer através da prova ilícita e o direito material violado”¹⁸¹ (destaque no original).

5.3 A POSSIBILIDADE DE PONDERAÇÃO: UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA PARA BENEFICIAR OU PREJUDICAR O RÉU NO PROCESSO PENAL

Conforme afirmado anteriormente, os princípios (bem como os direitos fundamentais) não são absolutos e não pode o intérprete determinar que sempre o princípio/direito fundamental “A” prevalecerá sobre o princípio/direito fundamental “B”: somente o caso concreto, e somente naquele caso concreto, é que se poderá determinar qual princípio/direito fundamental prevalecerá.

Assim, não há como determinar que nunca a prova ilícita será admitida para condenar o réu, pois, como afirmam, mais uma vez, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal,¹⁸² se de um lado estão, por exemplo a privacidade e a intimidade, tuteladas em sede constitucional, também estão do outro lado outros valores constitucionalmente tutelados “que

¹⁷⁶ Mais tarde ficará claro ao leitor porque se disse “exclusivamente”.

¹⁷⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 34

¹⁷⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 34

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento**. vol. 2. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 390

¹⁸⁰ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁸¹ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 58

podem, em situações reais, concretas, ganhar dimensão e contornos mais elevados do que o direito de não ter contra si prova ilícita produzida”.

Por se tratar de direito fundamental que, no trâmite de um processo, pode colidir com outro direito também fundamental, somente a proporcionalidade aferida ao caso concreto determinará qual princípio prevalecerá. “Com efeito, partindo da proporcionalidade, é fácil concluir que a vedação constitucional ao uso da prova ilícita não é absoluta, nem em sede penal, nem, igualmente, em sede civil”.¹⁸³

Frise-se, portanto, que a norma de direito fundamental que veda o uso da prova ilícita apenas afirmou que, a priori, a proteção do direito material deve se colocar acima da verdade. “*Mas não considerou – e nem poderia – o fato de que essa relação ocorre em processos de diversas espécies – penal, civil, trabalhista – e diante de diferentes valores e direitos.*”¹⁸⁴ (destaques no original).

Por exemplo: o que fazer, quando a única prova que a parte possui para demonstrar suas alegações foi obtida por meios ilícitos? Em tais situações, como adverte Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira¹⁸⁵, as posições adotadas são diversas: “há quem não admita, em hipótese alguma, a prova ilícita; há quem a admita sempre; há quem a admita apenas no processo penal, e desde que em favor do acusado, e há, por fim, quem defenda a aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução do conflito”.

Essa última posição é a que merece ser adotada. Explicam os supracitados autores que “quando se está diante de um conflito de normas jusfundamentais (direito à prova *versus* vedação à prova ilícita), a solução deve ser dada sempre casuisticamente, à luz da ponderação dos interesses em jogo, isto é, à luz do princípio da proporcionalidade”¹⁸⁶(destaque no original).

Não se pode conceber que o direito fundamental à vedação ao uso da prova ilícita sempre prevalecerá. Sabe-se que “*quase todos os países que acolheram a proibição da prova ilícita foram obrigados a admitir exceções, a fim de preservarem determinados bens e valores dignos de proteção*”¹⁸⁷ (destaque no original). É com base no postulado da proporcionalidade que, por exemplo, “os tribunais americanos e alemães admitem exceções à proibição das provas ilícitas, quando necessário à realização de exigências superiores de natureza pública ou

¹⁸³ *Ibidem. Loc. cit.*

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento**. vol. 2. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 390

¹⁸⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da tutela**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 34

¹⁸⁶ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, 2011. p. 392

privada, argumentando que a proporcionalidade é essencial para a ‘justiça do caso concreto’¹⁸⁸.

Admitir sempre ou nunca admitir o uso da prova ilícita é o mesmo que conceber que há um direito fundamental que sempre irá prevalecer sobre os demais, e essa concepção não é só negada pela moderna doutrina constitucional, como também pelo próprio Supremo Tribunal Federal. A título exemplificativo, pode-se analisar a ementa do seguinte julgado da Suprema Corte:

PROCESSO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTA. VALORAÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE EM HABEAS CORPUS. 1. Caso a natureza da prisão dos pacientes fosse a de prisão preventiva, não haveria dúvida acerca do direito à liberdade em razão do reconhecimento do arbítrio na prisão - hipótese clara de relaxamento da prisão em flagrante. Contudo, não foi o que ocorreu. 2. A jurisprudência é pacífica na admissão de relaxamento da prisão em flagrante e, simultaneamente, do decreto de prisão preventiva, situação que em tudo se assemelha à presente hipótese, motivo pelo qual improcede o argumento de que há ilegalidade da prisão dos pacientes. 3. Na denúncia, houve expressa narração dos fatos relacionados à prática de dois latrocínios (CP, art. 157, § 3º), duas ocultações de cadáveres (CP, art. 211), formação de quadrilha (CP, art. 288), adulteração de sinal identificador de veículo motor (CP, art. 311) e corrupção de menores (Lei nº 2.252/54, art. 1º). 4. Na via estreita do habeas corpus, não há fase de produção de prova, sendo defeso ao Supremo Tribunal Federal adentrar na valoração do material probante já realizado. A denúncia atende aos requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, não havendo a incidência de qualquer uma das hipóteses do art. 43, do CPP. 5. Somente admite-se o trancamento da ação penal em razão de suposta inépcia da denúncia, em sede de habeas corpus, quando houver clara constatação de ausência de justa causa ou falta de descrição de conduta que, em tese, configura crime. Não é a hipótese, eis que houve individualização das condutas dos pacientes, bem como dos demais denunciados. **6. Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa.** 7. Ordem denegada. (HC 93250, ELLEN GRACIE, STF.)

Pode-se afirmar, portanto, que “pela proporcionalidade, nenhuma garantia constitucional tem valor supremo e absoluto para aniquilar outra garantia de equivalente grau de importância”¹⁸⁹.

Assim, as afirmações de Nucci, já apresentadas anteriormente,¹⁹⁰ e que estão em harmonia com o posicionamento majoritariamente adotado, não merecem prosperar. Data vênica, carecem elas de lógica.

¹⁸⁸ *Ibidem. Loc. cit.*

¹⁸⁹ RODRIGUES, Rebeca Mignac de Barros. Do Princípio da Proporcionalidade e sua Aplicação Quanto à Utilização de Provas Ilícitas no Processo Penal. **Revista da Esmape**, Recife, n. 1, p.406-433, 1996. Semestral. p. 420

Em primeiro lugar, o autor diz que o direito brasileiro não está preparado para adotar a “teoria da proporcionalidade”, de modo que a vedação à prova ilícita deve ser plena no processo penal. Porém, afirma também que tal prova deve ser aceita para demonstrar a inocência do réu. Ora, se a vedação à prova ilícita deve ser plena, como pode ele afirmar que deve ser aceita em determinados casos (provar a inocência do réu)? A Constituição Federal nega o uso da prova ilícita no processo civil e penal, não havendo qualquer ressalva para o seu uso. E se Nucci admite que em determinadas situações a vedação à prova ilícita cederá espaço para outra norma que naquele caso merece ser aplicada, então o autor está se valendo da “teoria da proporcionalidade”, que ele nega veementemente.

Em segundo lugar, afirma o autor que a prova ilícita jamais deverá ser aceita, com a exceção dos casos em que preceito constitucional de igual valor se choque com tal proibição. Ora, além de não saber se nega ou adota a “teoria da proporcionalidade”, o autor parece não entender, com o devido respeito, do que tal teoria se trata. Só se aplica a proporcionalidade quando se está diante de normas de igual valor hierárquico! Caso uma seja inferior em relação à outra, aplica-se a de hierarquia superior, é claro!

Por isso se afirmou: as afirmações expostas pelo doutrinador, com todo o respeito, são ilógicas.

Entender que a prova ilícita só pode ser utilizada no processo penal para beneficiar o réu, e nunca em outra hipótese, é um duplo engano.¹⁹¹ Primeiro, entender que o direito à liberdade sempre prevalecerá é uma “teoria indefensável à luz da teoria dos direitos fundamentais”¹⁹², pois, como já demonstrado, não existem direitos fundamentais absolutos: só o caso concreto é que poderá dizer qual direito fundamental irá, naquelas circunstâncias, prevalecer sobre o outro. Tanto é verdade que, mesmo tendo a Constituição Federal elevando ao grau de direito fundamental a norma que determina que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,¹⁹³ a mesma Constituição prevê, para fins de investigação criminal e mediante autorização judicial, a possibilidade de interceptação telefônica, que nada mais é que uma violação da intimidade do indivíduo para a colheita de provas. Isso já demonstra que a liberdade não é um direito absoluto.

¹⁹⁰ Ver a página 48.

¹⁹¹ É o que pensam, também, DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da tutela**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 34

¹⁹² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da tutela**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 34

¹⁹³ É a norma que se encontra no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988

O segundo erro é que nem sempre, no processo penal, o direito em jogo é a liberdade: há sanções penais que importam em constrangimentos patrimoniais, como o caso da pena de multa, ou sanções substitutivas à pena privativa de liberdade, como a prestação de serviços à comunidade.

Portanto, por serem direitos fundamentais, tanto o direito à produção de prova quanto o direito de não ter contra si produzida prova ilícita, somente o caso concreto é que dirá como será solucionada a eventual colisão entre estes dois direitos.

Vale registrar, igualmente, o ensinamento de Barbosa Moreira¹⁹⁴, segundo o qual não basta que a prova ilícita esteja presente no processo para que este seja declarado como nulo, mas que a decisão do juiz tenha tido como base única e exclusivamente a prova ilícita. Se, porém, o juiz invoca outras razões para a sua decisão, então não há que se falar em invalidade do julgamento.¹⁹⁵ Aqui há uma relativização da prova ilícita, é óbvio. Nas circunstâncias do caso concreto, percebe-se que o juiz utilizou-se de outras provas para embasar o seu pronunciamento, de modo que a sua decisão não deve ser anulada só porque há uma prova ilícita nos autos do processo penal.

Não se pode, também, admitir que o uso da proporcionalidade para averiguar qual direito fundamental (direito à prova ou vedação à prova ilícita) prevalecerá no caso concreto só possa ocorrer no processo civil. Por exemplo: muitas das ideias e argumentações levantadas no presente trabalho encontram sustento em premissas adotadas por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves de Farias, etc. Ocorre que esses autores adotam as premissas já anteriormente analisadas e, em suas conclusões, alegam que a proporcionalidade deve ser feita no processo civil, mas não no processo penal (ao menos, não para condenar o réu). Afirma-se que “*tratando-se de processo civil, é incontestável a necessidade de uma segunda ponderação, a ser feita pelo juiz diante do caso concreto. Através dessa ponderação, o juiz, mediante a aplicação o postulado da proporcionalidade, poderá admitir eficácia à prova ilícita*”,¹⁹⁶ (destaque no original) e que no processo penal, onde a descoberta da verdade está “*umbilicalmente ligada à atividade estatal, tal ponderação também atingiu a pretensão punitiva do Estado, proibindo-o de se valer de uma prova ilícita para a condenação de um criminoso*”¹⁹⁷(destaque no original).

¹⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Constituição e as Provas Obtidas Ilicitamente”. **Temas de Direito Processual: sexta série**, São Paulo: Saraiva, 1997.

¹⁹⁵ Por isso se disse, anteriormente, que devem ser declaradas inválidas as decisões baseadas exclusivamente em provas ilícitas.

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento**. vol. 2. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 393

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 394

Enquanto alguns¹⁹⁸ sustentam a ponderação dos princípios da vedação à prova ilícita e direito à produção de prova no caso concreto, menos para condenar o réu, outros são silentes quanto a esta afirmação. Como exemplo, ao afirmar que o inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal não pode ser compreendido de um modo absoluto, Manoel Jorge e Silva Neto¹⁹⁹ alega que, tratando-se de manancial probatório que tem por fim comprovar a inocência do réu, o princípio da vedação ao uso da prova ilícita poderia ser relativizado. Não o diz, porém, se poderia também o ser para a condenação do réu, o que parece ser possível, uma vez que este mesmo autor diz que os princípios constitucionais não são absolutos, que só o caso concreto dirá qual deles prevalecerá e que o próprio inciso LVI do artigo 5º não deve ser encarado de forma absoluta.

Ora, se: 1) a vedação à prova ilícita é um direito fundamental, e uma norma-princípio; 2) não há direitos fundamentais e nem mesmo princípios absolutos; 3) somente o caso concreto, através da proporcionalidade realizada pelo intérprete do Direito, é que ditará o princípios que prevalecerá no eventual conflito existente; 4) a “vitória” de um princípio sobre o outro não quer dizer que ele sempre será vitorioso; como, então, chega-se à seguinte conclusão abstrata: a prova ilícita é inadmitida no processo penal, salvo para beneficiar o réu (mas nunca para prejudicá-lo!)? Como pode, em um primeiro momento, dizer que “tal qual no processo penal, em foro civil é perfeitamente possível que o bem jurídico tutelado suplante – e muito – o bem jurídico privacidade. Em outras palavras, é a ponderação dos interesses no caso concreto que deverá nortear a decisão judicial”²⁰⁰ e, depois, em um segundo momento, negar a ponderação de interesses para se utilizar prova ilícita para condenar o réu?

Portanto, se a vedação ao uso da prova ilícita no processo (civil, penal, trabalhista, etc.) é um direito fundamental sob a estrutura de princípio normativo, e também o é o direito à prova, então, em eventual conflito entre eles, o caso concreto determinará quem prevalecerá, podendo ser “afastada a ilicitude do meio de obtenção da prova sempre que houver uma justificativa, também de índole constitucional, especificamente situada dentre os direitos e garantias fundamentais”²⁰¹.

Assim, em um caso concreto “A”, pode prevalecer a vedação à prova ilícita, de modo que o direito à prova será, naquele caso, superado, e a prova ilícita não admitida.

¹⁹⁸ Os autores já referidos ao longo deste trabalho, a exemplo de Nucci.

¹⁹⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011. p. 680

²⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 58

²⁰¹ *Ibidem*, p. 59

Já no caso “B”, pode prevalecer o direito à prova, de modo que o princípio da vedação à prova ilícita será, naquele caso, superado, admitindo o juiz que no bojo daquele processo seja utilizada a prova ilícita (como, inclusive, sugere a doutrina, quando se está diante do processo civil).

No caso “B1”, em processo penal, pode ocorrer que o direito à prova que o réu possui para demonstrar a sua inocência prevaleça sobre o direito à vedação da prova ilícita (como, aliás, sustenta a doutrina).

E pode ocorrer, por fim, que no caso “B2”, devido às circunstâncias e particularidades que ele apresenta, o direito à prova que o autor da ação penal possui para demonstrar a culpa²⁰² do réu prevaleça sobre o direito que possui o réu de que seja produzida contra ele prova ilícita.

Foi o que fez o Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa do julgado abaixo:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5. da Constituição, que fala que são “inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito”, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da “atualização constitucional” (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana menciona em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da “razoabilidade” (reasonableness). O “princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas” (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada.

(STJ - HC: 3982 RJ 1995/0053161-5, Relator: Ministro ADHEMAR MACIEL, Data de Julgamento: 05/12/1995, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 26/02/1996 p. 4084)

Assim, “no exercício da aplicação do princípio, os interesses e valores em análise são sopesados, admitindo-se, em certos casos, a prova obtida por meio ilícito. O julgador decide qual interesse deve ser sacrificado e em que medida”.²⁰³

Isso se dá porque a solução de problemas e conflitos envolvendo princípios não se dá da mesma forma que o conflito de regras. Não se pode simplesmente utilizar da clássica técnica da subsunção (premissa maior, premissa menor e consequência) para a solução de tais conflitos. Assim, não é porque a prova ilícita foi produzida em processo para condenar o réu que ela será, de imediato, descartada. Não se aplica a lógica das regras, de modo que não se

²⁰² Entenda-se aqui culpa como a demonstração de que o réu cometeu fato típico, ilícito e culpável.

²⁰³ RODRIGUES, Rebeca Mignac de Barros. Do Princípio da Proporcionalidade e sua Aplicação Quanto à Utilização de Provas Ilícitas no Processo Penal. **Revista da Esmape**, Recife, n. 1, p.406-433, 1996. Semestral. p. 421

pode conceber a utilização da subsunção nos seguintes moldes: devido à vedação do uso da prova ilícita, salvo para beneficiar o réu, e como se está diante de prova que busca condenar o réu, esta será imediatamente descartada (premissa maior, premissa menor e consequência). Os direitos fundamentais, que abraçam inúmeros valores, muitas vezes conflitantes entre si, só podem ser realizados através da análise do caso concreto! Isso porque “o sistema constitucional torna possível a escolha por duas ou mais normas que são conflitantes entre si”.²⁰⁴

Portanto, é impossível afirmar, de forma abstrata, qual direito fundamental/princípio irá prevalecer sobre os demais.

Ocorre, porém, que como já alertou George Marmelstein²⁰⁵, a prática forense brasileira está, erroneamente, aplicando a teoria dos princípios de Robert Alexy. É, nada mais nada menos, que a velha e conhecida história (ou piada, se assim preferir) da Katchanga, que se apresenta agora:

Um rico senhor chega a um cassino e senta-se sozinho em uma mesa no canto do salão principal. O dono do cassino, percebendo que aquela seria uma ótima oportunidade de tirar um pouco do dinheiro do homem rico, perguntou se ele não desejaria jogar.

- Temos roleta, blackjack, texas holden' e o que mais lhe interessar, disse o dono do Cassino.

- Nada disso me interessa, respondeu o cliente. Só jogo a Katchanga.

O dono do cassino perguntou para todos os crupiês lá presentes se algum deles conhecia a tal da Katchanga. Nada. Ninguém sabia que diabo de jogo era aquele.

Então, o dono do cassino teve uma idéia. Disse para os melhores crupiês jogarem a tal da Katchanga com o cliente mesmo sem conhecer as regras para tentar entender o jogo e assim que eles dominassem as técnicas básicas, tentariam extrair o máximo de dinheiro possível daquele “pote do ouro”.

E assim foi feito.

Na primeira mão, o cliente deu as cartas e, do nada, gritou: “Katchanga!” E levou todo o dinheiro que estava na mesa.

Na segunda mão, a mesma coisa. Katchanga! E novamente o cliente limpou a mesa. Assim foi durante a noite toda. Sempre o rico senhor dava o seu grito de Katchanga e ficava com o dinheiro dos incrédulos e confusos crupiês.

De repente, um dos crupiês teve uma idéia. Seria mais rápido do que o homem rico. Assim que as cartas foram distribuídas, o crupiê rapidamente gritou com ar de superioridade: “Katchanga!”

Já ia pegar o dinheiro da mesa quando o homem rico, com uma voz mansa mas segura, disse: “Espere aí. Eu tenho uma Katchanga Real!”. E mais uma vez levou todo o dinheiro da mesa...

Piadas à parte, o supracitado texto é exatamente o que está ocorrendo na prática. Não se sabe o que é a teoria de Alexy (“Katchanga”), e ela é aplicada da forma que bem entendem alguns, mesmo que de forma equivocada. É o “oba-oba constitucional que a prática

²⁰⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011. p. 108

²⁰⁵ MARMEISTEIN, George. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alex-y-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

jurídica brasileira adotou a partir das idéias de Alexy. Como é do costume brasileiro, a teoria dos princípios de Alexy foi, em grande parte, distorcida quando chegou por aqui”, como afirma Marmelstein.²⁰⁶

Pede-se vênia para, mais uma vez, citar as palavras de George Marmelstein²⁰⁷:

Costuma-se gastar muita tinta e papel para justificar a existência da colisão de direitos fundamentais e a sua conseqüente relativização, mas, na hora do pega pra capar, esquece-se de fundamentar consistentemente a escolha.

Por isso, todas as críticas que geralmente são feitas à técnica da ponderação – por ser irracional, pouco transparente, arbitrária, subjetiva, antidemocrática, imprevisível, insegura e por aí vai – são, em grande medida, procedentes diante da realidade brasileira. Entre nós, vigora a **teoria da Katchanga**, já que ninguém sabe ao certo quais são as regras do jogo. Quem dá as cartas é quem define quem vai ganhar, sem precisar explicar os motivos. (destaque no original)

Poder-se-ia argumentar o seguinte: o constituinte não previu nenhuma exceção ao uso da prova ilícita, de modo que, se assim o quisesse, assim o teria previsto.

Puro engano.

Primeiro, como já afirmado inúmeras vezes, não há direitos fundamentais absolutos. Os direitos fundamentais devem ser lidos, interpretados e aplicados de modo que haja convivência pacífica entre eles. Porém, em algumas circunstâncias, este ou aquele princípio poderá ceder. Desse modo, “mesmo que dado direito fundamental esteja previsto sem qualquer contenção firmada pelo legislador constituinte originário, isso não deve engendrar conclusão de que poderá ser exercido sem peias ou limites”²⁰⁸, pois, se assim o fosse, “a ideia poderia reconduzir à prevalência absoluta de um direito fundamental em face do outro, também protegido pela Constituição, redundando, assim, em ofensa aos princípios²⁰⁹ da unidade e da concordância prática”.²¹⁰ Corroborando com esse entendimento, Rebeca Mignac de Barros Rodrigues²¹¹ diz que, de acordo com essa lógica, “a problemática das provas ilícitas impede ao intérprete ver a proibição de seu uso como absoluta, pois, como é sabido, o processo é algo essencialmente dialético, entrando, no mais das vezes, dois ou mais interesses ou valores em conflito”.

²⁰⁶ *Ibidem. Loc. cit.*

²⁰⁷ MARMEISTEIN, George. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

²⁰⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011. p. 594

²⁰⁹ Perceba o leitor que aqui o autor faz o que já foi alertado ao longo da presente obra: usa o termo “princípio” para designar duas realidades diferentes, a de norma jurídica e a de técnica hermenêutica

²¹⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Op. cit.*, 2011. p.594

²¹¹ RODRIGUES, Rebeca Mignac de Barros. Do Princípio da Proporcionalidade e sua Aplicação Quanto à Utilização de Provas Ilícitas no Processo Penal. **Revista da Esmape**, Recife, n. 1, p.406-433, 1996. Semestral. p. 420

É por isso que se diz que “quando se argumenta em favor de um direito fundamental em face de outro, devem ser consideradas as particularidades do caso concreto que podem demonstrar a necessidade de precedência de um direito sobre o outro”.²¹²

Isso é totalmente possível, ao menos à moderna teoria dos princípios e dos direitos fundamentais. Ora, não é lógico para aqueles que adotam essa teoria negar sempre, em abstrato, o uso da prova ilícita para condenar o réu, pois o direito à liberdade seria maior. É ilógico porque nem sempre em um processo penal é a liberdade do indivíduo que está em jogo (pense-se no caso de penas de multa ou as penas restritivas de direito). Também é ilógico porque não há direitos fundamentais e nem mesmo princípios absolutos, conforme admite a própria doutrina e a jurisprudência do STF. Por fim, é ilógico porque, conforme admitem os adeptos da nova teoria dos princípios, somente o caso concreto é que determinará qual princípio prevalece ou não, e nunca o intérprete através de idealizações abstratas e apriorísticas. Isso se dá porque “a realização dos princípios depende das possibilidades jurídicas e fáticas, que são condicionadas pelos princípios opostos, e assim exigem a consideração *dos pesos* dos princípios em colisão segundo *as circunstâncias do caso concreto*”.²¹³ (destaques no original).

“Isso significa que, em razão de um princípio valer para um caso, não quer dizer que aquilo que ele requer desse caso deva valer para todos os outros”.²¹⁴ Ora, se a doutrina concorda com essa afirmação, então não se pode dizer que “a liberdade sempre prevalecerá”. A liberdade é um direito fundamental, assim como o direito à prova e o direito ao não uso da prova ilícita no processo. Somente o caso concreto é que ditará as “regras do jogo” sobre qual princípio prepondera sobre os demais.

“Os princípios são fruto do pluralismo e marcados pelo seu caráter aberto. Bem por isso são avessos à lógica que governa a aplicação das regras e à hierarquização”.²¹⁵

Ou seja, o desafio do aplicador do direito será, nesses casos, “conciliar segurança e previsibilidade metodológicas com fluidez e plasticidade que devem estar presentes no momento de solucionar antinomias entre princípios constitucionais”.²¹⁶

Portanto, deve o intérprete, especialmente o juiz, analisar o caso concreto para verificar qual princípio prevalecerá. “Quando se insiste na necessidade de o juiz atribuir sentido ao caso levado à sua análise, deseja-se, antes de tudo, dizer que ele não pode se afastar

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. vol. 1. 7. ed. São Paulo: São Paulo, 2012. p. 127

²¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. vol. 1. 7. ed. São Paulo: São Paulo, 2012. p. 48

²¹⁴ *Ibidem*, loc.cit.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 50

²¹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011. p. 107

da realidade em que vive”.²¹⁷ E analisando a realidade daquele caso, pode o juiz perceber que o titular da ação penal só detinha daquela prova ilícita para demonstrar a culpa do réu.

Não se quer dizer com isso que a prova ilícita deve sempre ser admitida. Não. Não é isso o que quer e nem o que recomenda a Constituição Federal de 1988. O que se defende é que, nas circunstâncias do caso concreto, devido às particularidades que a ele são inerentes e através de um juízo de proporcionalidade, poderá o magistrado admitir o uso da prova ilícita, mesmo que em um processo penal, mesmo que para condenar o réu.

Isso, porém, somente ocorrerá se as circunstâncias do caso concreto assim determinarem. Pense-se no seguinte exemplo, onde será aplicado o postulado da proporcionalidade.

Gilberto e Agnaldo são vizinhos²¹⁸. Um não gosta do outro, sempre brigam. Num belo dia, Agnaldo aproveita que Gilberto saiu e adentra o seu apartamento (sem consentimento, sem ordem judicial ou coisa parecida). Chegando lá, vasculha as coisas de Gilberto e descobre fotos em que este mantinha relações sexuais com crianças. Imediatamente, Agnaldo leva as fotos ao delegado de polícia local, o qual abre inquérito, encaminha ao membro do Ministério Público e este oferece denúncia contra Gilberto perante o juiz. Durante o processo, o argumento do advogado de Gilberto é: uso de prova ilícita, a qual é vedada no processo. Aquelas fotos são as únicas provas contra Gilberto da prática de crime. O juiz, porém, por perceber que são provas ilícitas (violaram a privacidade do réu e seu domicílio sem qualquer ordem judicial que as permitissem), manda que as fotos seja retiradas dos autos do processo. Por não haver mais provas contra o acusado, este é absolvido do crime.

O Ministério Público recorre, mas todos os Tribunais entendem que, por se tratar de prova ilícita, esta não poderia ser utilizada. Há o trânsito em julgado. Com esse, Gilberto é considerado, para todos os efeitos, inocente do “suposto” crime praticado. O Ministério Público não poderá depois, mesmo que tenha acesso às provas de modo “lícito”, oferecer denúncia contra Gilberto em relação ao fato de este ter mantido relações sexuais com crianças, já que ele é inocente por sentença judicial transitada em julgada.

Justiça foi feita(?). Tal situação é pertinente para aqueles que compreendem que a prova ilícita jamais será utilizada para prejudicar o réu em processo penal.

Porém, caso se adote, de fato, o ensinamento de Alexy (somente as circunstâncias do caso concreto é que dirão qual princípio prevalecerá), o desfecho poderia ser outro. Veja como a aplicação da proporcionalidade poderia tratar o caso em questão:

²¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2012. p. 93

²¹⁸ Este caso é hipotético, inventado, ilustrativo. Se houver algum caso real semelhante, é pura coincidência.

De um lado, tem-se o princípio da vedação ao uso da prova ilícita e, de outro, tem-se o direito fundamental à prova (juntamente com igualdade material, devido processo legal etc.). A medida de se permitir o uso das fotos obtidas por Aginaldo são adequadas à concretização do direito fundamental à prova? Sim, pois com o seu uso pode-se provar que os crimes foram praticados. É necessário o uso das fotos? Isto é, há outra medida que concretize o direito fundamental à prova e não lese (ou que seja menos lesiva) o princípio da vedação à prova ilícita? Caso houvesse outras provas ou meios de se adquirir as fotos de Gilberto, então o uso daquelas obtidas por Aginaldo seriam desnecessárias (e, portanto, não seriam utilizadas). Porém, se só existirem aquelas fotos, e aquela era a única maneira de se provar a culpa de Gilberto, então sim, aquelas provas são necessárias ao processo.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito: considerando a intensidade das intervenções nos direitos fundamentais e o peso das respectivas razões justificantes, o uso daquelas fotos, obtidas por meios ilícitos, é uma medida que pode ser aceita pelo Ordenamento Jurídico?

Pode-se imaginar quem diga “não! O Direito Penal deve proteger a liberdade do indivíduo. É inadmissível o uso de tal prova para sua condenação”. Ocorre, porém, que outra é a função do Direito Penal: “proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade”.²¹⁹ O Direito Penal objetiva tutelar os bens jurídicos mais preciosos à sociedade e que não são suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito, ao passo que o Processo Penal busca garantir a aplicação do Direito Penal ao caso concreto, mas de uma forma que se busque respeitar os direitos do réu.

Portanto, parece correto dizer que, para se garantir a tutela dos bens jurídicos mais caros à sociedade e não protegidos por outros ramos do direito, o Ordenamento Jurídico permite o uso da prova ilícita se ela for, no caso concreto, adequada, necessária e proporcional à tutela do bem violado ou prestes a ser violado. É uma relação de custo-benefício que parece ser admitida quando se realiza a ponderação: o custo (fotos retiradas da casa de um indivíduo sem o seu consentimento) parece justificar o seu benefício (a punição do indivíduo que estuprou crianças).

Pensar assim é aplicar o princípio da igualdade substancial dentro da relação jurídica-processual. Como pensar que a igualdade substancial está sendo respeitada quando, de um lado, têm-se um litigante com todos os meios de prova por ele obtidos para demonstrar o fato por ele defendido, enquanto que do outro a parte contrária só possui uma única prova,

²¹⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 2

que não será admitida? Parece que nem mesmo a igualdade, e nem mesmo o contraditório estariam sendo respeitados. Assim, em nome de um único princípio (vedação à prova ilícita), outros (devido processo legal, igualdade substancial, contraditório e ampla defesa, etc.) estariam sendo violados, o que levaria à conclusão (falsa) de que o referido princípio seria absoluto em face dos demais.

Ora, o devido processo ocorre mediante a paridade de armas: o juiz deve permitir que as partes estejam em condições de sustentar, cada uma, o seu posicionamento. Se uma das partes está em situação de extrema desigualdade perante a outra (só possui uma prova, e ela é ilícita, por exemplo), deverá o juiz, com as particularidades do caso, “desigualar a parte desigual” para que ela possa lutar em pé de igualdade com a outra. E trabalhando com o raciocínio da paridade das armas, Rebeca Mignac de Barros Rodrigues²²⁰ afirma que “sob o manto do valor constitucional da igualdade das partes processuais, e considerando que à defesa é permitido o uso de provas ilícitas de acordo com seus interesses, não encontramos óbice a não se aplicar o mesmo tratamento à acusação”.

Portanto, “nada impede que se possa conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às particularidades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material”.²²¹ Desse modo, como meio de mais bem tutelar o direito em jogo, e tendo em vista as particularidades do caso concreto, é possível que o juiz admita o uso da prova ilícita a favor da acusação, até mesmo em nome da igualdade das partes no processo.

O pensamento pode parecer perigoso, mas é permitido pela aplicação da atual teoria dos princípios.

Não se pense, porém, o seguinte: “ah, então se Agnaldo tivesse forjado as fotos para condenar Gilberto, isso também seria possível?!”. Não, óbvio que não. Note o leitor a diferença: está-se falando de provas ilícitas (aquelas cuja obtenção viola determinada norma jurídica), e não de prova falsa (prova “mentirosa”, “forjada”; aquela que demonstra a mentira, coisas que não ocorreram). A prova falsa, claro, não merece ser aceita, porque ela não prova nada!

Assim sendo, poder-se-ia chegar à seguinte conclusão: as provas ilícitas são de utilização proibida no processo, salvo se forem estritamente adequadas, necessárias e

²²⁰ RODRIGUES, Rebeca Mignac de Barros. Do Princípio da Proporcionalidade e sua Aplicação Quanto à Utilização de Provas Ilícitas no Processo Penal. **Revista da Esmape**, Recife, n. 1, p.406-433, 1996. Semestral. p. 425

²²¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual civil**: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 77

proporcionais às circunstâncias do caso concreto. Tal estrutura se assemelha muito mais a uma norma princípio, e é a forma pela qual, caso se entenda como princípio, a vedação ao uso da prova ilícita deveria ser encarada.

6 A CRIATURA ATACADA PELO PRÓPRIO MESTRE (?)

Até aqui, foi visto que as normas-princípio determinam que algo seja realizado dentro das condições fáticas e jurídicas possíveis. Quando, em um mesmo caso, dois princípios contraditórios disciplinam a situação, recorre-se à proporcionalidade. Com ela, será analisado, dentro das circunstâncias presentes, qual o princípio terá a aplicação mais adequada, necessária e proporcional (em sentido estrito). Porém, a aplicação de um princípio não invalida o outro, até porque não existem princípios absolutos. Apenas a incidência do princípio “vencido” será afastada por conta das circunstâncias do caso.

Foi visto, também, que a norma contida no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal - vedação ao uso da prova ilícita no processo - como um direito fundamental. Mais do que isso, aliás: uma norma princípio. Por ser princípio, é possível que, no processo civil, devido às circunstâncias do caso concreto, tal vedação seja afastada porque outro princípio tem sua aplicação mais adequada, necessária e proporcional. No processo penal, também é admitida pela doutrina quando é a prova que o réu possui para demonstrar a sua inocência. A vedação ao uso da prova ilícita será afastada porque, por exemplo, devido às circunstâncias daquele caso, o direito à liberdade, devido processo legal ou contraditório terão aplicação mais adequada, necessária e proporcional.

O mesmo raciocínio, porém, é afastado quando se fala do uso da prova ilícita pela acusação. Afirma a doutrina que no processo penal é inadmissível seu uso, seja porque a Constituição Federal o veda, seja porque não pode haver neste caso a ponderação, seja porque a liberdade é um valor maior do que a possibilidade de se usar prova ilícita para condenar o réu.

Certamente, tal conclusão não está em harmonia com as premissas levantadas para a sua própria sustentação – e espera-se que, até aqui, o leitor possa ter encontrado os fundamentos para tanto. É dizer, levantam-se premissas (vedação à prova ilícita é princípio, por não haver princípios absolutos e somente o caso concreto determinar qual princípio prevalece) para sustentar uma conclusão (portanto, o caso concreto pode admitir o uso da prova ilícita para beneficiar o réu no processo penal). Porém, quando se percebe que essas mesmas premissas levam a conclusão semelhante (por ser princípio ponderável no caso

concreto, a vedação à prova ilícita pode ceder e o direito à prova prevalecer, de modo a se admitir o uso da prova ilícita contra o réu no processo penal), busca-se destruir as premissas levantadas (a liberdade do indivíduo sempre prevalece, de modo que é direito absoluto).

Se o leitor lembrar do tópico 3.4 desta obra – regras *versus* princípios (uma distinção entre duas espécies de normas jurídicas)-, perceberá algo no mínimo curioso. O positivismo normativista (aquele para o qual pouco importa o conteúdo das normas jurídicas, mas tão somente a sua validade formal) pôde, através de suas ideias e fundamentos tão aceitos à época, legitimar o regime nazista. A consequência (nazismo) estava em total harmonia com as suas premissas (positivismo normativista). Tudo estava de acordo com o raciocínio lógico formulado através de um argumento condicional²²². Se pouco importava o conteúdo das normas jurídicas, mas tão somente a sua validade, então o regime nazista pôde ser aceito como juridicamente válido, pois estava em total consonância com normas devidamente construídas por órgão competente para tanto (Se positivismo normativista, então é juridicamente possível o nazismo). Foi necessário, então, romper com as premissas do positivismo normativista para deslegitimar o regime nazista. Desse modo, é esse o raciocínio: Se importa realmente o conteúdo das normas jurídicas, então o regime nazista (e semelhantes) não pode ser aceito.

Talvez com igual receio, a doutrina faça o mesmo com a ponderação do princípio da vedação ao uso da prova ilícita. Hodiernamente é bastante aceita a premissa de que princípios são normas jurídicas e que poderá prevalecer este ou aquele princípio, a depender do caso concreto. Desse modo, pode-se chegar ao seguinte raciocínio lógico (que nesse trabalho é alertado): se os princípios - normas jurídicas não excludentes e não absolutas - são aplicados a depender do caso concreto, então é possível que o direito fundamental à prova permita o uso da prova ilícita para acusar o réu em processo penal, diante de determinadas circunstâncias. Se A, então B.

Nada mais lógico. Nada mais temível.

É por isso, acredita-se, que a doutrina está rompendo com as premissas da ponderação no caso da prova ilícita: para não se chegar ao “absurdo” de a prova ilícita ser utilizada para acusar o réu. Ocorre que, se a doutrina rompe com tais premissas, é porque elas não merecem ser aceitas. E se não merecem ser aceitas, toda a teoria moderna dos princípios e sua “ponderação” deveriam ceder.

²²² Aquele em que uma premissa leva a uma conclusão. Manifesta-se da seguinte forma: Se A, então B (A → B)

Mas não é apenas a doutrina que sustenta essa “proporcionalidade mitigada”,²²³ como também a jurisprudência dos nossos tribunais. Já foi visto²²⁴ que a Suprema Corte adotou o entendimento de que não há princípios absolutos. Observe-se, agora, algumas decisões em que o STF negou a admissibilidade da prova ilícita em processo penal.

EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Ilicitude. Caracterização. Quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. **Confissão obtida com base na prova ilegal. Contaminação. HC concedido para absolver a ré. Ofensa ao art. 5º, inc. LVI, da CF. Considera-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado, de dados bancários da ré, e, como tal, contamina as demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal.** (HC 90298, CEZAR PELUSO, STF.)

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. **2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. [...]** (HC 80949, SEPÚLVEDA PERTENCE, STF.)

Pois bem. O STF negou o uso da prova ilícita nos casos acima, inclusive afirmando que a aplicação da proporcionalidade seria impertinente na ordem constitucional brasileira.

Agora, relembre-se deste caso: a cantora mexicana Glória Trevi fugiu do México e veio ao Brasil, pois lá estava respondendo a processo criminal. Durante o curso do processo de extradição, a cantora, que se encontrava em custódia policial, ficou grávida. Alegou que a gravidez foi fruto de estupro que teria sofrido por parte de diversos policiais federais brasileiros, os quais negaram veementemente a prática da conduta. Não só negaram, aliás, como também exigiram que exame de DNA fosse feito no filho da cantora para que ficasse comprovado quem era o pai da criança. O juiz federal de 1º grau que presidia o inquérito policial em questão determinou que fosse realizado exame na placenta do filho de Glória, para se saber se o filho era ou não de algum dos autores do suposto estupro. A cantora, então, entrou com Reclamação Constitucional perante o STF, alegando que isso violaria a dignidade, honra e vida privada do seu filho e do pai da criança.

Veja-se a ementa do julgado:

²²³ Ou seja, pondera-se princípios aqui, mas não ali (falando de forma figurada)

²²⁴ Página 57.

EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extraditção n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. **6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente.** 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante.
(Rcl-QO 2040, NÉRI DA SILVEIRA, STF.)

É dizer, diante das circunstâncias do caso concreto, em que havia estrangeira sob guarda do Estado brasileiro que suspostamente teria sido estuprada por policiais federais, o STF entendeu que os bens jurídicos referentes à “moralidade administrativa”, “segurança pública” e “honra” prevaleceriam sobre o direito à privacidade da criança e do seu suposto pai, de modo que poderia ser realizado o teste de DNA. Feito o teste, descobriu-se que o pai da criança era o namorado de Glória Trevi, e que nunca ocorreu estupro.

Ou seja, o STF em determinado momento reconhece que não há direitos absolutos e que é possível ponderar princípios, em outro nega a ponderação de princípios no nosso ordenamento jurídico.

Qual a lógica disso? Aparentemente nenhuma, uma vez que os argumentos utilizados pela doutrina e jurisprudência para admitir o uso da prova ilícita no processo também permitem que a referida prova seja utilizada para condenar o réu.

Caso, porém, se entenda que jurisprudência e doutrina aplicam a ponderação de princípios em um caso, e não em outro, para evitar certos abusos (como o “absurdo” de se usar prova ilícita na condenação de réu em processo penal), então pode-se dizer que isso seria

um pouco “louvável”. Está-se buscando evitar aquilo que foi permitido com o positivismo jurídico: em nome do Direito, atrocidades puderam ser cometidas.

Todavia, se as premissas da moderna teoria dos princípios são sustentadas em um caso, e afastadas em outro, é porque a referida teoria não é respeitada, mas tão somente aplicada quando do interesse daquele que possui o poder de aplicá-la. Isso não é louvável: é odioso.

A ponderação de princípios, portanto, assemelha-se a uma criatura amarrada a uma corrente nas mãos do mestre. O mestre pede aos seus empregados que a criatura seja treinada para poder atacar quem quer que seja. Quando a criatura ataca quem o mestre quer, ótimo. Quando, porém, a criatura ataca quem o mestre não quer, este critica o fato de a criatura ser treinada para o combate, pois isso é imoral, inumano, etc.

Ora mestre, escolha: a criatura será ou não treinada para combater quem quer que seja?

7 CONCLUSÃO

Ao longo do estudo, pôde-se perceber que as normas jurídicas podem ser concebidas como unidades de dever ser que se diferenciam em razão de sua estrutura. Há, então, duas espécies de normas: as regras e os princípios.

Enquanto as regras trabalham com o modelo de “tudo ou nada”, os princípios são mandados de otimização, pois trabalham com a lógica de serem satisfeitos dentro das condições fáticas e jurídicas pertinentes ao caso concreto.

Quando duas regras entram em colisão, pois regulam de forma diferente o caso concreto, é possível solucionar tal conflito de uma das seguintes formas: (1) com a declaração de invalidade de uma regra, e sua conseqüente retirada do ordenamento jurídico, (2) utilizar os critérios de solução de antinomia jurídica, (3) uma das regras já trazer, dentro de sua própria estrutura, uma cláusula de exceção.

Quando dois princípios entram em colisão, por sua vez, a solução se mostra diferente: aplica-se o postulado da proporcionalidade. O conflito será solucionado da seguinte forma: dentro das circunstâncias do caso concreto, será aplicada a medida que satisfaça o princípio mais adequado, necessário e proporcional. Será possível, porém, que em outro caso concreto, a solução do conflito se dê pela aplicação do princípio que fora anteriormente afastado.

A maioria da doutrina defende essa teoria, tomando como base os ensinamentos de um dos seus principais expoentes: Robert Alexy.

Essas ideias trouxeram, então, uma verdadeira revolução ao estudo do Direito e, também, no das suas fontes, pois antes os princípios sequer eram considerados normas jurídicas.

Ocorre que está havendo um equívoco doutrinário: está-se confundindo essa nova teoria dos princípios com aquela antiga, defendida por juristas como Celso Antônio Bandeira de Mello, que afirmava ser os princípios não normas, mas sim os mandamentos nucleares do Sistema Jurídico. Para essa antiga teoria, era lógico falar em “princípio da anterioridade tributária”, “princípio da legalidade”, “princípio da irretroatividade da lei penal”, etc. Não é lógico, porém, afirmar que tais normas são princípios quando se está diante da nova teoria, pois elas não determinam que algo seja realizado dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas possíveis: determinam, isso sim, que algo seja tão e simplesmente aplicado (tudo ou nada).

Mas, muito embora tais normas sejam chamadas de “princípios”, elas são aplicadas como regras. Ou elas são respeitadas, ou são desrespeitadas. Como apenas a nomenclatura está equivocada, não há maiores problemas.

O mesmo não ocorre, contudo, quando se está diante da norma que veda o uso da prova ilícita no processo. Ela é amplamente denominada de “princípio”, e doutrina e jurisprudência a aplicam como se fosse princípio: admite a sua realização em graus diferentes dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas.

É o caso, por exemplo, de admitir que tal princípio seja “cedido”, no caso concreto, quando o direito à prova de inocência do réu se mostre mais adequado, necessário e proporcional.

Mas a doutrina e jurisprudência não admitem que se utilize o postulado da proporcionalidade quando se levanta a possibilidade de se utilizar de provas obtidas por meios ilícitos para condenar o réu no processo penal.

É essa a crítica que foi enfrentada neste trabalho. Buscou-se mostrar a sua incoerência.

Ora, se (1) a norma que veda o uso da prova ilícita é um princípio (ao menos, como se alega majoritariamente); (2) não existem princípios absolutos, que sempre prevalecem sobre os outros; (3) somente no caso concreto é que se averigua qual princípio prevalecerá sobre o outro, e somente nas circunstâncias daquele caso concreto; então é possível, sim, que, à luz do caso concreto levado à apreciação do jurista, a norma-princípio

que traz o direito à produção de prova prevaleça sobre aquela que veda o uso da prova ilícita no processo penal.

É dizer: à luz da nova teoria dos princípios jurídicos, é possível que se admita o uso de provas obtidas por meios ilícitos para condenar o réu em um processo penal.

Admitir isso não é fácil. Mas é a compreensão do Direito por meio dos princípios, que implica em uma ruptura com o positivismo²²⁵ que vigorou por tanto tempo na mente dos juristas. Assim, o estudioso do Direito que quer aplicar as teorias trazidas pelo neoconstitucionalismo deve ter em mente “a revisão das categorias processuais, a partir de novas premissas teóricas”.²²⁶

Caso o aplicador do Direito não consiga e não admita essa lógica, não tem problema: basta conceber a norma do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal como regra; ou então não adotar a teoria de princípios como normas jurídicas que consistem em mandados de otimização. Como já afirmado acima, está é uma teoria, teoria que não é melhor nem pior que aquela que afirmava ser o princípio mandamento nuclear do Direito que determina como devem ser interpretadas e aplicadas as normas jurídicas. É uma teoria diferente, adote-a quem quiser. O que não pode é adotar a teoria dos princípios de Alexy, elogiá-la ao extremo e querer aplicá-la em tudo, menos naquilo que “incomoda” o intérprete.

Uma lâmpada está apagada ou acesa. Caso se queira ter luz, acende-se a lâmpada; caso não se queira a luz, apaga-se a lâmpada. O que não pode é querer que a lâmpada esteja acesa e apagada ao mesmo tempo (aplica-se a teoria da ponderação de princípios, menos naqueles casos que incomodam).

Ou se adota a teoria de Alexy, ou não a adota. Simples. Mas caso o intérprete queira adotá-la, deve compreender que esta teoria traz “esses riscos”, e deve ter em mente que esses riscos precisam ser assumidos.

“Grandes poderes trazem grandes responsabilidades”.²²⁷

²²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. vol. 1. 7. ed. São Paulo: São Paulo, 2012. p. 49

²²⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. vol. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 32

²²⁷ Esta frase é muito famosa para os amantes do cinema e, principalmente, das histórias em quadrinho do Homem-Aranha, personagem criado por Stan Lee.

REFERÊNCIAS

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

_____. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. **Ratio Juris**, vol. 16, n. 2, p 131, junho de 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro, p.49-119, fev. 2003

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Antonio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed., Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 11 de novembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 3.982/RJ. Relator: Min. Adhemar Maciel. Brasília, j. 05/dez./1995, DJU 26/fev./1996. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982>> Acesso em: 19 dez. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 93250 – Pacientes: Haroldo José Guimarães Dias e Ari Augusto de Freitas Dias. Impetrante: Élin Teruko Toko. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, Dje-177 26 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direitos+fundamentais+absolutos%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c7agk7r>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 80949 – Pacientes: Franciso Agathos Trivellas. Impetrante: Fernando Augusto e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, Dj 14-12-2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28processo+penal+p+rova+il%EDcita+inadmissibilidade%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lkuzqkd>>. Acesso em: 06 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 90298 – Pacientes: Rosane dos Santos da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, Dje-195 15 out. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28processo+penal+prova+il%EDcita+inadmissibilidade%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lkuzqkd>> Acesso em: 06 dez. 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional n. 2040 – Partes: Glória de los Ángeles Treviño Ruiz; José Crescêncio da Costa Jr.; Juiz Federal da 10ª vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Néri da Silveira. Brasília, Dje-195 27 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo257.htm>> Acesso em: 23 fev. 2014

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Lisa Pary Scarpa (trad.) 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo: Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração**. Salvador: Juspodivm, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeito da tutela**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e Aplicação do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Uma Questão de Princípios**. 2º ed. São Paulo: Martins Editora, 2005.

FALCÃO. Holiday foi muito *In: A Besteira É A Base da Sabedoria*. Rio de Janeiro: BMG, 1995, CD.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 8º ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2010.

_____; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. v. 6. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FRANÇA, R. Limongi. **Princípios Gerais de Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil: Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. vol. 1. 7. ed. São Paulo: São Paulo, 2012

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento**. vol. 2. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MARMELNSTEIN, George. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

_____; **Curso de Direitos Fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet. **O Direito como Integridade Comunicativa: Uma compreensão histórica do princípio da proibição de retrocesso social**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Constituição e as Provas Obtidas Ilicitamente”. **Temas de Direito Processual: sexta série**, São Paulo: Saraiva, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 409.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002

PUCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Rebeca Mignac de Barros. Do Princípio da Proporcionalidade e sua Aplicação Quanto à Utilização de Provas Ilícitas no Processo Penal. **Revista da Esmape**, Recife, n. 1, p.406-433, 1996. Semestral.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, s/a, v.1

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, n. 1 , p.613, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.