XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO

GUSTAVO FERREIRA SANTOS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Regina Vera Villas Boas, Ricardo Henrique Carvalho Salgado, Gustavo Ferreira Santos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-118-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho sobre Direitos e Garantias Fundamentais, no XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. No Grupo de Trabalho, foram discutidos variados problemas envolvendo a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais. Diante de um complexo catálogo constitucional de direitos fundamentais, os estudos aprofundaram o olhar sobre as várias dimensões protetivas desses direitos.

Podemos classificar os trabalhos em três diferentes grupos. Em uma primeira parte, há um conjunto de artigos que faz discussões enquadráveis em uma Teoria dos Direitos Fundamentais. Há trabalhos sobre conceito, história e interpretação dos direitos fundamentais. Uma segunda parte traz artigos que têm o foco em discussões conceituais sobre direitos fundamentais em espécie. Finalmente, segue uma terceira parte, na qual direitos fundamentais em espécie são enfocados em uma discussão em torno de situações específicas de aplicação.

Na primeira parte do livro, Isabelly Cristinny Gomes Gaudêncio, Mestranda no Centro Universitário de João Pessoa, faz uma discussão conceitual sobre direitos humanos, sua definição e a história de sua consagração, destacando, em sua definição, as ideias de dignidade humana e de mínimo existencial. Neumalyna Lacerda Alves Dantas Marinho, também mestranda no UNIPE, de João Pessoa, propõe a discussão sobre a relativização da dignidade humana, quando em conflito com um conceito de dignidade humana da sociedade. Fernando Pereira Alqualo, mestrando na Uninove, trata do princípio da fraternidade e sua prática, que alimenta um ativismo judicial. Matheus Brito Nunes Diniz e Ana Angelica Moreira Ribeiro Lima, Mestrandos da UFPB, trabalham com o que chamam de tríplice vinculação do Estado pelos direitos fundamentais, enfocando papeis dos poderes estatais na garantia de direitos.

A segunda parte é iniciada com o trabalho de Raul Abreu Cruz Carvalho, Mestrando na Universidade de Fortaleza, que propõe uma discussão sobre o fundamento constitucional da proteção do idoso, identificando a solidariedade como princípio constitucional implícito. Tereza Margarida da Costa de Figueiredo e Yara Pereira Gurgel, respectivamente Mestranda

e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, discutem a relação de pertinência entre liberdade de expressão e mínimo existencial, a partir do conceito de mínimo social. Roberta Farias Cyrino e Jorge Di Ciero Miranda, respectivamente Mestra e Mestrando na Universidade de Fortaleza discutem mudanças decorrentes da construção do que é chamado de "sociedade da informação" e, por consequência, diversas dimensões do direito à informação. Francielle Lopes Rocha e Natalia Santin Marazo, mestrandas no Cesumar, discutem a relação entre dignidade humana e liberdade de expressão, a partir do estudo de discursos que fomentam o ódio contra minorias sexuais. Lucas de Souza Lehfeld e Marina Ribeiro Guimarães Mendonça, respectivamente Professor e Mestranda na Universidade de Ribeirão Preto, discutem o princípio da afetividade na proteção constitucional na proteção de direitos homoafetivos. Tiago Clemente Souza e Danilo Pierote Silva, Mestre e Mestrando no Centro Universitário Eurípides Maia, apresentam o questionamento sobre a existência de um direito fundamental à prova e a possibilidade de renúncia nas relações jurídicas privadas.

Ainda na segunda parte, Romulo Magalhães Fernandes, Mestrando na PUC-MG, e Anna Carolina de Oliveira Azevedo discutem imprensa e o problema da relação entre direitos fundamentais que a protegem e direitos que são por sua atividade atingidos. O doutor Eder Bonfim Rodrigues apresenta um estudo comparativo entre Brasil e França quanto ao tratamento jurídico do uso de símbolos religiosos, discutindo o conceito de laicidade. Aline Fátima Morelatto e Marcela Leila Rodrigues da Silva Vales, doutorandas na Fadisp, discutem diversos instrumentos jurídico-institucionais de concretização do acesso à justiça, especialmente a chamada assistência jurídica integral e gratuita. Larissa Peixoto Valente, Mestranda na UFBA, trabalha com a garantia do devido processo legal, tratando do seu conceito, sua formação histórica e o alcance de sua proteção.

A terceira e última parte traz o trabalho de Rodrigo Ribeiro Romano, aluno da UFRN, que discute a questão da legitimidade da jurisdição constitucional em uma democracia, a partir da problematização do papel do Procurador Geral da República na proteção de grupos sociais minoritários. Anna Cândida da Cunha Ferraz e Dayse dos Santos Moinhos, Professora e Mestranda na Unifieo, discutem o direito à vida, fazendo uma análise crítica de duas decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam desse direito (ADI 3.510 e ADPF 54). Raisa Duarte da Silva Ribeiro, Mestranda na UFF, e Rodrigo de Souza Costa, Professor da UERJ, analisam o Caso Ellwangen, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que envolveu uma discussão entre repressão ao racismo e proteção da liberdade de expressão. Renan Moreira de Norões Brito, Mestre pela UNIFOR, analisa a decisão pela inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 31/2004 do Município de Criciúma/SC, que tratava do estabelecimento de cotas raciais para ingresso em cargo público. Irna Clea de Souza Peixoto, do CESUPA, discute o interesse social na ressocialização de condenados, estudando o "Caso Champinha,

no qual, com base em um laudo pericial psiquiátrico, foi determinado o seu internamento. Bruno Rodrigues Leite e Alexandre Ferrer Silva Pereira, mestrandos na PUC-MG, estudam norma que regula atuação da Prefeitura de Belo Horizonte em relação bens de pessoas em situação de rua.

Continuando a terceira parte, Têmis Lindemberger e Brunize Altamiranda Finger, da Unisinos, refletem sobre a responsabilidade do Estado quando não fornece, após o diagnóstico, tratamento a tempo para pessoas com câncer. Francisco Rabelo Dourado de Andrade, Mestrando na PUC-MG, discute o exercício do direito ao protesto, a partir de uma reflexão sobre direitos fundamentais e processualidade democrática. José Guilherme Ramos Fernandes Viana e Walesca Cariola Viana, da Unifieo, trabalham com situações de violação de direitos fundamentais no transporte de presos em porta-malas de viaturas policiais.

Todos os trabalhos foram objeto de discussão, com a Coordenação do Grupo de Trabalho, com o público presente e, fundamentalmente, entre os autores. Não houve trabalho que, no debate, não fizesse interação com temáticas abordadas em outros artigos. Verificamos, ainda, que os temas atraíram outros participantes do evento, que não tinham trabalhos inscritos no GT, o que enriqueceu mais ainda a discussão.

Vamos aos textos.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS SOBRE A LIMITAÇÃO ABSOLUTA DO DIREITO À PROVA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

DERECHO FUNDAMENTAL LA PRUEBA: ASPECTOS CONSTITUCIONALES SOBRE LA LIMITACIÓN ABSOLUTA DEL DERECHO A UN JUICIO EN LAS RELACIONES JURÍDICAS PRIVADAS

Tiago Clemente Souza
Danilo Pierote Silva

Resumo

O presente artigo tem como objetivo realizar algumas considerações sobre o direito fundamental à prova no interior de uma dinâmica constitucional democrática, que nomeia a Constituição Federal como texto normativo que promove a devida manutenção dos direitos fundamentais, que exigirá uma observação obrigatória do seu conteúdo formal-axiológico tanto nas relações Estado x cidadão (Poder Legiferante, Jurisdicional e Executivo), bem como nas relações cidadão x cidadão, no que se nomeia a horizontalização dos direitos fundamentais. Percebe-se que em nome da autonomia da vontade, da liberdade econômica e até mesmo de uma colonização do mundo da vida pelo subsistema econômico, direitos fundamentais que refletem conquistas de um Estado Democrático de Direito vem sendo usurpados, mitigados e fragmentados. Em razão desta tensão estabelecida entre autonomia da vontade, revestida de uma pretensão econômica, e o direito fundamental à prova, que refletirá os anseios de uma democracia, o presente trabalho buscará fazer algumas reflexões sobre o enfraquecimento do último, que culminará na banalização dos direitos historicamente conquistados.

Palavras-chave: Teoria dos princípios, Direito fundamental à prova, Pretensão à correção do direito, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

Este artículo tiene como objetivo hacer algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a un juicio dentro de un dinámico constitucional democrático se nombra a la Constitución Federal como texto normativo que promueva el mantenimiento adecuado de los derechos fundamentales, que requieren una observación obligatoria de su contenido formal, relaciones axiológicas, tanto en el estado de ciudadano x (poder legislativo, ejecutivo y jurisdiccional), y el ciudadano relaciones x ciudadana, ya que los nombres de los aplanamiento de los derechos fundamentales. Se observa que, en nombre de la libertad de elección, libertad económica e incluso de una colonización del mundo de la vida por el subsistema económico, los derechos fundamentales que reflejan los logros de un Estado democrático de derecho ha sido usurpado, mitigado y fragmentado. Debido a esta tensión que se establece entre la autonomía, recubiertos con un reclamo los derechos económicos y la

prueba fundamental, que refleja las aspiraciones de una democracia, el presente trabajo tiene como objetivo hacer algunas reflexiones sobre el debilitamiento del pasado, que culminó con la trivialización de los derechos históricamente conquistado.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Teoría de los principios, Derecho fundamental a la prueba, Pretensión ley de corrección, Estado democrático de derecho

INTRODUÇÃO

Qual o limite da autonomia da vontade em tempos de Neoconstitucionalismo? Diante desta e outras perguntas que o presente trabalho tentará encontrar respostas parciais para as colisões, surgidas no campo privado, entre a autonomia da vontade e o direito à prova.

Retrocessos no campo dos direitos fundamentais, após todos os açoites cometidos no século passado e presente, não serão mais admitidos. Teorias Discursivas, com as desenvolvidas por Habermas, e no campo da Argumentação, como as desenvolvidas por Alexy, vêm para auxiliar na legitimidade democrática dos fenômenos jurídicos. E será com base nestas premissas teóricas que o presente trabalho partirá para reconhecer ou excluir a legitimidade das renúncias ao direito à prova estabelecidas em contratos privados.

Para tanto, inicialmente faremos um pequeno excurso para que se possa apresentar a Teoria dos Princípios de Robert Alexy, vez que será este nosso corte epistemológico, delimitando nosso campo teórico de estudo, apresentado o direito à prova como uma das espécies normativas apresentadas por Alexy, bem como a forma de solucionar os casos de colisões de normas.

No capítulo seguinte buscaremos identificar o direito à prova como "direito fundamental", a partir da abertura apresentada pelo art. 5°, §2°, da Constituição Federal, fundamentando também na dissociação entre enunciado normativo e norma, o que permitirá o alcance do direito à prova, como decorrência interpretativa dos direitos ao devido processo legal, da ação, da defesa e ao contraditório.

Reconhecida a categoria de "direito fundamental", dissertaremos sobre horizontalização dos direitos fundamentais, bem como a possibilidade renunciá-los, sem se esquecer da pretensão de correção inerente ao Direito.

Com base nestas construções que o presente trabalho se sedimentará para buscar respostas à (im)possibilidade de renúncia ao direito fundamental à prova, diante da presente ordem constitucional e o do atual Estado Democrático de Direito.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA: uma questão de princípio

Inicialmente é necessário evidenciar que o processo deixou de representar tão somente os interesses dos particulares, a partir da uma visão da ação de direito material, da *actio* romana, para alcançar um patamar de direito público, em que a figura do

Estado ingressou na solução (agora institucionalizada) dos conflitos sociais, impedindo, assim, a justiça pelas próprias mãos. Para Cambi:

> [...] o processo distancia-se de uma conotação privatista, deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor eminentemente social. O processo está voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e de valores os quais estão acima dos interesses controvertidos das partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, estão voltados à interesses privados em conflito manifesta-se em vários pontos da dogmática processual, tais como, por exemplo, na garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, na garantia do juiz natural, no impulso oficial, no conhecimento de ofício (objeções) e na autoridade do juiz, na liberdade de valoração das provas, no dever de fundamentação das decisões judiciais, nas nulidades absolutas, nas indisponibilidades, no contraditório efetivo e equilíbrio, na ampla defesa, no dever de veracidade e de lealdade, na repulsa à litigância de má-fé etc.
> Essa tendência de publicização do direito processual civil fica bastante perceptível a partir da estruturação axiológica e normativa que a Constituição confere ao processo.[1]

Refletindo o processo a partir das pretensões democráticas institucionalizadas pela Constituição Federal, que irradia todos seus valores no ordenamento jurídico, o direito fundamental à prova representará o elemento de ligação entre processo e democracia, em que as partes poderão efetivamente participar na construção do convencimento do magistrado. É neste sentido Cambi:

> [...] o reconhecimento do direito à prova é um dos pontos mais significativos da transição de um regime processual autoritário para um regime processual democrático, já que possibilita a maior participação das partes e uma segura contribuição para o acertamento da verdade e para a maior aproximação da justiça da decisão.[2]

Diante do atual contexto histórico da sociedade complexa, da evolução do Direito Constitucional e da ânsia político-social pela proteção e irradiação dos direitos fundamentais em todo ordenamento jurídico, frente os açoites que a humanidade sofreu durante grande parte do século passado, observamos tanto na vida acadêmica, quanto nas atividades judicantes a luta pelo agente do Direito para delimitar e concretizar as normas de direitos fundamentais, dentre elas as garantias constitucionais[3], apropriando-

---

[1] CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo/RT. 2001. p. 93.
[2] Ibid. p. 101.
[3] Para Cambi "Quanto à *estrutura*, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como *direitos propriamente ditos* ou como *garantias*. Os direitos representam, por si sós, certos bens, enquanto as garantias inserem-se, direta e imediatamente, na esfera jurídica das pessoas, já as garantias, ao contrário, somente se projetam nas suas respectivas esferas jurídicas pelo nexo que possuem com os direitos, sendo possível afirmar que os direitos são principais e as garantias, acessórias. Cf. Jorge Miranda. *Manual de*

se dos conceitos de "valor", "princípio" e "regra". Porém, qual será o alcance e similitudes destes institutos que se apresentam de forma vital para o atual Estado Democrático de Direito?

Baseado numa concepção burguesa de autonomia da vontade que deu conteúdo a todos os instrumentos jurídicos do mundo ocidental, marcados com os brasões das revoluções do século XIX, as relações jurídicas estabelecidas entre particulares poderão estabelecer uma redução substancial dos direitos conquistados ao longo da história, abalando assim as estruturas das democracias modernas.

Neste sentido, diante da preocupação constitucional pela manutenção da coerência de todo o ordenamento jurídico (este que deve representar todas as manifestações jurídicas que vinculam ou orientam os fenômenos jurídicos) o presente capítulo buscará localizar na disposição constitucional o direito à prova, com uma possível "roupagem" de direitos fundamentais. Feita esta identificação do direito à prova como um direito fundamental, utilizaremos as construções teóricas desenvolvidas por Robert Alexy sobre a abertura principiológica do Direito, e o conteúdo moral deste a partir da figura da sua pretensão de correção, como um aprimoramento da fórmula de Radbruch.

Assim buscaremos delimitar e dar vazão as construções teóricas desenvolvidas por Robert Alexy na sua Teoria dos Princípios, que permitirá realizar algumas considerações quanto ao direito à prova como direito fundamental, bem como vislumbrado como um possível princípio-normativo que se pulverizará em todo o sistema jurídico.

2.1 Corte teórico para uma discussão: Teoria dos Princípios de Robert Alexy

Quaisquer que sejam as argumentações utilizadas previamente para justificar ou não a possibilidade de renunciar absolutamente ao direito fundamental à prova nas relações privadas, o presente trabalho parte do plano jurídico constitucional pré-

---

direito constitucional. 2° ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, t. IV, p. 88-89. Em uma abordagem mais ampla, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como *substanciais* ou materiais e *formais* ou processuais. Nesse sentido, ensina Robert Alexy que os "derechos a procedimiento judiciales (...) son derechos a uma 'protección jurídica efectiva'. Condición de uma efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimento garantice lós derechos materiales del respectivo titular de derechos" (*Teoria de lós derechos fundamentales,* cit. p. 472). No mesmo sentido: J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional,* cit. p. 637-640. Nessa perspectiva instrumentalista, pode-se conceber o direito à prova como um *direito processual fundamental,* embora, naquela outra abordagem, fosse possível compreender o instituto processual em estudo pela categoria da *garantia da amplitude probatória.* (nota 3 – p. 164-165). Vale ponderar que há que se estabelecer duas dicotomias distintas: "Direito e Garantia" e "Princípio e Regra" (CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à Prova no Processo Civil. São Paulo/RT. 2001. p. 93). Sendo a Garantia um instrumento constitucional de proteção aos direitos materiais, acredito que esta poderá se caracterizar tanto como Princípio ou quanto uma Regra, dependendo do que iremos extrair do enunciado normativo.

estabelecido, buscando eximir-se, portanto, das racionalidades econômicas, ideológicas ou qualquer outra que não tenha pretensão jurídico-científica. Neste intuito, deixaremos de estabelecer uma fundamentação argumentativa retórica de justificação de uma decisão prévia, para estabelecermos uma construção racional de justificativa da mitigação do direito à prova.

Antes de iniciarmos o debate, será necessário realizarmos algumas ponderações quanto ao referencial teórico utilizado para o presente trabalho. Isso se torna absolutamente necessário, haja vista que - em se tratando de matéria largamente tratada pelos teóricos - apresenta-se com um tema da moda, principalmente quando relacionado aos princípios constitucionais, regras, valores, neoconstitucionalismo entre outros.

Assim, com a divulgação dos trabalhos desenvolvidos por Herbert Hart, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Humberto Ávila, será necessário estipular previamente quais os critérios para determinarmos o alcance dos conceitos de normas, regras, princípios, valores entre outros elementos necessários à teoria da argumentação e dos direitos fundamentais.

Luis Roberto Barroso[4] já anunciava o cuidado que se deve tomar ao tratar de referidos institutos, justamente para impedir o chamado sincretismo metodológico, ao utilizarmos autores que tratam do mesmo objeto, porém a partir de pressupostos e critérios distintos, colocando na mesma plataforma conceitos distintos para um mesmo instituto.

Neste sentido, elegeremos as construções teóricas desenvolvidas por Robert Alexy para estabelecermos o pano de fundo para iniciarmos nosso debate quantos às questões normativas constitucionais que o presente trabalho apresenta.

2.2 Teoria dos Princípios de Robert Alexy e o Direito Fundamental à Prova

Em que pese a existência de fortes posicionamentos contrários aos critérios hermenêuticos da decisão trazidos pela teoria dos princípios[5], Robert Alexy apresenta interessante construção a respeito dos Direitos Fundamentais e do critério da ponderação para o alcance de racionalidade e segurança jurídica nas decisões envolvendo tais direitos.

---

[4] BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acessado em 15 de fevereiro de 2012, p. 09.

[5] Principalmente aquelas desenvolvidas por Jürgen Habermas, para o qual "não existem critérios racionais para ponderar", na obra *Direito e democracia entre facticidade e validade*.

Ao longo das suas construções teóricas, Robert Alexy buscou determinar "uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição Alemã; em segundo lugar, uma teoria jurídica; e, por fim, uma teoria geral"[6].

Sua contribuição reside na estruturação dos Direitos Fundamentais, remetendo à distinção qualitativa entre regras e princípios, podendo aqueles direitos se manifestarem tanto na forma de regras, quanto na de princípios. Tanto os princípios quanto as regras seriam *normas*, isto é, estabeleceriam o que *deveria ser*, sendo passíveis de encerrar expressões deônticas de dever ser, permissão e proibição, constituindo juízos concretos do dever-ser[7].

Os princípios seriam normas que ordenariam que algo fosse realizado na *maior medida possível* dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Seriam, assim, *mandamentos de otimização* que poderiam ser satisfeitos em graus variados, exatamente por dependerem tanto de possibilidades fáticas quanto jurídicas.

Já as regras seriam normas que, inevitavelmente, ou seriam satisfeitas, ou não: "uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente o que ela exige; nem mais nem menos". As regras conteriam determinações desde sempre fática e juridicamente possíveis[8].

Diante de um conflito de regras somente haveria solução se pelo menos uma delas fosse declarada inválida, ou se fosse introduzida uma cláusula de exceção que eliminasse o conflito. A colisão diria respeito, neste caso, à validade[9].

No caso de colisão de dois princípios, um deveria ceder, mas isso não determinaria nem a declaração da invalidade do princípio não aplicado, nem o estabelecimento de uma cláusula de exceção. Assim, a precedência de um dos princípios sobre o outro dependeria das peculiaridades de cada caso, bem como a dimensão de peso de cada um daqueles: "as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além [da dimensão da validade], na dimensão de peso"[10].

Desse modo, os princípios seriam mandamentos *prima facie*, isto é, ordens realizáveis na medida das possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto as regras seriam mandamentos *definitivos*, já que as suas extensões de conteúdos encerram-se no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas[11].

---

[6] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 31.
[7] Ibid., p. 87.
[8] Ibid., p. 91-92.
[9] DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à Saúde e Teoria da Argumentação**: Em Busca da Legitimidade dos Discursos Jurisdicionais. Belo Horizonte/Arraes Editores. 2012. p. 127.
[10] ALEXY, Robert. **Teoria dos ...** Op. Cit., p. 93/94.
[11] DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira Duarte. **Direito à Saúde ...** Op. Cit., p. 127.

Feitas estas ponderações iniciais quanto à distinção estrutural entre regras e princípios, insta estabelecer a forma de solucionar a colisão de princípios, isso porque, ao nosso ver, o direito à prova representa esta espécie normativa, já que admite relativizações. Por outro lado não poderia ser regra, uma vez que, não sendo expressamente prevista no texto normativo[12] constitucional, não possui o caráter de *definitividade*, ou seja, não contém determinações desde sempre fática e juridicamente possíveis, não obedecendo a ordem o *tudo ou nada*[13]. Assim, a solução de sua aplicação deverá respeitar a dinâmica de ponderação de princípios e não da declaração de invalidade da norma conflitante ou inclusão de cláusula de exceção.

Vislumbrado que nosso ordenamento jurídico permite a mitigação do direito à prova, quando, por exemplo, protege o profissional que tenha conhecimento de fato relacionado ao processo, em nome da proteção do sigilo profissional (Art. 5°, XIV, da Constituição Federal), percebe-se que a mitigação, gradação, alteração é característica da própria natureza do *princípio normativo* representado pelo direito fundamental à prova.

2.3 O *princípio* da proporcionalidade como critério de solução de conflito de princípios no caso concreto: A possibilidade de mitigação do direito fundamental à prova

Robert Alexy defende que a ponderação é parte de um princípio mais amplo, denominado princípio da proporcionalidade. Este, por sua vez, compõe-se de três princípios parciais: princípios da *idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito*. Todos esses três princípios expressam a ideia de otimização, logo, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, tendo em vistas as possibilidades fáticas e jurídicas existentes[14].

Quando tratamos da otimização relativa às possibilidades fáticas, estamos tratando dos princípios da idoneidade e da necessidade. O primeiro exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos. Assim, uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para as outras[15].

---

[12] O direito à prova não vem expresso no texto normativo constitucional, decorre assim da ordem constitucional vigente, apresentando-se como uma pretensão necessária do Estado Democrático de Direito. Esta questão será melhor abordada nos próximos capítulos.

[13] Não há previsão da sua hipótese de incidência e da consequência jurídica em caso de seu descumprimento previamente no texto normativo, não estando previamente estabelecidas as suas possibilidades jurídicas.

[14] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 110.

[15] Ibid.

O princípio da necessidade pede que, havendo dois meios, que em geral, fomentem igualmente um determinado bem, escolha-se aquele que menos intensamente afete um segundo bem colidente. Existindo meio menos intervenientes e igualmente idôneos, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra. Caso custos ou sacrifícios não possam ser evitados, torna-se necessária uma ponderação[16].

A ponderação é objeto do princípio parcial denominado princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Cuida referido princípio das possibilidades jurídicas, sendo idêntico com a uma regra que se pode denominar "lei da ponderação", que diz: "Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro" [17].

A lei da ponderação divide-se em três passos. O primeiro diz respeito à verificação do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. Em seguida, deve-se observar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em terceiro lugar deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro. Ausente referida análise racionalizada e sistematizada para os direitos fundamentais, como princípios, iriam se admitir qualquer solução[18].

Diante disso, podemos verificar que mencionada técnica racionalizada de solução de conflitos de princípios é destinada ao hermeneuta julgador jurisdicional[19], já que este ao exercer sua função trabalhará com as nuances jurídicas e fáticas. O princípio da proporcionalidade, como acima demonstrado, será instrumento interpretativo para o julgador racionalizar sua decisão quando diante dos casos difíceis, cuja incerteza do direito a ser aplicado e as mutações do caso concreto encontram-se presentes.

Mas não somente ao hermeneuta julgador é atribuída a capacidade de ponderar. Quando o constituinte estabeleceu a proteção ao sigilo profissional, ponderou que este deveria prevalecer sobre ao direito de produzir provas, diante das consequências éticas e sociais negativas que isso poderia gerar.

A questão que o presente trabalho busca enfrentar, entretanto, não se encontra no âmbito de discurso legislativo (não se buscar ponderar quando da institucionalização de alguma lei), mas sim na atividade do julgador, quando diante de uma cláusula

---

[16] Ibid., p. 110.
[17] Ibid., p. 111.
[18] Ibid.
[19] Vale frisar que todo indivíduo que diante de um texto legal queira extrair seu sentido (cujo conteúdo é deontológico) agirá como hermeneuta, seja ele legislador, administrador público, cidadão ou qualquer ente a que a lei se destina.

contratual que estabelece a renúncia ao direito de produzir provas, deverá analisar as razões levantadas para sopesá-las, reconhecendo ou não adequação da cláusula à ordem constitucional.

No próximo capítulo buscaremos demonstrar que o direito à prova representa um direito fundamental, e como tal reflete às pretensões democráticas do nosso Estado de Direito, fato este que deverá ser considerado quando do conflito entre o direito fundamental à prova e a sua renúncia sedimentada da autonomia da vontade.

3. Direitos Fundamentais e o Direito à Prova: a elevação à categoria de fundamental o direito à prova

A atribuição de *status* jurídico-normativo "direito fundamental" à determinada categoria de direito exigirá, inicialmente, que o hermeneuta verifique o catálogo de direitos enumerados no artigo 5° da Constituição Federal, cuja nomenclatura do respectivo Título é "Dos Direitos e Garantias Fundamentais".

Enumera em seu *caput* e setenta e oito incisos os direitos fundamentais explícitos, já que os indicam expressamente, de forma exemplificativa, os direitos institucionalmente reconhecidos como fundamentais. Do rol de direitos fundamentais explícitos verifica-se entre aqueles classificados como garantias constitucionais, conforme distinção apresentada na nota cinco deste trabalho, o devido processo legal (inciso LIV da CF); o contraditório e a ampla defesa (inciso LV da CF); vedação da utilização das provas ilícitas (inciso LVI da CF), entre outros.

Percebe-se, portanto, que o direito à prova não vem enumerado no referido rol, não compreendendo um direito/garantia fundamental expresso, devidamente delineado e identificado em algum dos incisos mencionados, resumindo-se, a princípio, a proibir a utilização da prova quando eivada de ilicitude (inciso LIV).

Diante disso, surgem duas questões a serem debatidas. A primeira, diz respeito a existência de direitos fundamentais implícitos, que nos coloca a indagar: além da existência daqueles direitos explicitamente reconhecidos pelo ordenamento constitucional haveria possibilidade de reconhecer outros direitos não indicados expressamente pelo artigo 5° da Constituição Federal? Segundo Cambi:

> [...] o constituinte fez questão e ressaltar, no art. 5°, § 2°, que os "direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, o dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Desse modo, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou a fórmula dos *direitos fundamentais implícitos* oriunda da tradição jurídica da *common law* e prevista especialmente na Emenda X da Constituição

> norte-americana, que afirma: "The enunmeration in the Constitution ef certain rights shall not be contrued to deny or disparage others retainesd by the people".[20] (p. 165).

Neste sentido, mesmo diante da ausência de uma indicação do direito à prova de forma expressa o seu reconhecimento como direito fundamental, portanto, com o mesmo *status* constitucional do princípio da "dignidade da pessoa humana" entre outros, decorrerá do regime e dos princípios adotados pela Constituição, a partir de uma atividade interpretativa criativa, além daqueles reconhecidos por tratados internacionais que nosso país seja signatário.

Uma vez sendo possível a extração de direitos fundamentais a partir de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, torna-se possível sustentar o *status* de fundamental do direito à prova diante da ratificação da Convenção Americana de Direito Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[21], o que ocorrerá mediante o processo de internalização dos Pactos Internacionais previsto no artigo 5°, § 3°, da Constituição Federal. Nesta hipótese, o Pacto Internacional adquire a categoria de Emenda Constitucional, mas segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a internalização dos Pactos Internacionais mediante *quorum comum* lhe atribuirá a categoria de norma supralegal, portanto, superior às leis ordinárias e complementares federais, mas inferiores à Constituição Federal[22].

Uma vez realizado o processo de internalização do tratado internacional, portanto, após sua inserção no ordenamento jurídico nacional, seja com *status* de emenda constitucional, seja como texto supralegal, o direito a prova passará a ser indicado como direito fundamental.

Por outro lado, podemos alcançar o direito fundamental à prova, como muito bem indicou o § 2° do artigo 5° da Constituição Federal, também a partir da análise interpretativa criativa do hermeneuta quando diante dos princípios e do próprio regime constitucional. No caso do direito à prova, esse processo criativo origina-se das garantias constitucionais da ação, da ampla defesa e do contraditório[23], estabelecidos no art. 5°, aspectos estes que serão trabalhados nos próximos itens.

---

[20] CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional ...** Op. Cit., p. 165.

[21] Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), recepcionada pelo Decreto 678, de 06.11.1992, que também consagra o direito à prova (art. 8°, §2°, letra f).

[22] O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 349.703-1 concebeu os tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal como norma supralegal. Há, entretanto, entendimento doutrinário no sentido de que mesmo aqueles tratados internalizados antes da introdução do art. 5°, § 3°, desde que contemplem direitos fundamentais, serão considerados normas constitucionais e não supralegais.

[23] CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional ...** Op. Cit., p. 169.

Para realizarmos algumas considerações iniciais, podemos afirma, assim, que o primeiro aspecto que permite elevar à categoria de "direito fundamental" o direito à prova decorre do que chamamos de direitos fundamentais implícitos, que, portanto, não decorrem da análise dos enunciados expressos pela Constituição, mas desdobra-se ou:

a) pela internalização dos tratados internacionais que preveem o direito à prova como um direito fundamental, como no caso da Convenção Americana de Direito Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; ou
b) pela análise interpretativa criativa do hermeneuta que reconhece a existência de outros direitos fundamentais a partir do "regime e dos princípios" adotados pela Constituição. No caso do direito fundamental à prova, essa reconhecimento ocorrerá a partir das garantias constitucionais da ação, da ampla defesa e do contraditório, como poderemos verificar mais adiante.

Como fundamentação dessa possibilidade de reconhecer um direito fundamental, mesmo não expresso em alguns dos enunciados normativos constitucionais, podemos indicar: I) a autorização constitucional prevista no artigo 5°, § 2°, da Constituição Federal, aqui já sustentado; e principalmente II) a necessária distinção entre enunciado normativo (texto de lei) e norma. Esse último fenômeno jurídico será abordado no próximo item.

3.1 Enunciado normativo e norma: a identificação do Direito para além da legalidade

Compreendendo que o resultado da análise interpretativa do enunciado normativo culminará na apreensão da norma, e que não há confusão entre texto de lei e norma, poderemos concluir pela existência do direito fundamental à prova, mesmo que inexista enunciado normativo expresso neste sentido. Para Ávila:

> *Normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.[24]

[24] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª edição. São Paulo/Malheiros. 2005. p. 22.

Assim, para se falar em direito fundamental externalizado em um princípio normativo não é necessário que exista um texto legal reconhecendo referida norma. Analisemos as possibilidades desse fenômeno:

O princípio da Segurança Jurídica e da Certeza do Direito não possuem o correspondente texto normativo na Constituição Federal, porém são juridicamente reconhecidos como princípios inerentes ao nosso sistema normativo. No caso do princípio da Segurança Jurídica e da Certeza do Direito podemos afirmar que decorrem da análise interpretativa de outros dispositivos constitucionais que garantem a legalidade (ex.: art. 150, I, da Constituição Federal), a irretroatividade e a anterioridade desembocando-se na segurança e certeza jurídica[25].

Outra possibilidade decorre da extração de mais de uma espécie normativa de um único enunciado, como no exame do dispositivo que exige previsão legal para o aumento ou instituição de tributos, a partir do qual se extrai o princípio da legalidade, da tipicidade, da proibição de regulamentos independentes e da proibição da delegação normativa[26].

Além da possibilidade de haver norma sem a existência de dispositivo legal (princípio da Segurança Jurídica e da Certeza do Direito) e da extração de mais de uma norma de um único texto legal (princípio da legalidade, da tipicidade extraídos do dispositivo que exige lei para instituição e aumento de tributo), poderemos verificar, ainda, a existência de enunciado normativo sem que se permita retirar qualquer elemento normativo, como é o caso do preâmbulo da nossa Constituição Federal que clama a *proteção Divina.* Neste caso, embora exista o texto legal[27], não podemos extrair da lei uma espécie normativa com conteúdo deontológico, que refletirá obrigações e deveres aos destinatários do texto. Não podemos, neste sentido, exigir juridicamente a *proteção Divina.*

A distinção entre enunciado normativo e norma ocorre, pois, segundo Ávila, os textos normativos não trazem em si um significado total que impeça a atribuição de sentidos pelo interprete, como se a atividade interpretativa estivesse acaba no próprio enunciado normativo, o que permitiria ao interprete tão somente alcançar este significado para aplicá-lo no caso concreto, mediante mera subsunção, já que:

---

[25] Ibid. p. 23.
[26] Ibid. p. 22.
[27] Vale consignar que embora a doutrina constitucionalista ressalte não possuir o caráter de norma constitucional, o texto preambular servirá como texto normativo auxiliar na interpretação de todo o texto constitucional e dos textos infraconstitucionais.

> [...] a compreensão do significado como o conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui "o" significado correto aos termos legais. Ele tão-só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos –, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou melhor, como uso.[28]

Residirá exatamente neste ponto a cisão entre aqueles que não defendem e aqueles que defendem a possibilidade de atribuição de sentidos pelo interprete. Estes últimos farão uma distinção entre os discursos de fundamentação e aplicação, como é o caso de Klaus Günther que sustenta em seu artigo "Un concepto normativo de coherencia para uma teoría de la argumentación jurídica", publicado na revista mexicana Doxa, a impossibilidade da existência de uma *norma perfeita*, que abarcaria todos os significados possíveis diante do aparecimento do caso concreto a ser solucionado, o que indicaria os participantes do processo legislativo como seres detentores de um saber limitado e tempo finito que fundiriam o discurso de fundamentação e o de aplicação.

Para o professor de Frankfurt, não seria possível a existência de uma *norma perfeita*, já que no processo legislativo não se poderia antecipar todo conhecimento possível e prever atemporalmente todas as consequências fáticas imagináveis que eventualmente surgiriam no momento da aplicação da lei aos casos concretos. Não se é possível imaginar que todas as possíveis aplicações individuais haveriam sido tema do discurso no processo legislativo em sua completude, transferindo o problema da aplicação ao campo da validade (elaboração da lei)[29].

---

[28]Ibid., p. 23-24.

[29] GÜNTHER, Klaus. **Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de la argumentación jurídica**. Apresentação e tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Disponível em < http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10502/1/doxa17-18_11.pdf>. Acesso em 26 de fev. de 2013. p. 278-279.

> El ideal de una norma <<perfecta>> sale al encontro de nuestras intuiciones morales, pero resulta problemático por diferentes razones. Por um lado es abiertamente irrealista la hipótesis de que los participates en um discurso pueden encontrarse alguna vez en la situación de poder disponer de um saber ilimitado y de un tiempo infinito. Pues las hipótesis de un saber ilimitado y un tiempo infinito, del mismo modo que las restentes condiciones idealizadas de argumentación, formarían parte de lós requisitos pragmáticos de una argumentación sobre la pretensíon de validez de una norma [...].30

Diante dessa impossibilidade de estabelecer no processo legislativo todos os imagináveis sentidos a serem atribuídos ao enunciado diante de todos os casos faticamente possíveis haverá uma cisão entre o discurso de fundamentação (campo da validade da lei, do processo legislativo, que promove uma generalização do dispositivo) e o discurso de aplicação (em que se atribuirá sentido ao enunciado normativo – ato de extrair a norma do enunciado), conforme propõe Günther.

Ao campo de fundamentação será reservado o discurso de estabelecimento de textos cogentes que irão regulamente genericamente o maior número de comportamentos possíveis, utilizando-se da abstração da linguagem. Por seu turno, o discurso de aplicação se destinaria ao momento de conciliar a lei abstratamente posta e os casos concretos que exigiriam uma solução. Seria, portanto, nos casos particulares que ocorreria a dinâmica de atribuição de sentido ao texto, que desembocaria da extração da norma (método hermenêutico) a partir do texto legal.

Em oposição à possibilidade de cisão entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação encontramos estudiosos que defendem a impossibilidade do interprete atribuir sentidos aos enunciados, isto que geraria instabilidade do sistema, uma vez não seria possível estabelecer um parâmetro objetivo de controle dessa atribuição, sendo exatamente esse o grande problema do chamado pânprincipiologismo, denunciado por Streck.

Importante consignar que, uma vez defendida a ideia de que é possível a existência de uma *lei perfeita*, que antecipada no processo legislativo todas as discussões relativas ao plano de aplicação do direito, não poderíamos falar em direitos implícitos, para o qual seria possível extrair um sentido não previsto pelo legislador quando da elaboração do enunciado normativo, já que a completude do Direito estaria gravada no enunciado abstrato.

Para Lênio Streck, professor da escola gaúcha de constitucionalismo, cujas tradições teóricas remetem aos estudiosos da filosofia da linguagem como Wittgenstein, Heidegger e Gadamer, existe no processo de interpretação uma fase de pré-

[30]Ibid. p. 279.

compreensão, em que se verifica o sentido inerente do enunciado, que devera ser extraído pelo interprete. Veja que neste processo hermenêutico é possível se falar na existência de uma decisão mais adequada, uma decisão correta ao sentido estabelecido pelo enunciado normativo previsto abstratamente, ou adequada ao sentido estabelecido pela Constituição.

Diante deste padrão hermenêutico haverá a impossibilidade de o interprete retirar de um único enunciado normativo vários sentidos, o que daria origem à *n* princípios, que dentro de uma fase neoconstitucionalista, possui força normativa, portanto, poder cogente. Será a partir desta dinâmica principiológica originária da dicotomia texto de lei e norma, que Streck denuncia, segundo sua compreensão, a antidemocrática era dos princípios.

Filiamos-nos, entretanto, à compreensão do professor Humberto Ávila, que seguindo uma tradição orientada pelo professor alemão, Robert Alexy, defende a cisão entre texto e normas, cujo controle de atribuição de sentidos remete-se à Razão Prática, e as construções teóricas desenvolvidas por Jünger Habermas, que exigirá a compreensão do sistema normativo como um todo culminando na concepção de coerência e racionalidade discursiva do sistema jurídico.

Por tais razões, podemos concluir que é possível falar em interpretações criativas, mas adequadas à ordem jurídica e à Razão Prática (ética discursiva), que permitirá desembocar no princípio constitucional representado pelo direito à prova.

3.1 O Direito Fundamental à Prova a partir da leitura dos Direitos Fundamentais ao Devido Processo Legal, Direito ao Contraditório e Direito de Defesa: a extração da norma a partir de uma atividade hermenêutica

Feitas estas primeiras considerações quanto à possibilidade de reconhecimento do direito fundamental à prova a partir da atividade interpretativa que leva em consideração como fonte os demais princípios expressamente reconhecidos, passaremos a justificar o direito à prova como direito fundamental a partir das garantias constitucionais do devido processo legal, do direito ao contraditório, do direito de ação e do direito de defesa.

Nomeados expressamente pela Constituição Federal, compõe o rol exemplificativo os seguintes direito fundamentais, que visam estabelecer garantias de manutenção do Estado Democrático de Direito: devido processo legal, direito de defesa, contraditório e direito de ação.

Afirma Cambi que o direito à prova é uma manifestação essencial da garantia constitucional da ação e da defesa, uma vez que agir e defender-se provando é uma

condição necessária para a atuação dessas garantias. Neste sentido, afastar do sistema jurídico o direito à prova traria como consequência a negação do direito de ação e de defesa, extinguindo-lhes o conteúdo substancial, privando o acesso à ordem jurídica justa e ao devido processo legal[31].

Por outro lado, vale ressalta que o direito fundamental à ação não será satisfeito mediante o mero ajuizamento da demanda, devendo ir muito além disso. Para se falar em direito de ação em um contexto de Estado Democrático de Direito será preciso relacioná-lo necessariamente à concepção de devido processo legal, que abrangeria o direito ao contraditório e o direito de influenciar efetivamente no julgamento do processo mediante a produção de provas. É neste sentido o entendimento de Cambi ao explicar que:

> [...] um dos aspectos essenciais do *poder de agir* em juízo, para a tutela dos próprios direitos, é o poder de provar os fatos constitutivos; sendo assim, o impedimento à realização da prova significaria a *impossibilidade de agir*. O *poder agir* concretiza-se, pois, no complexo de atividades e de poderes de iniciativa processual, especialmente na possibilidade de argumentação e na utilização dos meios probatórios. Em outras palavras, a garantia da ação, em uma perspectiva constitucional, compreende um complexo tecnicamente indeterminado de situações processuais ativas, as quais abrangem todos os instrumentos processuais idôneos a influir na decisão judicial. Afinal, quanto maior é a possibilidade de o autor demonstrar as situações fáticas em que se baseiam a sua demanda, menores são os riscos de pretensão vir a ser rejeitada e também mais restrita fica a esfera da discricionariedade do juiz na valoração das provas e na formação do seu convencimento. (p. 117)

Da mesma forma que o direito de ação não se resumirá à possibilidade de ingressar com uma demanda[32], o direito de *defesa* também não se consumará com a mera possibilidade de se demandar, mas "[...] em razão da bilateralidade da ação, os mesmos direitos atribuídos ao autor também devem ser conferidos ao réu, porque, da mesma forma que a ação é um poder jurídico de provocar a jurisdição, a exceção é um poder jurídico de pedir a restituição da liberdade ameaçada pela ação [...]"[33].

Para se pensar em um processo que concretize os valores expressos nos princípios constitucionais do direito de ação, do devido processo legal e do direito de defesa, preenchendo a moldura do processo justo, não poderemos dissociar do processo

---

[31] CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional ...** Op. Cit., p. 112-113.
[32] Este exigirá uma série de poderes específicos para efetivamente se manifestar em juízo e sensibilizar o julgador, enquadrando-se na moldura do processo justo, reflexo do Estado Democrático de Direito.
[33] CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional ...** Op. Cit., p. 121-122.

a ideia de uma demanda que garanta em plenitude o direito de produção de provas, que buscará elucidar os fatos que compõe o processo, influenciado o julgamento.

Por tais razões afirma Cambi:

> [...] o direito à defesa garante o exercício de um conjunto de atividades e de poderes, incluindo os de iniciativa processual e de produção probatória idôneos para demonstrar a concretude da situação fática sobre a qual recai a exceção e, com isso, pode influir na formação do convencimento do juiz. Pode-se, assim, afirmar que o direito de defesa consiste na possibilidade efetiva de reagir em juízo, com todos os meios processuais predispostos pelo ordenamento jurídico, para que o demandado possa fazer valer as suas próprias razões.[34]

Neste sentido o direito de defesa possui como elemento inerente o direito à prova, já que não seria possível se falar em direito de defesa sem que fosse possível apresentar elementos probatórios que fundamentasse os argumentos da defesa. Caso isso fosse possível, estaríamos excluindo o direito de defesa efetiva e consequentemente o direito ao processo justo.

Por outro lado, falar em direito ao contraditório também implica na possibilidade das partes produzirem provas, sendo que a ausência desse direito corresponderia à negação de um contraditório efetivo "[...] tornando ilusória a proteção jurisdicional dos direitos substanciais através do mecanismo processual, além de poder caracterizar o *cerceamento da defesa* de uma das partes."[35].

Pensando em um processo dialógico, em que se permite a legitimidade da sentença a partir de um processo adequado e discursivo que garanta a participação efetiva das partes na demanda, será necessário deixar à disposição destas todos os instrumentos processuais adequados. Provar é participar, e participar efetivamente reflete uma pretensão democrática.

A estrita conexão entre direito à prova e contraditório ocorre, pois:

> [...] além de ser mostrar um componente essencial para a concretização das garantias constitucionais da ação e da defesa, constitui um aspecto fundamental do contraditório. Aliás, o contraditório deixaria de ser uma garantia, efetiva e real, se não assegurasse a cada umas das partes a possibilidade de contradizer os argumentos da parte adversa, mediante a produção de todos os elementos necessários para influir no convencimento do juiz.[36]

---

[34] Ibid., p. 122.
[35] Ibid., p. 123-124
[36] Ibid., p. 136.

E é por tais razões que devemos reconhecer o direito à prova como um direito fundamental, que permitirá um processo adequado constitucionalmente, democrático, dialógico e principalmente justo.

Feitas estas considerações que se fixaram na análise abstrata do direito fundamental à prova, passaremos a analisar a possibilidade da horizontalização dos direitos fundamentais nas relações privadas e quais as consequências de se pensar o direito à prova como direito fundamental diante de uma possível renuncia em uma relação privada.

4. Direito fundamental à prova e as relações privadas: da horizontalização à renuncia aos direitos fundamentais em tempos de Neoconstitucionalismo

A institucionalização de um Estado mediante o estabelecimento de uma Constituição (democrática) culminará no que Cambi denomina de *ordem-quadro,* bem como de uma *ordem-fundamental.* A *ordem-quadro* estabelecida pela Constituição impõe limitações, em determinadas matérias, mediante *ordens* e *proibições* à atuação do legislador, que deverá atuar nos limites do quadro-constitucional, "confiando aos poderes públicos, em outras matérias, consideradas não essenciais, aberturas ou margens de ação (discricionariedade)"[37].

Quanto ao aspecto de *ordem-fundamental* a Constituição estabelece para a sociedade poderes e limitações, "questões essenciais ou um sistema de valores (no qual se incluem os direitos fundamentais, além de outros princípios como o do Estado Democrático e Social de Direito) que servem não como limites, mas como fundamentos, fins ou tarefas que devem nortear a atividade estatal ou não, por intermédio de *deveres de* proteção"[38]. Neste sentido:

> A relação entre o princípio da maioria e da constitucionalidade é *ambivalente*, na medida em que, de um lado, a Constituição limita o exercício do legislador ordinário e, de outro lado, é a expressão do princípio da maioria, fundante e constituinte da comunidade política.[39]

Percebe-se, então, que a Constituição Federal terá dupla finalidade: (I) uma será destinada à estabelecer limitações à atuação da esfera pública (representada pelos Poderes) em relação aos direitos constitucionalmente estabelecidos; e (II) outra destinada a assegurar direitos, considerados fundamentais para a sociedade, oponível a

[37]CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo/Revista dos Tribunais. 2010. p. 22.
[38]Ibid., p. 22-23.
[39]Ibid., p. 23.

qualquer ente que se institucionalize no poder político (portanto, partindo-se da figura do cidadão). Assim, "[...] Vinculam às maiorias, porque, além de constituírem *elementos valorativos essenciais* à existência do Estado Democrático de Direito, descrevem *exigências indispensáveis* ao funcionamento adequado de procedimentos de deliberação democrática"[40].

Essa dinâmica de atribuição de direitos e limites, partindo-se de um conteúdo axiológico da norma constitucional, nem sempre existiu dessa forma, sendo fruto de embates e conquistas sociais frente aos abusos do uso do poder estatal, sendo que:

> Atualmente, não basta falar em Estado de Direito ou o "Estado sob o regime do Direito", conceito este desenvolvido a partir do século XIX, em oposição ao Estado Policial ou o "Estado sob regime de Polícia", característico o século XVII, uma vez que, no Estado de Direito, era suficiente o respeito à lei, *sem se preocupar com o seu* conteúdo: a lei se impunha mesmo se redundasse em medidas pessoais, concretas e retroativas, que poderiam coincidir com a vontade de um ditador ou de um partido político. No atual estágio de desenvolvimento jurídico, os direitos fundamentais representam os elementos definidores e legitimadores de todo o ordenamento jurídico positivo, proclamando um concreto e objetivo sistema de valores de aplicação imediata e de vinculação de poder público. Definem uma cultura jurídica e política, limitando o poder do Estado [...].[41]

Com tais considerações podemos afirmar que os direitos fundamentais poderão surgir inicialmente como direito de proteção dos cidadãos em relação à atividade do Estado, sendo vislumbrados a partir da relação Estado x cidadão, tudo isso por conta da grande luta histórico-social pelos direitos fundamentais, marcada pela "superação das graves diferenças entre os sujeitos de direitos, discriminados, indevidamente, como objetos (como na escravidão dos negros) ou seres de menor dignidade (como foram ou são as práticas de nazismo, do sexismo, do racismo, do homofobia, da xenofobia e de outras formas de intolerância)"[42].

Ocorre, entretanto que em tempos de Estado Democrático de Direito[43], em que se observa um fortalecimento dos direitos fundamentais[44], passou a se defender não

---

[40] Ibid.
[41] Ibid., p. 24.
[42] Ibid., p. 30.
[43] Importante alertar que a mera referência à Estado Democrático de Direito não legitima qualquer Estado em termos de promoção dos direitos fundamentais. Como maior exemplo disso podemos nos referenciar ao Estado Alemão durante o Terceiro *Reich*, conduzido pela Social-*Democracia*, que promoveu todas as barbáries que a história nos revela. Além de nominalmente democrático, o Estado Nazista também tinha sua jurisdicidade (enquanto Estado de Direito) reconhecida, diante da estruturação das suas instituições (juízo este que em nenhuma hipótese reconhece um conteúdo de justiça ou de bondade). Deste modo, ao referenciar ao Estado Democrático de Direito, estamos nos referindo aos Estados Constitucionais dos pós-segunda guerra, que trazem Constituições valorativas, como é o caso do Brasil.

somente o caráter transversal destes direitos (Estado x cidadão), mas também seu caráter horizontal nas relações privadas (cidadão x cidadão), o que gerará grandes consequências tanto para a sua concretização, quanto para a jurisdição constitucional. Será isso que passaremos a abordar.

A partir das atrocidades cometidas contra os direitos humanos ao longo da história e, mais recentemente, pelo movimento nazifascista, o estabelecimento de direitos fundamentais contra o abuso do poder estatal (contra o absoluto) surgiu como um levante imprescindível para a proteção da humanidade. Mas não se resumiu a proteger os indivíduos nesta relação transversal, passou-se a reclamar a proteção também nas relações privadas marcadas por açoites aos direitos pelos detentores de poderes (político, econômico, intelectual etc.)[45] que desequilibram a relação jurídica.

Neste sentido, os direitos fundamentais, vislumbrados agora também como princípios (isto que não exclui a possibilidade de seu estabelecimento mediante regras normativas – mas, como princípios abre o sistema normativo, buscando a sua otimização) irão se irradiar em todos os fenômenos jurídicos e sociais, para assim equilibrar as relações marcadas pelo desequilíbrio político, econômico, intelectual etc.. É neste sentido Silva:

> Umas das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si. Zippelius sintetiza bem a insuficiência da dicotomia ação estatal/ação privada: "A contraposição não-diferenciada entre ações estatais e ações puramente privadas (...) é uma simplificação exagerada: em uma sociedade plural, formam-se, *nos espaços deixados à autonomia privada*, instituições da vida econômica, empresas dos meios de comunicação e outras "forças sociais", que desempenham importantes funções na vida social e que alcançam posições de poder, por força das quais podem influir de forma prejudicial no sistema político".[46]

---

[44] Vale transcrever a seguinte passagem de Cambi em que afirma o fortalecimento da força normativa dos direitos fundamentais e a sua irradiação por todo o ordenamento jurídico: "O importante é não descuidar do alcance e da força normativa da Constituição, que não se restringe à mera hierarquização formal do ordenamento jurídico, mas também contém valores superiores e vinculantes, os quais devem ser irradiados por todo o sistema normativo. A questão da legitimidade das normas processuais, em relação à Constituição, não se exaure em um critério formal (compatibilidade com a norma de grau superior). A legitimação é referente a um critério substancial, o da compatibilização axiológica da lei processual com a Constituição. (CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional ...** Op. Cit., p. 185)

[45] Ibid., p. 31.

[46] SILVA, Vírgilio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito** – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª Edição/2ª Tiragem. São Paulo/Malheiros. 2008. p. 52.

Uma vez defendida a ideia de que o direito fundamental à prova compõe o catálogo de direitos fundamentais implícitos, compondo a malha constitucional, este também se apresentará nas relações privadas, devendo ser observado, sob pena de se negar o próprio Estado Democrático de Direito.

É neste momento que surge a questão central que o presente trabalho busca enfrentar: vislumbrando a horizontalização dos direitos fundamentais e diante da autonomia da vontade que rege as relações privadas, seria possível sustentar a constitucionalidade da renúncia ao direito fundamental à prova estabelecida em instrumentos particulares?

Pelas construções teóricas clássicas do direito constitucional sempre se apontou como características dos direitos fundamentais a *inalienabilidade, imprescritibilidade* e *irrenunciabilidade*[47], características estas que fundamentam a rejeição imediata da possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais[48], mas que poderá ser sustentada em casos limítrofes ou nos casos em que se verifica uma colisão de normas.

Para sustentar a possibilidade da renúncia aos direitos fundamentais, Vírgilio Afonso da Silva aponta que:

> [...] é certo que o não-exercício de um direito fundamental, ainda que por longo período, não implica dizer que a ele se tenha renunciado. Mesmo se um direito fundamental nunca é exercido, daí não se pode inferior que houve renúncia. Mas mais importante do que se contentar com a aparente procedência de uma ideia – no caso a irrenunciabilidade – talvez seja recomendável recorrer ao objeto dela – os direitos fundamentais em espécie – para testar sua solidez. Mesmo que não se recorre a exemplos limítrofes – a renúncia ao direito à vida por meio de suicídio, por exemplo – parece ser possível encontrar um sem número de casos em que a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais – e também a sua inalienabilidade e imprescritibilidade – são colocadas em xeque. Exemplifico:
> (1) Aquele que, após a prolação de uma sentença de primeiro grau em um processo, aceita não recorrer à instância superior diante de uma proposta em dinheiro da parte contrária, *negocia* sei direito fundamental ao duplo grau de jurisdição.
> (2) Aquele que, diante das câmeras de TV, exibe cédula na cabine de votação, *renuncia* ao sigilo do voto;
> (3) Quando um homem entre para um seminário na igreja católica, com o intuito de se tornar padre, ou uma mulher, com o intuito de se tornar freira, *renunciam* eles a seu direito de constituir família.
> (4) Aquele que é aprovado em concurso público e aceita o cargo de juiz, renuncia a seu direito fundamental do art. 5°, XIII, referente ao livre exercício de qualquer trabalho, pois somente poderá exercer uma atividade de magistério (art. 95, parágrafo único, I).

---

[47] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo/Malheiros. 2005, p. 181.
[48] SILVA, Vírgilio Afonso da. **A Constitucionalização ...** Op. Cit., p. 61.

> (5) Todo aquele que celebra um contrato, renuncia a uma parcela de sua liberdade.[49]

Ao trabalhar com o conceito de *renunciabilidade,* Virgílio sustenta que quando se fala na possibilidade de se renunciar à qualquer direito, não se estará afirmando que haverá a renúncia absoluta, de forma *definitiva* e *irreversível.* Tanto é assim que, o Código Civil, em seu artigo 1.275, II, estabelece ser possível a renuncia ao direito de propriedade, mas não de forma *definitiva* e *irreversível,* de modo a impossibilitar eternamente a aquisição de propriedade, deixando de exercer seu direito de forma absoluta e eterna.

O que permite o Código Civil é que seja renunciado o direito naquela situação específica, o que significa que em *outros casos,* caso surja o interesse do renunciante de adquirir uma propriedade, poderá exercê-lo livremente, pois a renúncia não terá caráter absoluto e perpétuo. Por tais razões, podemos afirmar que na possibilidade de renúncia a direito fundamental "não se quer sustentar, obviamente, que seja possível, via declaração de vontade, abdicar ao direito em si e a toda e qualquer possibilidade futura de exercitá-lo, mas tão-somente à possibilidade de renunciar, em uma dada relação, a um determinado direito ou, ainda, negociá-lo, em uma determinada situação"[50-51].

Diante da possibilidade da renúncia aos direitos fundamentais, seria admissível em um contrato particular cláusula que renunciasse a possibilidade de produzir qualquer tipo de prova naquela determinada relação jurídica?

Quanto a possibilidade de renunciar ao direito à prova em juízo, quando da fase instrutória da demanda, já se sustentou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao apreciar os autos da Ação Cautela n° 1663087, ser possível, quando a parte não reitera providência processual de natureza instrutória na contestação, quedando-se inerte no prazo que lhe fora subsequentemente aberto para especificar provas, irá se presumir a renúncia ao direito à prova. Segue ementa:

> Lacação. Ineficácia do contrato verbal de prorrogação de Lcação como fato impeditivo da ação de despejo. Validade da notificação, mesmo defeituosa, se atingiu a sua finalidade. Renúncia ao direito à prova. Se a parte não reitera providência processual de natureza instrutória que requerera na contestação, quedando-se inerte no prazo

---

[49] SILVA, Vírgilio Afonso da. **A Constitucionalização ...** Op. Cit., p. 62-63.
[50] Ibid., p. 64.
[51] Quanto a argumentação de que na verdade há renúncia ao exercício do direito e não ao próprio direito fundamental Virgílio sustenta que: "Alguns autores chegam a fazer uma distinção entre a renúncia a um direito e a renúncia ao exercício desse direito. Essa distinção carece, contudo, de qualquer finalidade. Ela serve, na verdade, somente para que aqueles que se apegam a características jusnaturalistas dos direitos fundamentais – imprescritibilidade, irrenunciabilidade etc. – possam acomodar o fato de que, em diversos casos, a renúncia e até mesmo a negociação desses direitos é possível" (SILVA, Vírgilio Afonso da. **A Constitucionalização ...** Op. Cit., p. 64).

> que lhe fora subsequentemente aberto para especificar provas, , terá contra si a presunção de eu renunciara a esse direito. Por haver atingido a sua finalidade, é válida a notificação premonitória, ainda que defeituosa, se ao impugná-la o réu acusa o réu recebimento. O contrato de prorrogação da locação, se verbal, valerá como simples promessa de contratar, que não impedirá a retratação do locador através do ato notificatório de sua pretensão de retomar o imóvel. Negar provimento. Decisão Unânime. Processo: AC 1663087 DF. Relator(a): MANOEL COELHO. Órgão Julgador: 2ª Turma Cível. Publicação: DJU 20/08/1987.[52]

Também entendeu dessa maneira a 26ª Turma de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reconheceu a renúncia tácita ao direito à prova do réu revel que não exerceu seu direito à defesa e concomitantemente não usufruiu do seu direito de produzir as provas no momento processual oportuno, fazendo constar o relator que "[...] não tem fundamento o pedido de reconhecimento de cerceamento de defesa, já que na medida em que os réus ficaram inertes, apesar da oportunidade conferida para a apresentação de defesa, renunciaram tacitamente ao direito de produzir provas e aceitaram como devido o pedido constante na inicial[53]. Segue ementa:

> Ação de cobrança de honorários advocatícios. Revelia dos réus. Presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial. Aplicação da presunção prevista no artigo 319 do CPC. Não caracterização de cerceamento de defesa dos réus. Ausência de contestação que implica em renúncia tácita do direito de produção de provas. Procedência da ação mantida. Recurso não provido. Processo: APL 990092877062 SP. Relator(a): Carlos Alberto Garbi. Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 18/02/2010

E no mesmo sentido:

> Prestação de serviços. Ação de indenização por danos materiais julgada procedente. Revelia da requerida. Aplicação da presunção prevista no art. 319 do CPC. Não caracterização de cerceamento de defesa. Ausência de contestação que implica em renúncia tácita do direito de produzir provas. Não se discute a execução da propaganda, mas tão-somente a distribuição ineficiente dos guias telefônicos. Cabia à requerida apresfentar documentos que comprovassem a efetiva distribuição dos «uras,de modo, diante de sua inércia, não há que se admitir o afastamento da presunção de veracidade. Sentença mantida. Recurso improvido. Processo: APL 990093303272 SP.

---

[52] BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3417878/apelacao-civel-ac-1663087-df-tjdf >. Acesso em: 06 de março de 2013.

[53] BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em < http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/TJSP/IT/APL_990092877062_SP_1266705762986.pdf>. Acesso em 03 de mar. de 2013.

Relator(a): Carlos Alberto Garbi. Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 03/03/2010.[54]

Percebe-se, dos julgados apresentados, que a renúncia ao direito à prova ocorreu diante da desídia e inércia das partes que deixaram de apresentar suas defesas no momento processual oportuno. Podemos observar, ainda, que os recursos objeto das decisões impugnam justamente o cerceamento de defesa, tendo em vista que não abdicaram voluntariamente do direito de produzir provas, mas esta restou como consequência da inércia e desídia processual.

De forma diversa, poderíamos pensar na possibilidade de se incluir cláusula contratual em que se renuncia *expressa* e *voluntariamente* o direito de uma das partes de produzir provas relacionadas àquela relação jurídica, em nome da *autonomia da vontade*. Neste caso, a não produção da prova não seria consequência negativa pela desídia ou inércia de uma das partes, mas como ato de vontade voluntário de renunciar a um direito fundamental, de forma limitada e singular àquela relação jurídica.

Nota-se que neste caso haverá colisão entre o direito fundamental à prova, ao processo justo e adequado frente à autonomia da vontade das partes de celebrarem voluntariamente tudo que não tenha conteúdo ilícito. Portanto, é a autonomia da vontade que se apresenta como substrato argumentativo para possibilitar a renúncia nos casos particulares.

Ocorre que, para se sustentar o reconhecimento jurídico de qualquer fenômeno será necessário, em tempos de neoconstitucionalismo[55], superar o posicionamento do positivismo normativista que deixou de lado, por questões de racionalidade científica, as matérias axiológicas do direito.

Falar em Neoconstitucionalismo, sobre a (re)aproximação entre Direito e Moral, sobre a pretensão de correção do direito, sem que se promova o resgate puro do Jusnaturalismo, e a moralização do Direito, que culminaria no enfraquecimento do

---

[54] Idem. Disponível em: < http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7932047/apelacao-apl-990093303272-sp-tjsp>. Acesso em: 06 de março de 2013.

[55] Insta sustentar que os trabalhos desenvolvidos por Hans Kelsen foram extremamente importantes para o desenvolvimento de uma ciência jurídica, que tinha a pretensão de se alcançar uma pureza da dinâmica jurídica. Retirando-se todo o conteúdo moral,valorativo e ideológico, seria possível alcançar um conteúdo estritamente jurídico e puro, o que possibilitava reconhecer o jurídico não a partir do conteúdo do sistema normativo, mas sim da sua forma jurídica. Dessa modo, o reconhecimento do jurídico não passaria pela análise do conteúdo justo ou injusto do direito, mas sim pela sua formalidade, e mais, reconhecer que determinado ordenamento é jurídico, não implicaria reconhecer que era bom ou mal, justo ou injusto. Em defesa de Hans Kelsen contra as denuncias equivocadas pelos jusnaturalistas, ver: MATOS, Anditya Soares de Moura. **Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva: Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético.** In Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, já./jun. 2009, p. 16; e SOUZA, Tiago Clemente. **Neoconstitucionalismo, a "Virada Hartiana" e a falácia do ativismo judicial**: leitura a partir do atual paradigma jurídico – no plero.

jurídico e na promoção da insegurança, será imprescindível defender ideias desenvolvidas por teóricos como Junger Habermas (no campo da Racionalidade Prática[56]), Robert Alexy, Humberto Ávila, Thomas da Rosa de Bustamante entre outros estudiosos no campo da Teoria da Argumentação, que promovem a abertura racional do Direito[57]. Tais premissas, embora fundamentais, não serão abordadas no presente trabalho, mas é de fundamental importância ter em mente que nosso corte epistemológico parte daqui.

Como pondera Bustamente:

> [...] a via para superar o positivismo jurídico, sejam as tradicionais correntes da segunda metade do século XX ou os positivismos "exclusivo" e "inclusivo" dos nossos dias, é o reconhecimento de que todos os atos de produção e aplicação do Direito formulam, implícita ou explicitamente, uma pretensão de correção (que embora restrinja a uma correção *moral*, indiscutivelmente a pressupõe como elemento central).[58]

Quando da apresentação da dissociação da norma do texto normativo, apresentamos a ideia da distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, em decorrência da impossibilidade do texto legal apresentar abstratamente todos os sentidos possíveis a se apresentarem eventualmente no discurso de aplicação. Neste sentido, defendeu-se que os enunciados não apresentam uma verdade correspondencial[59], mas sim uma verdade construída discursivamente quando da

---

[56] Explica Bustamante que "[...] No campo da ética filosófica, Habermas decididamente adota um *cognitivismo* segundo o qual questões normativas podem ser resolvidas através da argumentação levada a cabo em um *discurso prático* em que a correção normativa seja, ela própria, 'tematizada'" (BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. **Pós-Positivismo**: O argumento da injustiça além da Fórmula de Radbruch. *In* Teoria do Direito e Decisão Racional – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo/Renovar. 2008. p.156.).

[57] Para ratificar nosso posicionamento, afirma Bustamante que: "Essa pretensão de correção, que ocupa um papel no pensamento do autor (Alexy), deve ser explicada a partir da teoria do discurso de Jünger Habermas, que dá fundamento à teoria da argumentação jurídica elaborada por Alexy. Por isso não há qualquer exagero na afirmação de Manuel Atienza de que "a teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito" (BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. **Pós-Positivismo**: O argumento da injustiça além da Fórmula de Radbruch. *In* Teoria do Direito e Decisão Racional – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo/Renovar. 2008. p.153.).

[58] BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. **Pós-Positivismo** ... Op. Cit., p.153.

[59] Quanto à verdade correspondencial e verdade consensual, Bustamante afirma que: "Habermas busca nesse discurso ideal o critério de verdade que ele entendia estar ausente nas teorias que identificam a verdade de um enunciado com uma simples correspondência, mediada pela experiência ou pelos sentidos, a um determinado estado de coisas. Como temos diferentes experiências, uma concepção de verdade baseada unicamente na percepção sensorial seria errônea por incapaz de garantir a objetividade do conhecimento alcançado através da razão. A maior preocupação de Habermas, creio, não é estabelecer um método para que *eu* possa chegar a uma conclusão sobre a verdade de um enunciado sobre um fato ou a correção de uma norma, mas um procedimento discursivo para que, através de uma argumentação livre e autônoma, *as partes potencialmente interessadas* possam *testar a racionalidade das pretensões de validade* que cada um dos agentes do discurso venha a sustentar." (BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. **Pós-Positivismo** ... Op. Cit., p.155).

apresentação dos sentidos pelo interprete no discurso de aplicação. O julgador irá dialogar com as partes (que poderão, inclusive, produzir provas), levando em consideração todos os enunciados existentes no sistema normativo, para que possa atribuir sentidos de forma adequada e coerente.

Neste sentido, tanto na atividade interpretativa (no plano discurso de aplicação), quanto na atividade criatividade de enunciados normativos (no plano do discurso de fundamentação, que englobará a criação de enunciados desde a elaboração de contratos, até a elaboração de leis genéricas e abstratas), estará presente uma pretensão de correção implícita, de que se trata um ato correto. Na essência dessa pretensão corretiva estariam presentes:

> [...] (1) uma "*afirmação* de que o ato jurídico é material e procedimentalmente correto"; (2) uma *pretensão* (que gera uma *garantia*) de *fundamentabilidade* dessa afirmação; e (3) uma *expectativa* de reconhecimento da correção por todos os destinatários da norma jurídica.
> Mas como demonstrar essa tese? Alexy responde no seguinte sentido: "as pretensões implícitas podem ser explicitas mostrando que sua negação é absurda". Adota, assim, a estratégia pragmático-formal de demonstrar que a negação explícita da pretensão de correção representa uma contradição entre o *conteúdo* do ato jurídico (seja de uma lei, uma decisão judicial etc.) e o conteúdo da *afirmação* implicitamente realizada ao editá-lo. A esse tipo de contradição Alexy denomina "contradição performativa". Todo participante de um discurso jurídico que negue expressamente a pretensão e correção está cometendo uma contradição desta natureza [...].[60]

Após todo o trajeto desenvolvido por este trabalho, que buscou demonstrar que é possível reconhecer o direito à prova como um direito fundamental implícito, que assim se irradia por todo o ordenamento jurídico, admitindo inclusive sua horizontalização, ou seja, é possível sua aplicação nas relações privadas, poderemos responder satisfatoriamente a seguinte questão: existe pretensão de correção ao estabelecer cláusula contratual que reconhece a renuncia ao direito fundamental à prova numa dada relação jurídica?

Pois bem, necessário compreender inicialmente qual a razão de se renunciar ao direito fundamental. A primeira justificativa poderia decorrer da autonomia da vontade, em que as partes detentoras de direitos, inclusive fundamentais, podem renunciá-los a qualquer momento, já que o ato de renunciar não encontraria proibição pelo sistema normativo.

---

[60] BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. **Pós-Positivismo** ... Op. Cit., p.159.

Ocorre, entretanto, que no caso do direito à prova, por representar uma garantia constitucional e por servir como instrumento de implementação de um Estado Democrático mais Justo, a sua renúncia culminará na negação de dois direitos: (I) inicialmente na negação do direito de poder influir direta e discursivamente no processo, de modo a contribuir para a formação da convicção do julgador (a partir do seu aspecto de garantia constitucional); e (II) na negação do próprio direito para que a prova é destinada, servindo a regra particular como verdadeiro pretexto para supressão de direitos subjetivos.

Negando o direito à prova, negaremos o próprio Estado Democrático, a própria pretensão de correção inerente e todo e qualquer fenômeno jurídico, incidindo em uma verdadeira contradição performativa, estabelecida entre a proteção abstrata promovida pelo ordenamento jurídico de conteúdo axiológico e o desdém realizado pela celebração do contrato particular. Seria como se perguntássemos ao Joãozinho se o mesmo encontrava-se escondido no interior do armário e o mesmo respondesse lá de dentro que não, representando uma total irracionalidade lógica, valorativa e argumentativa.

Como não há pretensão de correção ao estabelecermos a renúncia do direito à prova em uma relação privada, que representaria uma atuação que afronta o conteúdo moral e axiológico do Direito, não há se reconhecer a validade de referida cláusula, que afronta e despreza toda a ordem constitucional.

Sustentar que o direito à prova permite limitações diante da presença de razões suficientes (sigilo profissional, por exemplo) lhe retira o caráter absoluto, porém, jamais poderemos defender ou admitir que a autonomia da vontade, muitas vezes movida por pretensões econômicas, possa enxotar todas as conquistas estabelecidas pela ordem constitucional, impedindo a promoção um Estado mais justo e democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concretização do direito material mediante um procedimento que vislumbre os princípios e regras constitucionais é necessário para promover os anseios sociais positivados na Constituição Federal. Para tanto, necessário que exista um respeito às normas constitucionais seja no momento de elaboração dos enunciados normativos infraconstitucionais, seja no discurso de aplicação destes.

Como bem pondera Candido Rangel Dinamarco: "*só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça*. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um

provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do *processo justo*, ou *processo équo*, que é composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e de resultados".

A necessidade de se promover a proteção dos direitos humanos, a irradiação dos valores constitucionalmente previstos em todo o ordenamento jurídico, a consequente extirpação de todo movimento de retrocesso e reducionismo dos direitos fundamentais (cláusula de proibição de retrocesso que vincula inclusive o Poder Constituinte, visto até pouco tempo como o detentor da absoluta liberdade) apresenta-se como o brado dos constitucionalistas e estudiosos do direito contemporâneo, que não mais admitirá um julgador de pedra, que os fenômenos jurídicos se apresentem sem uma pretensão de correção, menosprezando um conteúdo moral.

Certo é que o direito dos homens (posto pelos homens) sempre apresentou embate direto com as concepções jusnaturalistas , cuja fundamentação de legitimidade está centrada na essência humana, doutrina filosófico jurídica que sustenta a existência de normas de direito natural anteriores ao ordenamento jurídico histórico-temporal ou positivo.

Mesmo em Antígona, obra do dramaturgo helênico Sófocles, escrita quatro séculos antes do nascimento de Cristo, já se observava profunda discussão quanto ao embate prático entre direito natural e direito positivo . Discussões estas que permitiram construções teóricas que fundamentaram a desconstrução de todo o ordenamento jurídico nazifascista, o que culminou na condenação dos membros do partido nacional-socialista.

Percebe-se, portanto, que houve uma grande preocupação dos juristas em realizar uma (re)aproximação do direito à moral, realizando o devido controle do direito positivo a partir de um paradigma suprapositivo.

Da mesma forma, o direito à prova não poderá fugir à pretensão moral do direito, devendo haver um controle argumentativo-axiológico-racional dos enunciados que buscam extirpar as conquistas no âmbito do constitucionalismo.

Falar em um efetivo direito à prova é defender a manutenção de um Estado Democrático, legitimado a partir da participação discursiva e efetiva dos concernidos, que exigirá o não reconhecimento de atividades antidemocráticas, sob pena de promovermos um retrocesso, impedindo o direito de cumprir sua própria tarefa, que é de concretizar os direitos fundamentais contribuindo para a proteção e evolução da humanidade.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto alegre: Editora dos Advogados, 2011.
_____. **DERECHO INJUSTO, RETROATIVIDAD Y PRINCIPIO DA LEGALIDADE PENAL.** La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre lós homicídios cometidos por lós centinelas del Muro de Bérlin. Disponível em mail.ecdl2006.org/servlet/.../Doxa23_09.pdf. Acessado em 17 de set. 2012.

APEL, Karl-Otto. **Ética do discurso como ética da responsabilidade.** Cadernos de tradução n. 3 do departamento de Filosofia da USP. Tradução de Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros. 2009.

MATOS, Anditya Soares de Moura. **Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva: Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético.** In Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54.

BAIO, Lucas Seixas; CHARUR, Alan Ibn. **A pretensão à correção como parâmetro dogmático do ativismo judicial**. Primas Jurídico. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 173-194, jan/jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto, **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 17 de janeiro de 2013.
____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acessado em 15 de fevereiro de 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
_____. **Direito e Poder.** São Paulo/Editora Unesp. Trad. Nilson Moulin. 2007.
_____.**Teoria do Ordenamento Jurídico.** Brasília/Editora Universidade de Brasília. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1999.
_____.**Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo/Editora Edipro. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariana Bueno Sudatti. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988.
_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3417878/apelacao-civel-ac-1663087-df-tjdf >. Acesso em: 06 de março de 2013.
_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em < http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/TJSP/IT/APL_990092877062_SP_1266705762986.pdf>. Acesso em 03 de mar. de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: < http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7932047/apelacao-apl-990093303272-sp-tjsp>. Acesso em: 06 de março de 2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação Contra Legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. São Paulo: Renovar. 2005.
_____. **Teoria do Direito e Decisão Racional** – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro/Renovar. 2008.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo/RT. 2001. p. 93.
_____. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo/Revista dos Tribunais. 2010.

CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense S.A., 1997.

DURÃO. Aylton Barbieri. **O paradoxo da legitimidade a partir da legalidade segundo Habermas**. Ethic@. Florianópolis. v. 7. n.2, Dez. 2008.

GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen (o caso dos atiradores do muto) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy**: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral. Disponível em bdtd.unisinos.br/tde_busca/processaArquivo.php?codArquivo=345. Acesso em 17 de set. 2012.

GÜNTHER, Klaus. **Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de la argumentación jurídica**. Apresentação e tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo. Disponível em < http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10502/1/doxa17-18_11.pdf>. Acesso em 26 de fev. de 2013. p. 278-279.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2ª ed. Lisboa/ Fundação Calouste Gulbenkian. 1994.

HACKER, P. M. S. **Wittgenstein**. Tradução de João Virgílio Gallenari Cuter. São Paulo/Editora Unesp. 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.
MATOS, Andityas Soares de Moura. **Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva: Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético.** In Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, já./jun. 2009.

NEUMANN. Franz. **Estado democrático e estado autoritário**. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1969.

PADILHA, Norma Sueli Padilha. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; SOUZA, Tiago Clemente. **Sobre Hermenêutica, Direito e Literatura:** Itinerários filosóficos, políticos e jurídicos de Antígona. Artigo apresentado no XX Con, a ser publicado nos anais do evento.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo/Saraiva. 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Relator: Palma Bisson. São Paulo 19 de janeiro de 2006. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3066015&vlCaptcha=rpmmw. Acesso em: 19 de janeiro de 2013.

SÓFOCLES. **A Antígona**. Transcrição de Guilherme de Almeida. Petrópolis: Vozes. 1965.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIMIONATO, Manoelle Brasil Soldati. **Poder Judiciário:** o protagonista em destaque. Disponível em < http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1259587874.PDF>. Acesso em 13 de jan. de 2013. p. 3.

SOUZA, Tiago Clemente. Epistemologia do processo de conhecimento. In: **REGRAD UNIVEM.** Disponível em: http://revista.univem.edu.br/index.php/REGRAD/article/viewFile/261/284. Acesso em: 17 de ago. de 2012.

_____. RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Questões Introdutórias acerca da argumentação jurídica e dos critérios interpretativos para o julgamento dos *Hard Cases***. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0e01938fc48a2cfb. Acesso em 18 Dez. 2012.

STRECK. Lênio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica. Bauru/SP: Edite, v.40, n. 45, jan/jun 2006.

_____. **O que é isto –** decido conforme minha consciência? Porto Alegre/Livraria do Advogado. 2013.

_____. **O que é isto –** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre/Livraria do Advogado. 2013. p. 56.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo/Malheiros. 2005.

SILVA, Vírgilio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito** – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª Edição/2ª Tiragem. São Paulo/Malheiros. 2008.