

**PROVA MORALMENTE LEGÍTIMA NA BUSCA
PELA VERDADE DOS FATOS: UMA ANÁLISE DO
INSTITUTO SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

THE MORALLY LEGITIMATE PROOF IN SEARCH
FOR THE VERACITY OF FACTS: AN ANALYSIS OF
THE INSTITUTION FROM THE PERSPECTIVE OF
THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

PRUEBA MORALMENTE LEGÍTIMA EN BUSCA DE
LA VERDAD DE LOS HECHOS: UN ANÁLISIS DEL
ARTÍCULO EN LA PERSPECTIVA DEL ESTADO
DEMOCRÁTICO

*Mariana Ventura Ribeiro SILVA**

SUMÁRIO: Introdução; 1. O processo civil contemporâneo; 2. A prova como meio de obtenção da verdade dos fatos; 3. O conceito de prova moralmente legítima sob o prisma do Estado Democrático de Direito; 4. O juiz como destinatário da prova moralmente legítima: a ampliação dos poderes do magistrado; Conclusão, Referências bibliográficas.

RESUMO: Este trabalho objetiva colocar em evidência questões sobre a produção probatória e o papel dos sujeitos processuais na construção das decisões no Estado Democrático de Direito. Assim, buscou-se identificar, comentar e analisar elementos que permeiam o instituto da prova, principalmente no âmbito da prova moralmente legítima. A pesquisa objetivou, portanto, apontar o tratamento legal conferido à matéria e as implicações derivadas das escolhas feitas pelo legislador ao regulamentar o tema. Ademais, a pesquisa buscou assinalar o papel atribuído aos magistrados na construção do conceito de prova moralmente legítima e os seus

* Advogada graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático em parceria com *Ius Gentium Conimbrigae* – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Centro Universitário UNA, Betim, MG. Artigo submetido em 01/12/2014. Aprovado em 27/01/2015.

reflexos na produção probatória, verdadeira espinha dorsal do procedimento.

ABSTRACT: This work will highlight issues about proof production and the role of the parties to action in the decision making process of the Democratic State governed by the Rule of Law. Thus, it will identify, review and analyze elements related to the institution of proof, particularly the concept of the morally legitimate proof. The study aimed at examining the legal treatment given to the issue and the implications derived from the choices made by the legislators when regulating the theme. In addition, the research explored the role attributed to judges in the construction of the concept of morally legitimate proof and its effects on the proof production, which is the backbone of the procedure.

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo destacar las cuestiones relativas a la producción probatoria y el papel de los sujetos procesales en la construcción de decisiones en un estado democrático. Por lo tanto, hemos tratado de identificar, revisar y analizar los elementos que impregnan el Instituto de la prueba, en particular dentro de la prueba moralmente legítimo. La investigación tuvo como objetivo, por tanto, señalar el tratamiento legal dado a la materia y las consecuencias derivadas de decisiones tomadas por el legislador para regular el tema. Además, la investigación trató de señalar el papel asignado a los jueces en la construcción del concepto de prueba moralmente legítimo y sus reflejos en la producción probatoria, verdadera columna vertebral del procedimiento.

PALAVRAS-CHAVE: Paradigma. Estado Democrático de Direito. Prova. Instituto jurídico. Moral.

KEYWORDS: Paradigm. Democratic Rule of Law. Proof. Legal institution. Moral.

PALABRAS-CLAVE: Paradigma. Estado democrático. Prueba. Instituto Jurídico. Moral.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo registrar, comentar e analisar algumas questões jurídicas e sociológicas relevantes sobre o tema da produção probatória, especialmente no que concerne à prova moralmente legítima, expondo, assim, as questões apresentadas ao debate acadêmico da matéria.

Dessa forma, a fim de construir o raciocínio e permitir uma análise crítica dotema, primeiramente serão apresentados alguns relevantes aspectos sobre o direito processual civil no prisma do Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição da República de 1988, bem como delineado o marco teórico que orientou a elaboração do presente estudo.

Posteriormente, será realizado um exame sobre o conceito de prova e sua finalidade primordial. Também serão trazidas ao debate questões que envolvem obstáculos enfrentados no cumprimento da finalidade precípua da prova, qual seja: buscar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.

Ainda, serão trazidos à baila questões que envolvem a construção do conceito de prova moralmente legítima. Para tanto, serão destacados alguns aspectos sociológicos fundamentais à compreensão do que vem a ser moral e, conseqüentemente, da prova obtida sob o prisma da moralidade.

Por fim, será abordado o importante papel atribuído ao juiz na delicada tarefa de apreender a moral de toda uma sociedade e, a partir daí, determinar o que pode ou não ser entendido como prova idônea a comprovar a verdade dos fatos, ampliando, portanto, de forma significativa os poderes do juiz.

1 O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

A Constituição da República de 1988 foi responsável por instituir o Estado Democrático como pilar organizacional do Estado brasileiro, estabelecendo, já em seu preâmbulo, as bases em que seriam desenvolvidos/exercidos os poderes legislativo, executivo e judiciário. Confira-se:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

(BRASIL, 2013)

Do mesmo modo, o artigo primeiro daquele diploma legal também cuidou de definir que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito. Cite-se:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

(BRASIL, 2013)

Em verdade, na lição do Professor RONALDO BRÊTAS, o Estado
ARGUMENTA - UENP JACAREZINHO Nº 21 P. 203 – 219 2014

Democrático de Direito nada mais é do que um sistema jurídico-normativo; um complexo de ideias, princípios e regras juridicamente coordenadas, relacionados entre si por conexão lógico-formal:

Postas estas questões, acreditamos que paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídicos-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela Teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional.

(DIAS, 2010, p. 57)

Retira-se do trecho acima colacionado que o legislador constituinte acabou por estabelecer o Estado Democrático de Direito como o paradigma jurídico-institucional que, de forma principiológica e vinculante, rege toda a atividade jurídica. Em outras palavras, o paradigma adotado serve de norte tanto para a estruturação do sistema jurídico como para o exercício da atividade jurídica em si.

Em conformidade com o sistema jurídico-normativo instituído, a CR/88 ainda é expressa ao consignar que a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político servem de fundamentos do Estado. Ademais, também estabelece que é dever do Estado direcionar suas ações de modo a assegurar ao cidadão o exercício dos direitos fundamentais à liberdade, igualdade, propriedade, dentre outros.

Assim sendo, na democracia constitucional, o povo assume um papel de absoluto destaque, pois ele se apresenta como a única fonte de poder, figurando como destinatário, construtor e intérprete da norma. Por conseguinte, o próprio Direito somente será legitimado através da efetiva participação do povo nas decisões. Tal participação, contudo, somente poderá ser obtida através do processo, vez que esse pode ser compreendido como a instituição jurídico-constitucionalizada que se define pelo encontro dos princípios da ampla defesa, da isonomia e do contraditório.

Partindo desse pressuposto, o processo deixou de ser mero instrumento da jurisdição (concepção adotada pelo Código de Processo Civil de 1973) e passou a ser condição legitimadora da própria atividade jurisdicional. Nesse cenário, a validade/legitimidade da decisão prescinde da participação simétrica e efetiva de seus destinatários na obtenção do provimento final.

Dessa forma, o processo passa a ser visto como garantia constitucional capaz de implementar a própria democracia, essa entendida como a atuação dos destinatários da norma em sua criação. Mais do que isso, o processo

passa a servir como a instituição que legitima e operacionaliza o Direito ao permitir participação das partes que se vêm como co-autoras das normas.

Nesse enfoque, a antiga concepção de que o exercício da atividade jurisdicional e da própria cognição (análise/valoração de argumentos e provas) consistia em uma atividade exclusiva e solitária do juiz deve ser revista de modo que a obtenção do provimento reflita, necessariamente, a atuação de seus destinatários.

Isso porque, considerando-se que a cognição consiste na análise dos argumentos e provas instrumentalizadas nos autos pelas partes, é somente através de seu exercício compartilhado que a decisão democrática pode ser obtida. Portanto, se faz necessária a atuação simétrica de ambos os polos (ativo e passivo) do direito discutido, bem como do próprio juiz.

De fato, a decisão do magistrado encontra-se essencialmente vinculada ao exercício argumentativo-probatório das partes. Em última análise, a cognição não pertence exclusivamente ao juiz, mas sim a todos os envolvidos no procedimento, em especial àqueles que sofrerão os efeitos do provimento. Nas palavras de DHENISCRUZ MADEIRA:

Hodiernamente, a cognição jurisdicional não é atividade solitária de inteligência do magistrado, tampouco técnica a serviço do julgador, já que a valoração das provas, no Estado Democrático de Direito, também deve ser compartilhada em todas as fases procedimentais do processo cognitivo.

Quando se utiliza a expressão “compartilhada” quer-se dizer que a cognição não pode ter por base, unicamente, a razão do julgador. O exercício argumentativo-racional das partes vincula a atividade cognitiva do juiz. A cognição não pertence só ao juiz, mas também (e mais ainda), àqueles que sofrerão os efeitos do provimento.

(MADEIRA, 2012, p.118)

Essa nova concepção de processo trará significativos reflexos no exercício argumentativo das partes e nas provas a serem instrumentalizadas por elas, ou seja, essa importante mudança de paradigma refletirá no exercício da cognição e, em última análise, nos aspectos formais e materiais do provimento obtido.

2 A PROVA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DA VERDADE DOS FATOS

O instituto da prova transcende o âmbito do Direito, estando presente em diferentes manifestações da vida humana, principalmente no que diz respeito ao convívio social. Isso porque, toda decisão humana se baseia no convencimento obtido a partir da análise de diversas circunstâncias apreendidas através das provas.

No âmbito jurídico essa máxima não é diferente, eis que a prova é um dos pilares da cognição que, por sua vez, é fundamental na construção de decisões condizentes com as diretrizes adotadas pelo Estado Democrático de Direito, ou seja, aqueles em que há a participação compartilhada, isonômica e simétrica das partes e do próprio magistrado.

Na contemporaneidade, o instituto da prova figura como gênero, sendo a prova judiciária uma de suas espécies. Segundo lição de VINÍCIUS LOTT THIBAU (THIBAU, 2011), é possível dividir a prova em quatro tipos distintos: demonstrativa, experimental, histórica e judiciária.

A prova demonstrativa, que é “*das matemáticas e da lógica*” (THIBAU, 2011, p. 30), seria aquela prova que se refere a ideias e dados abstratos, consistindo em um exercício de raciocínio cujo objetivo é deduzir premissas baseadas em axiomas já provados.

A prova experimental, por sua vez, seria resultado de um número significativo de experiências que tendem a comprovar a veracidade de uma lei natural.

Já a prova histórica consiste na comprovação da existência de fatos históricos de modo a permitir ao historiador a reconstrução do passado. Tal prova se assemelha muito à prova judiciária, uma vez que em ambos os casos “*é preciso provar um facto concreto, que se situa no passado*” (THIBAU, 2011, p. 31).

Por fim, a prova judiciária se destina a persuadir o juiz acerca da existência de um fato pretérito que teve lugar em um passado mais ou menos próximo.

A fim de definir juridicamente a prova, a doutrina nacional e estrangeira comumente utiliza três acepções do instituto. A primeira delas seria a prova como atividade, ou seja, como uma atuação humana capaz de demonstrar fatos afirmados no procedimento. A segunda delas seria a prova como resultado juridicamente relevante, ou seja, provar seria constatar um fato tal como verdadeiramente ocorreu.

A prova também pode ser entendida como o meio pelo qual o sujeito exerce uma análise cognitiva sobre objeto juridicamente tutelável (terceira acepção). Esta análise é feita no intuito de compreender/interpretar determinado fato que possui relevância na relação processual, cumprindo, assim, a finalidade de fixar os fatos no processo. Em última análise, é a prova que possibilita a visibilidade da argumentação jurídica.

Em uma linguagem mais singela, a prova pode ser entendida como aquilo que é exibido para convencer. Como brilhantemente leciona o Professor ROSEMIRO PEREIRA LEAL, “*provar em Direito é representar e demonstrar, instrumentando, os elementos de prova pelos meios de prova*” (LEAL, 2005).

Para melhor compreensão da matéria, faz-se necessária uma breve diferenciação entre elementos, meios e instrumentos de prova. Os elementos de prova são os fatos ou circunstâncias em que residem a pretensão das partes, sendo, portanto, determinantes na formação do livre convencimento motivado do juiz.

Já os meios de prova consistem nas técnicas desenvolvidas para extrair a prova de sua fonte. Os meios de prova podem ser típicos como, por exemplo, a perícia, o testemunho e a inspeção judicial, ou atípicos, como é o caso da prova emprestada, da prova cibernética e da reconstituição dos fatos.

Por fim, os instrumentos de prova são os métodos utilizados para transpor nos autos os elementos de prova capturados pelos meios de prova. É o caso, por exemplo, da ata de audiência e do laudo pericial.

No contexto do Estado de Direito, o direito à prova é elevado à categoria de direito fundamental, derivado do direito ao contraditório e ao acesso à justiça, por possibilitar que as partes influenciem ativamente no desenvolvimento e no resultado da lide por meio da demonstração das alegações formuladas. Nas palavras de LUIZGUILHERME MARINONI:

Como adverte TROCKER, o objetivo central da garantia do contraditório não é a defesa entendida em sentido negativo, isto é, como oposição ou resistência ao agir alheio, mas sim a “influência”, entendida como Mitwirkungsbefugnis (Zeuner) ou Einwirkungsmöglichkeit (Baur), ou seja, como direito ou possibilidade de influir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado da demanda. De nada adianta, de fato, garantir uma participação que não possibilite o uso efetivo, por exemplo, dos meios necessários à demonstração das alegações. O direito à prova é resultado da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo.

(MARINONI, 1999, p. 258 e 259)

Mais do que isso, é a prova que possibilita a visibilidade da argumentação jurídica e influencia na própria capacidade de convencimento das alegações formuladas pelas partes ao longo do procedimento. Por assim ser, a prova exerce o importante papel de estruturar todo o procedimento.

Assim sendo, a efetividade do direito à prova é imprescindível à obtenção de uma tutela jurisdicional justa (assim entendida como aquela em que as partes se reconhecem/participam ativamente da decisão), uma vez que o exercício de tal direito concederá às partes a oportunidade de influir no convencimento do julgador ao permitir a demonstração dos fatos alegados.

Numa acepção pragmática (adotada pelo Código de Processo Civil vigente) o instituto jurídico da prova possui o objetivo primordial de comprovar a “verdade dos fatos”. Nesse seara, o art. 332 do CPC é expresso ao consignar que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos são hábeis a comprovar “a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa”.

Assim sendo, a atual legislação processual adota a teoria da verdade como correspondência, uma vez que “admitiria a existência da verdade independentemente de sua vinculação específica a uma crença mental

qualquer, portata por quem quer que seja” (THIBAU, 2011, P.37).

Ocorre que a própria compreensão do conceito de verdade apresenta diversas divergências, podendo ser apreendido como um saber absoluto (corrente filosófica), como uma crença (corrente psicológica), ou mesmo como correspondência com os fatos (corrente objetiva). Não há, portanto, um conceito fechado e acabado de verdade que pode ser atribuído como adotado pela comunidade acadêmica ou pela sociedade civil.

A compreensão de que a prova seria um meio/veículo hábil a comprovar a verdade dos fatos traduz a milenar obsessão humana pela busca da certeza e do justo. Todavia, essa busca esbarra em uma importante barreira, qual seja a controvertida aceitação de “verdade”. Nesse sentir, o professor ROSEMIRO PEREIRA LEAL pondera que:

*É mítica a assertiva de que a prova revela a verdade, como se fora um instrumento mágico de transposição do concreto em abstrato ou vice-versa. Afigura-se paradoxo incontornável falar em livre convencimento do juiz na apreciação da prova e persuasão racional como critério de convicção, porque a “ratio” nas democracias não é dos leitores da prova, mas das categorias lógicas do discurso legal popular.
(LEAL, 2005, p. 58)*

Ignorando a intangibilidade e a subjetividade que permeia a compreensão da “verdade”, o código processual estabelece em seu art. 339 o dever de todos colaborar com o poder judiciário no seu descobrimento, *in verbis*:

*Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.
(BRASIL, 2013)*

Em razão da sua finalidade (busca pela verdade dos fatos) e do importante papel que exerce na estruturação do procedimento, a produção da prova é norteada por alguns princípios processuais básicos, dentre eles destacam-se o princípio inquisitivo do juiz, o princípio da comunhão da prova, da proibição do uso de prova ilícita e o do livre convencimento motivado do magistrado.

Por princípio inquisitivo do juiz entende-se a faculdade do magistrado de determinar, de ofício, a produção de prova necessária ao esclarecimento de algum fato juridicamente relevante – iniciativa probatória do juiz. No atual ordenamento jurídico, predomina a noção de que ao juiz é dado amplo poder instrutório, qualquer que seja a natureza jurídica debatida, conforme inteligência do art. 130 do CPC. Cite-se:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte,
ARGUMENTA - UENP JACAREZINHO Nº 21 P. 203 – 219 2014

determinaras provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.
(BRASIL, 2013)

O princípio da comunhão da prova versa que, uma vez produzida, a prova se desvincula daquele que a realizou e é incorporada ao procedimento, podendo ser aproveitada por ambas as partes. Ao aderir ao processo, torna-se irrelevante a sua procedência, importando apenas a própria existência do elemento de prova.

A proibição do uso da prova ilícita é princípio positivado na Constituição da República (art. 5, LVI, CR/ 88) e configura direito fundamental do jurisdicionado: o não ver produzido contra si uma prova ilícita ou obtida ilicitamente. Dessa forma, as regras excludentes do direito à prova devem operar, principalmente, em momento preliminar à sua elaboração para evitar que material de conteúdo indigno se incorpore ao procedimento, mesmo que momentaneamente.

Por fim, o princípio do livre convencimento motivado estipula que o juiz é livre para decidir e apreciar as provas trazidas ao seu conhecimento, ponderando sobre sua adequação formal, qualidade e força probante. Entretanto, ao proferir sua decisão, é dever do julgador especificar as razões de sua convicção, ou seja, aclarar a consciência formada pela análise das provas (persuasão racional).

Não obstante o ordenamento jurídico fornecer alguns critérios objetivos para que a produção probatória viabilize uma aproximação da verdade real dos fatos, essa se mostra inatingível, eis que por mais precisa que a prova seja ela jamais poderá reproduzir com absoluta exatidão um evento pretérito.

Por conseguinte, a ideia de que seria possível alcançar a verdade material dos fatos pelo processo mostra-se, quando pouco, utópica. O mais plausível é considerar que o procedimento possibilita tão somente uma aproximação do real, porquanto oportuniza que as partes comprovem, através da dialética, a veracidade da sua argumentação.

Apesar da busca pela verdade dos fatos nortear toda a produção probatória, a sua obtenção não pode ocorrer de forma arbitrária ou desarrazoada. Com efeito, o próprio ordenamento jurídico é responsável por limitar o exercício do direito à prova ao vedar a utilização de meios ilícitos na sua apuração, sob pena de violação tanto de normas de natureza material quanto processual.

Nesse diapasão, o art. 5º, LVI da CR/ 88 dispõe serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, tornando inexistentes os elementos ou instrumentos de prova que não observam o devido processo legal em sua produção. Cita-se:

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

(...)

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;
(BRASIL, 2013)

A legislação processual prevê, ainda, a existência de alguns fatos que independem de prova. Nesses casos, a veracidade daquele fato em específico é presumida, seja em virtude de sua notoriedade (espera-se que o homem médio tenha conhecimento de determinado acontecimento), porque expressamente confessado pela parte contrária, seja porque admitido, no processo, como incontroverso ou porque milita presunção legal a seu favor.

Ao adotar a confissão como meio de prova idôneo a comprovar a verdade dos fatos, o legislador acabou mitigando o próprio conceito de verdade adotado pela legislação processual (Teoria da Correspondência), vez que a confissão nada mais é do que uma declaração unilateral de vontade da parte que, como sujeito do processo, possui diversos interesses envolvidos no deslinde do procedimento, o que compromete, por óbvio, a objetividade de suas declarações.

Apesar da ideia de se obter a verdade real dos fatos por meio do processo e mostrar ilusória em diversas ocasiões, não se pode negar que o legislador patriocuidou de fornecer ao magistrado e às partes alguns parâmetros objetivos para orientar essa busca de modo a viabilizar o proferimento de uma decisão baseada no mais próximo da verdade possível, fazendo com que as partes admitam aquela decisão como justa.

3 O CONCEITO DE PROVA MORALMENTE LEGÍTIMA SOB O PRISMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Código de Processo Civil (CPC) vigente estabelece, em seu artigo 332, que todos os meios lícitos, bem como os moralmente legítimos são hábeis a comprovar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa. Do mesmo modo, a CR/88 também estabelece que apenas os meios lícitos de prova podem ser utilizados na demonstração da veracidade dos fatos, já que a obtenção da prova ilícita é expressamente vedada.

Por meios lícitos de prova entendem-se aqueles que estão expressamente previstos tanto na legislação processual quanto nos demais instrumentos normativos integrantes do atual ordenamento jurídico. Assim sendo, a prova lícita seria aquela obtida em consonância com as normas de direito material e processual.

O próprio Código de Processo Civil traz em seu capítulo VI exemplos de meios de prova considerados lícitos, quais sejam: o depoimento pessoal da parte, a confissão, a exibição de documento ou coisa, os documentos, as testemunhas, a perícia e a inspeção judicial. Da mesma forma, o art. 212 do Código Civil de 2002 também explicita os meios de prova que podem ser utilizados para comprovar a existência de fato jurídico.

Por outro lado, o mesmo não se observa no conceito de prova moralmente legítima, uma vez que o legislador pátrio, intencionalmente ou não, deixou de estabelecer o que deve ser de fato entendido por este instituto. Trata-se, portanto, de conceito aberto e cuja interpretação compete aos operadores do Direito.

Deste modo, para que o conceito de prova moralmente legítima possa ser satisfatoriamente construído, primeiro é necessário que se entenda o que de fato vem a ser moral para, apenas posteriormente, estabelecer a legitimidade da prova obtida sob o prisma da moralidade.

A moral pode ser entendida como o conjunto de regras ou normas de conduta admitidas por uma sociedade. Em outras palavras, moral é o conjunto de regras adquiridas através da cultura, da educação, da tradição e do cotidiano que orientam o comportamento humano dentro de uma sociedade ou grupo de homens.

Para a filósofa MARILENA CHAUI, cada sociedade institui a sua própria moral, ou seja, valores como bem e mal, certo ou errado, permitido ou proibido que orientarão a conduta de todos os seus membros. Nesse sentido, confira-se excerto extraído da obra *Convite à Filosofia*:

Toda cultura e cada sociedade institui uma moral, isto é, valores concernentes ao bem e ao mal, ao permitido e ao proibido, e à conduta correta, válidos para todos os seus membros. Culturas e sociedades fortemente hierarquizadas e com diferenças muito profundas de castas ou de classes podem até mesmo possuir várias morais, cada uma delas referida aos valores de uma casta ou de uma classe social.
(CHAUI, 2000, p. 436 e 437)

Com efeito, a moral encontra-se tanto no campo abstrato, do dever ser, quanto no campo concreto, da ação. O campo do dever ser se verifica na medida em que a moral se traduz no conjunto de regras abstratas que norteiam a ação humana (o homem moral seria aquele que age em conformidade com as regras do grupo). Por outro lado, o campo da ação se verifica na medida em que o homem, ao agir, primeiramente aceita pessoalmente a norma. Em função disso, pode-se dizer que o homem é, ao mesmo tempo, herdeiro e criador da moral.

É exatamente por isso que os sentimentos, comportamentos e ações do homem moral são modelados pela cultura em que ele está inserido (família, religião, trabalho etc.). Dessa forma, a conduta do indivíduo espelhará os valores e maneiras adotados pela sociedade que o cerca, já que o sujeito é condicionado desde o seu nascimento a agir conforme a regra do grupo ao ser recompensado se segui-las e punido se transgredi-las. Mais uma vez, pontual a lição de MARILENA CHAUI:

Nossos sentimentos, nossas condutas, nossas ações e nossos
ARGUMENTA - UENP JACAREZINHO Nº 21 P. 203 – 219 2014

comportamentos são modelados pelas condições em que vivemos (família, classe e grupo social, escola, religião, trabalho, circunstâncias políticas, etc.). Somos formados pelos costumes de nossa sociedade, que nos educa para respeitarmos e reproduzirmos os valores propostos por ela como bons, portanto, como obrigações e deveres. Dessa maneira, valores e maneiras parecem existir por si e em si mesmos, parecem ser naturais e intemporais, fatos ou dados com os quais nos relacionamos desde o nosso nascimento: somos recompensados quando os seguimos, punidos quando os transgredimos.
(CHAUI, 2000, p. 437)

Partindo do pressuposto que a moral reflete o costume, a tradição e a educação de uma sociedade, tem-se como consectário lógico que a moral é passível de se transformar ao longo do tempo e conforme o grau de desenvolvimento, informação e amadurecimento daquela sociedade.

Por conseguinte, algo tido como proibido em determinado momento pode perfeitamente passar a ser permitido em outro.

É o caso, por exemplo, da concepção de mulher honesta. Há algumas décadas, seria considerada honesta a mulher que se dedicava aos afazeres do lar, que se comportava, vestia e falava de forma recatada e em conformidade com o discurso de seu tempo. Na lição de NELSON HUNGRIA, mulher honesta seria “*não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o mínimo de decência exigido pelos bons costumes*” (HUNGRIA, 1981, p. 139).

Após a revolução sexual, contudo, o conceito de mulher honesta modificou-se drasticamente, não mais correspondendo ao discurso adotado na década de 1940. Atualmente, considera-se honesta a mulher que age de acordo com as leis, que se insere no mercado de trabalho em busca de seus objetivos, que respeita o próximo e que age com lealdade e boa-fé em suas relações. Na contemporaneidade, não há diferenciação entre mulher honesta e homem honesto; serão considerados honestos aqueles indivíduos (homem ou mulher) que agirem de acordo com os valores da sua sociedade.

Essa importante mudança de paradigma, como não poderia deixar de ser, refletiu também na legislação. Isso porque, o antigo Código Penal de 1940 imputava como crime “*ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude*”, atribuindo para tal conduta a pena de reclusão de um a três anos. Caso o crime fosse praticado contra mulher virgem, a pena seria ainda mais severa – de dois a seis anos de reclusão, *in verbis*:

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude:

Pena – reclusão, de um a três anos

Parágrafo único – Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor

*de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos:
Pena – reclusão, de dois a seis anos
(BRASIL, 2013)*

No atual Código Penal a previsão legal acima citada foi alterada, considerando-se crime “*ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima*”, seja o sujeito passivo do crime homem ou mulher, retirando, portanto, o atributo “honesto” do tipo penal. Confira-se:

*Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.
Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.
(BRASIL, 2013)*

Dessa forma, por se tratar de um fenômeno social, figura-se temerário que a definição/apreensão do conceito de moral seja atributo de apenas um indivíduo. Por conseguinte, a definição do conceito de prova moralmente legítima não pode ficar a cargo apenas do julgador, já que, como todo ser humano, seu julgamento está imbuído de convicções pessoais e não representa, essencialmente, a visão do grupo.

Mais do que isso, considerando-se que a cognição deve ser exercida em conjunto pelas partes e pelo juiz, mostra-se razoável afirmar que a definição da prova moralmente legítima também deve passar, necessariamente, pelo crivo dos mesmos sujeitos. Ou seja, cabe tanto ao juiz quanto aos destinatários da norma definir se a prova produzida naquele procedimento pode ser aceita como válida e eficaz.

4 O JUIZ COMO DESTINATÁRIO DA PROVA MORALMENTE LEGÍTIMA: A AMPLIAÇÃO DOS PODERES DO MAGISTRADO

Todo direito subjetivo submetido à apreciação jurisdicional se origina de algum fato. À vista disso, o autor (ao propor a ação) e o réu (ao contestá-la), devem invocar os fatos com os quais pretendem justificar a sua pretensão ou resistência, respectivamente.

Assim, será a partir do exame dos fatos e dos argumentos jurídicos invocados pelas partes que a decisão de mérito será construída de forma compartilhada pelas partes e pelo juiz.

Contudo, segundo a visão instrumentalista do processo, o juiz seria o único destinatário da prova, cabendo a ele ponderar sobre a sua adequação e

pertinência. Nas palavras de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR “*a prova se destina a produzir acerteza ou convicção do julgador a respeito dos fatos litigiosos*” (THEODORO, 2002, p. 441).

Nesse mesmo sentido, o art. 335 do CPC, ampliando sobremaneira o poder instrutório do juiz, dispõe que na ausência de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece.

Tal previsão legal remonta aos três modelos de juízes concebidos pelo filósofo e jurista François Ost em Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juízes (OST, 1993). Naquela obra, ao descrever o desenvolvimento da profissão de magistratura ao longo dos anos, o autor belga criou três diferentes modelos de juízes que representam, respectivamente, o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Pós Moderno: o juiz Júpiter, o juiz Hércules e o juiz Hermes.

O juiz Júpiter seria aquele que analisa o Direito sob a ótica da lei. Dessa forma, seria um juiz que se expressa no imperativo e dá preferência aos comandos que possuem a natureza de proibição.

Já o juiz Hércules seria aquele que analisa o Direito sob a ótica da lei. Sendo assim, seria um juiz que se expressa no imperativo e dá preferência aos comandos que possuem a natureza de proibição.

Já o juiz Hércules seria aquele que está sempre atento às demandas sociais, um verdadeiro semi-deus capaz de resolver da melhor maneira possível os problemas que lhes são apresentados. Sendo assim, a lei e a jurisprudência perderiam grande parte de seu valor, pois sobressairiam as decisões tomadas pelo juiz que seria uma verdadeira autoridade.

Por fim, o modelo de juiz Hermes seria o mediador universal, em outras palavras, o grande comunicador. Assim, para esse juiz o Direito nada mais é do que uma combinação infinita de poderes, sendo que seus significados não se expressam em forma de código ou lei, mas sim na forma de um verdadeiro banco de dados.

Analisando as representações criadas por FRANÇOIS OST, é possível constatar que ao longo dos anos foi atribuído aos magistrados, em maior ou menor escala, um papel fundamental na sociedade: mediar e resolver conflitos.

Em função disso, a autora alemã INGEBORG MAUS afirma em seu texto “O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã” (MAUS, 2000) que o judiciário alemão, desde o período liberal, aumenta progressivamente suas funções, em um movimento que procura substituir a figura patriarcal desempenhada pela monarquia. Dessa forma, a autora acredita que o judiciário estaria assumindo o papel de “superego da sociedade”, ou seja, decensor moral da sociedade.

Apesar de INGEBORG MAUS tecer suas considerações acerca do judiciário alemão, não se pode ignorar que as referências feitas também se aplicam ao judiciário brasileiro. Isso porque, vemos cada vez mais o fortalecimento

dessa instituição, seja pela maior atribuição de poderes aos magistrados, seja pela força de suas decisões, como é o caso das súmulas vinculantes.

Ao definir o juiz como o principal destinatário da prova e ao lhe conceder poder instrutório, o legislador, de certo modo, adota a visão de juiz Hermes, ou seja, daquele indivíduo dotado de sabedoria, discernimento e capacidade tal que seria apto a sempre decidir da melhor forma possível as questões submetidas à sua apreciação.

Assim sendo, o legislador confiou de tal forma na capacidade decisória do juiz que deixou ao seu alvitre ponderar sobre questões relativas a um direito elevado à categoria de direito fundamental das partes e que se apresenta como a espinha dorsal do procedimento, permitindo ou proibindo a produção da prova considerando-o ele como moralmente legítima.

Ocorre que a sociedade brasileira constitui-se de diferentes credos, raças, classes sociais, compreensões políticas, etc., mostrando-se absolutamente temerário falar uma moral social única. Até mesmo porque o legislador constituinte definiu como dever primordial do Estado direcionar suas ações de modo a assegurar aos cidadãos, sem qualquer distinção, o exercício dos direitos fundamentais à liberdade, igualdade, propriedade, dentre outros.

Assim sendo, ao atribuiu a uma só pessoa a delicada tarefa de apreender o moral de toda uma sociedade, que se estrutura de forma cada vez mais complexa, plural e descentralizada, e, a partir daí, decidir o que pode ou não ser considerado o ônus a comprovar a verdade dos fatos, o legislador acabou possibilitando a ocorrência verdadeiras agressões à moral de alguns.

Ademais, está-se diante de uma perigosa ampliação dos poderes atribuídos ao juiz, colocando-o em uma posição de superioridade em relação às partes, o que é incompatível com a concepção de processo democrático e da própria sociedade teorizada pelo Estado Democrático de Direito.

Adotando uma visão mais moderada, FREDIE DIDIER JÚNIOR afirma ser o juízo principal destinatário da prova, mas considera as partes seus destinatários indiretos. Confira-se:

Tendo em vista que, como se fixou no item anterior, a finalidade da prova é convencer o juiz, pode-se dizer que ele, o juiz, é o seu principal destinatário: ele é que, precisa saber a verdade quanto aos fatos, para que possa decidir.

Embora seja o juiz o destinatário principal e direto, consideram-se as partes destinatários indiretos, pois elas também precisam se convencer da verdade, para que acolham a decisão.

(BRAGA; DIDIER JR., 2009, p 73)

De nada adianta o juiz admitir determinado acontecimento como verdadeiro se os principais interessados no provimento final não reconhecem aquele

mesmofato como verídico e, por conseguinte, a decisão pautada no mesmo como legítima.

Com efeito, a ponderação sobre a moralidade da prova deve ser feita de forma compartilhada pelas partes e pelo magistrado para que os seus destinatários reconheçam na decisão e a acatem, seja seu conteúdo material favorável ou desfavorável à sua pretensão.

CONCLUSÃO

O instituto jurídico da prova é de fundamental importância para a demonstração dos fatos em que se funda a pretensão das partes. Isso porque, essencialmente pela instrumentalização dos elementos de prova apreendidos pelos meios de prova, bem como pela argumentação jurídica que as partes poderão participar efetivamente da construção do provimento final.

Em razão do importante papel desenvolvido pelas provas no procedimento, a qual é alçada à categoria de direito fundamental das partes, é que a sua produção deve ocorrer em estrita consonância com os princípios do devido processo, do contraditório e da isonomia.

Também por esse motivo, é preciso bastante cautela na interpretação do art. 332 do CPC, o qual estabelece que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados na legislação processual, são hábeis a comprovar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.

Como defendido ao longo do presente trabalho, o conceito de prova moralmente legítima mostra-se demasiadamente aberto e subjetivo, dependendo, portanto, de um exercício hermenêutico para sua inteira compreensão e fixação de seus limites em uma acepção prática.

Isso se deve ao fato de a própria moral social ser de difícil percepção/captação, já que a moral pode ser entendida como conjunto de regras adquiridas através da cultura, da educação, da tradição e do cotidiano que orientam o comportamento humano dentro de uma sociedade.

Sendo assim, deixar a cargo do juiz a tarefa de estabelecer qual prova é moralmente legítima culmina em uma flagrante ampliação dos poderes do magistrado que, conseqüentemente, se coloca em uma posição de superioridade em relação às partes, o que não pode ser admitido no paradigma do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brasil. *Código Penal*. Brasília: Senado, 2013.

Brasil. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado, 2013.

Brasil. *Constituição da República*. Brasília: Senado, 2013.

BRAGA, Paula Sarno, DIDIER JR., Fredie e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil* Volume 2, Bahia: Podivm, 2009.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*, São Paulo: Editora Ática, 2000.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho, *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol.8, 5ª ed., Rio de Janeiro:Forense, 1981.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*, Belo Horizonte:Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática processual e reflexões jurídicas*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira, *Teoria Geral do Processo* – 6ª ed. São Paulo: IOBThomson, 2005.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento e Cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Novas linhas de processo civil*, São Paulo: Malheiros, 1999.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento* – vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e Prova no Direito Processual Democrático*, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Trad. Isabel Lifante Vidal. In: DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho [Publicaciones periódicas]. n. 14, Espanha: Universidad de Alicante, 1993.

