

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

**A ENUNCIÇÃO DE LICITUDE COMO MEIO DE PROVA NO
DIREITO BRASILEIRO**

Zamira de Assis

Belo Horizonte

2009

Zamira de Assis

**A ENUNCIÇÃO DE LICITUDE COMO MEIO DE PROVA NO
DIREITO BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal

Belo Horizonte

2009

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Assis, Zamira de

A848e Enunciação de licitude como meio de prova no direito brasileiro / Zamira de Assis. Belo Horizonte, 2010.

222f.

Orientador: Rosemiro Pereira Leal

Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito e fato. 2. Prova ilícita. 3. Devido processo legal. 4. Boa-fé. 5. Processo (Direito). I. Leal, Rosemiro Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340.132

Zamira de Assis

A Enunciação de Licitude como Meio De Prova no Direito Brasileiro

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Faculdade Mineira de Direito.

Belo Horizonte, 08 de Junho de 2009.

Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (orientador)

Prof. Dr. José Marcos Vieira (PUC Minas)

Prof. Dr. Vicente de Paula Maciel Jr. (PUC Minas)

Prof. Dr. André Ramos Tavares (PUC-SP)

Prof. Dr. Dimitri Dimoulis (FGV-SP)

Prof. Dr. André Cordeiro Leal (PUC Minas)

Prof. Dr. Alvaro Ricardo de Souza Cruz (PUC Minas)

A memória de minha mãe **Sinéria Figueiredo de Assis** e ao meu pai **Francisco de Assis**. Sem o incentivo de ambos as hesitações ante os desafios seriam paralisantes.

A Fernando Horta Tavares, que reinventou para o nosso amor o sentido da palavra “*vivência*”.

AGRADECIMENTOS

Registro meu agradecimento à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais pelo investimento que permitiu essa pesquisa. O Programa de Capacitação Docente institucionalizado e desenvolvido pela PUCMINAS dá efetivo cumprimento à sua missão de promover o desenvolvimento humano e social de alunos, professores e funcionários, contribuindo para a formação ética, solidária e de profissionais competentes humana e cientificamente, mediante a produção e disseminação do conhecimento.

Eu devo agradecimento a um número tão grande de pessoas, e seria tão imperdoável esquecer o nome de qualquer um deles que prefiro não nominá-los. Mas sei que eles se reconhecerão no registro que aqui faço da felicidade que tenho de estar cercada de pessoas tão carinhosas e atenciosas para comigo. Uma pesquisa científica exige uma certa reclusão, e minha família e amigos respeitaram isso de forma muito digna, mas deixando bem claro que minha ausência era significativa me fez sentir muito amada por eles. No meu convívio acadêmico meus colegas professores disponibilizaram suas bibliotecas, dialogaram comigo sobre o tema, se interessaram pelo andamento do trabalho e acompanharam o resultado das fases de pré-exame que antecedem a banca final de defesa. Esse carinho foi demonstrado também pelas amigas e amigos da secretaria da Faculdade Mineira de Direito. A demonstração desse interesse foi de grande valia e eu espero de algum modo poder retribuir a todos.

Tenho enfim que registrar o nome de dois juristas em especial. O Professor e processualista Fernando Horta Tavares pelos comentários críticos e sempre precisos, cuidadosos e pontuais durante toda a pesquisa.

Ao orientador Professor Rosemiro Pereira Leal que transforma as noções de pesquisa e orientação em investigação e instigação. As aulas ministradas no Programa de Pós-Graduação que tivemos a honra de acompanhar por vários semestres, são rigorosos testes de falibilidade as nossas pretensas certezas. Deve ser registrado ainda que a Teoria Neo-Institucionalista do PROCESSO oferece ao esclarecimento epistemológico e científico do Direito, e as teses sustentadas pelo eminente professor e jurista oferecem à concretização do Estado de Direito Democrático no Brasil pelo PROCESSO muito mais do que as limitações da autora conseguiriam explicitar neste trabalho, razão da profunda admiração desta aluna ao Professor e Orientador por respeitar nossos esforços e incentivar generosamente a pesquisa.

“Amanhã saberei”

G. Bachelard

RESUMO

Desde os primeiros estudos de Direito Processual no Brasil, o Processo assumiu o *standard* de pacificação de conflitos e realização da paz social. Essa proposta atravessou os diversos contextos de totalitarismo e concentração de poder político e econômico que o país enfrentou (e ainda enfrenta), com o mesmo arcabouço teórico que fez do processo mais um instrumento de operacionalização do autoritarismo pela *pena* do decisor. Na conturbada e ainda incerta passagem do Estado Liberal para o Estado Social, essa solução de continuidade é interrompida pela promulgação da Constituição Federal de 1988 que passa a garantir o **Devido Processo Legal** num Estado Democrático de Direito. Com esse novo paradigma constitucional o PROCESSO só pode ser concebido por intermédio de uma teoria onde a decisão jurídica (legislativa, judicial e administrativo-executiva) seja encaminhada num espaço-tempo procedimental processualizado sem o qual não terá legitimidade (a teoria Neo-Institucionalista do Processo). A enunciação de *licitude* proposta neste trabalho tem esse encaminhamento teórico e visa demonstrar a incompatibilidade, no Direito Democrático, da imposição de padrões de conduta juridicamente permitidos, proibidos ou devidos por meio de cláusulas abertas e conceitos gerais indeterminados, conferindo ao direito praticado conteúdos impermeáveis a fiscalidade processual. Nesse contexto, a inadmissibilidade de utilização de *meios ilícitos* tem seus fundamentos na ausência de observância irrestrita do *devido processo* na admissão e produção da prova.

ABSTRACT

Since the first studies in Brazil of Procedural Law, the process assumed a standard of conflict resolution and social peace achievement. This proposition crossed many contexts of totalitarianism and concentration of political and economical power that the country had confronted (and still confronts) with the same theoretical structure that made process another operational instrument for the authoritative decider's pen, pity and penalty. On the disturbed and still uncertain passing from the Liberal State to the Welfare State this solution of continuity is interrupted by the promulgation of the 1988 Federal Constitution that guarantees the Due Process of Law in the Democratic State of Law. With this new constitutional paradigm process can only be conceived through a theory where a decree (legislative, judicial and executive administration) is oriented in a procedural time-space of process without which that would be no legitimacy (the neo-institutionalist theory of process). The enunciation of legality proposed in this work has a theoretical direction and intents to demonstrate a incompatibility, in Democratic Law, on the standard imposition of legal conduct, allowed, forbidden or due to open articles and undetermined general concepts that acknowledge to practiced law contents uncrossable at the inspect of process on the Democratic State of Law. The inadmissibility of obtained proof by the torty usings in this context has its foundations on the absence of irrestrict observance of the *due process of law* in the acceptance and produce of evidence.

RESUMEN

Desde los primeros estudios del Derecho Procesal en el Brasil, el Proceso asumió el *estandarte* (standart) de la pacificación de los conflictos y realización de la paz social. Esa propuesta atravesó los distintos contextos del totalitarismo y de la concentración del poder público y económico que pasó (y aún pasa) el país, con el mismo carácter teórico que hizo del proceso uno a más instrumento de operacionalización del autoritarismo por la *pena* del decisor. En la turbada y aún incierta pasaje del Estado Liberal al Estado Social, esta solución de continuidad es interrumpida por la promulgación de la Constitución Federal de 1988 que pasa a garantizar el Debido Proceso Legal en un Estado Democrático de Derecho. Con este nuevo paradigma el PROCESO solo puede ser concebido por intermedio de una teoría donde la decisión jurídica (legislativa, judicial y administrativo-ejecutiva) sea encaminada en un espacio-tiempo procedimental procesualizado sin lo cual no tendrá legitimidad (la teoría Neo-institucionalista del Proceso). La enunciación de la licitud que se propone en este trabajo tiene este encaminamiento teórico y visa demostrar la incompatibilidad, en el Derecho Democrático, de la imposición de los padrones de la conducta jurídicamente consentida, prohibida ó debida a través de las cláusulas abiertas y conceptos generales indeterminados, conferiendo al derecho practicado contenidos impermeables a la fiscalidad procesal. En este contexto, la inadmisión de los medios ilícitos tiene sus fundamentos en la ausencia de la observación irrestricta del debido proceso en la admisión y producción de la prueba.

SUMÁRIO

FOLHA DE APROVAÇÃO	III
DEDICATÓRIA.....	IV
AGRADECIMENTOS.....	V
EPÍGRAFE.....	VI
RESUMO.....	VII
ABSTRACT.....	VIII
RESUMEN.....	IX
SUMÁRIO	X
INTRODUÇÃO	13
1 ENUNCIÇÃO DE LICITUDE NA TEORIA DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO	18
1.1 O Fato Jurídico	22
1.2 O Fato Jurídico e Seus Desdobramentos no Direito Romano	25
1.3 O Fato Jurídico e seus desdobramentos no Direito Civil Francês	36
1.4 O Fato Jurídico e seus desdobramentos no Direito Civil Brasileiro	41
1.4.1 O <i>Ilícito como desdobramento do fato jurídico</i>	49
1.5. O Direito Pré-suposto	70
1.5.1 A <i>Teoria Pura do Direito e a Ilicitude como Pressuposto do Direito</i>	71
<u>1.5.1.1 Contraponto: A Teoria Neo-Institucionalista do Processo e a Teoria Pura do Direito</u>	79
1.5.2 A <i>Tridimensionalidade e o Direito Como Experiência</i>	86
1.5.3 A <i>Antijuridicidade Concreta</i>	102

1.6 A Teoria Processual da Decisão Jurídica (neo-institucionalista) e a crítica a Antijuridicidade Concreta	116
<i>1.6.1 Ato Ilícito e Ilicitude</i>	<i>119</i>
1.7 Ilicitude e Antijuridicidade	123
2 ENUNCIACÃO DE LICITUDE NA TEORIA DO PROCESSO NO DIREITO BRASILEIRO	131
2.1 Direito Privado como matriz do Processo e primeiras idéias para um Direito Processual	138
2.2 O Processo como Relação Jurídica	146
2.3 O Processo como Espécie do Gênero Procedimento	157
2.4 O PROCESSO na Teoria Neo-Institucionalista do Processo	164
2.5 O Ilícito “processual”	167
3 ENUNCIACÃO DE LICITUDE NA TEORIA DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	177
3.1 Fases da Atividade Probatória	179
3.2 A Prova Ilícita – colocação do problema	190
3.3 O Ato Jurídico Processual e a Atividade Probatória	193
3.4 Irregularidade na prática do Ato Jurídico Processual Probatório e consequências	199
3.5 Meios Moralmente Ilegítimos	201
3.6 Obtenção da Prova por Meios Ilícitos	203
CONCLUSÃO	208
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	210

INTRODUÇÃO

Expressões como *lícito*, *ilícito*, *moral*, *proibido*, *vedado* são termos centrais e frequentemente empregados em todas as reflexões sobre o agir humano. Em direito, as palavras **lícito** e **ilícito** assim como *boa-fé* e *bons costumes* entre outras, são empregadas com frequência tão extraordinária que mal nos damos conta do grau de introjeção de critérios morais que são agregados às normas jurídicas sem que tenham sido antes submetidas a uma argumentação racional, e principalmente processualizada.

Em especial no Código Civil Brasileiro encontramos a expressão **ilícito** adjetivando de *atos a objeto*, de *serviços a lucros*, de *motivos* e finalidades até *relações ilícitas* e, em diversas normas, essas classes de condutas e situações são conjugadas com as expressões *boa-fé*, *moral* e *bons costumes*. O *ilícito* assim atrelado às reflexões morais é ordinariamente associado ao **injusto**. Por outro lado, o vocábulo *lícito* é empregado nos textos legais como indicativo de condutas permitidas, frequentemente relacionado ao termo *legítimo e legal* e não à idéia de *justo*. A imprecisão e péssima técnica legislativa, num dos muitos equívocos terminológicos que comete, utiliza ainda *indistintamente* as categorias **ilícito** e **ilegítimo**.

As abordagens acerca do tema partem de uma pré-compreensão da *ilicitude* como **valor** e como tal é tratada sempre vinculada a uma determinada classe de condutas, de situações e de objetos, o que revela a falta de distinção conceitual entre o que é *ilícito, injusto, ou imoral*. Demonstração disso é que grande parte das obras publicadas com referência ao tema da **ilicitude**, são invariavelmente focadas para um determinado instituto jurídico, assim: as provas ilícitas, o ilícito indenizante, o ilícito penal, o ilícito tributário, e assim por diante.

Em Direito Privado a expressão **ilícito** encontra grande destaque no instituto da responsabilidade civil, ou seja, a obrigação de reparação de danos; entretanto, um olhar mais atento às origens da responsabilidade civil por danos revela que a **ilicitude** está conectada ao gênero **dever**, e não somente às espécies de fatos jurídicos que dão origem à **obrigação**.

A remodelação dos fundamentos das **obrigações** ao longo dos séculos, desde o direito romano do *Corpus iures civilis*, fez agregar ao termo os conteúdos de ordem moral como a boa fé e os bons costumes, fazendo com que ao **ilícito** se aderissem valorações advindas de outras ordens de reflexões funcionando como *a priori* das reflexões jurídicas, revelando um ordenamento jurídico com acento na sanção.

Despertados pelo variado grau de significância que o vocábulo **ilícito** alcança lançamos a proposta de perquirir acerca da existência de parâmetros

constitucionais balizadores da verificação de **ilicitude** dos meios de obtenção da prova, que reflitam na ressemantização das leis processuais vigentes para sua adequação aos direitos e garantias constitucionais inerentes às bases de Direito Democrático do PROCESSO.

A enunciação indicada pelo tema partiu da observabilidade das diretrizes normativas referentes à **ilicitude** fixadas no ordenamento jurídico brasileiro e das teorias que sustentam sua relevância, tendo como enunciado básico para o requisito de falseabilidade a instituição do Estado Democrático de Direito no Brasil a partir da Constituição Brasileira de 1988 na concepção que lhe dá a Teoria Neo-Institucionalista do Processo.

Assim, o trabalho foi estruturado em três capítulos temáticos visando a enunciação de **licitude** pelas diversas significâncias que a **ilicitude** assume no ordenamento jurídico brasileiro: *i*) a enunciação da licitude na teoria do direito privado; *ii*) a enunciação da licitude na teoria do processo e *iii*) a enunciação da licitude na teoria da prova.

No primeiro capítulo procedemos a uma abordagem histórico-dogmática do Fato Jurídico e seus desdobramentos no Direito Romano não apenas por sua função matriciadora do Direito Privado Brasileiro, mas principalmente pela constatação da incrível permanência de aspectos fundamentais deste instituto no direito vigente. Fizemos também, ainda que de forma superficial, incursão direta

na regulamentação do Ato Jurídico no Direito Civil Francês e indireta no Direito Privado Alemão, em razão da forte influência das primeiras codificações surgidas nestes países na construção do Código Civil Brasileiro, seja o primeiro de 1916, seja o atual promulgado em 2002.

No segundo capítulo buscamos enunciar a **licitude** na teoria do processo investigando as teorias que assinalaram o momento em que o Direito Processual Civil se desvinculou do Direito Privado criando institutos próprios; fixamos o contraponto com a distinção fazzalariana entre Processo e procedimento e a seguinte elaboração da Teoria Neo-Institucionalista do Processo para com essas premissas abordar o denominado **ilícito** processual.

As investigações precedentes encaminharam a construção do derradeiro capítulo intitulado Enunciação de Licitude na Teoria da Prova no Direito Processual Civil Brasileiro. A denominada “prova ilícita” recebe na doutrina pátria e estrangeira as mais diversas e muitas vezes contraditórias configurações e sistematizações, o que pode ser tributado a grande dificuldade de configuração do próprio **ilícito**. Como referido no início desta introdução, ao emprego do vocábulo foram agregados sentidos ético-morais e não apenas jurídicos, o que induz ao perigoso equívoco de se ampliar o alcance do significado de **ilícito** permitindo, muitas vezes, o aproveitamento da prova obtida por meio ilícito no

balanceamento de valores morais jungidos a finalidades meta-jurídicas do “processo” violando as bases constitucionais do Devido Processo Legal.

A Teoria Neo-Institucionalista do Processo foi o marco teórico empregado em todas as reflexões enucleadas na pesquisa, de forma que a enunciação da **licitude** aqui exposta está orientada pela compreensão do PROCESSO como “conjunto de institutos de direito fundamental constitucionalizado (*ampla defesa, contraditório, isonomia, direito ao advogado, gratuidade da atividade jurisdicional*) regente da construção estruturante (*relação espaço-temporal normativa, não entre pessoas*) dos procedimentos. (Rosemiro)” (LEAL, 2008:288).

1 ENUNCIÇÃO DE LICITUDE NA TEORIA DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Ao buscarmos elementos de instituição, constituição e validade da *licitude* na Teoria do Direito Privado na literatura jurídica brasileira, verificamos que as reflexões sobre essa categoria jurídica se concentram nos estudos dos fatos jurídicos e das fontes do direito.

A estrutura e a sistematização desses dois institutos (fatos jurídicos e fontes do direito) são apresentados nas obras e nos manuais de introdução ao direito, como também são abordados nas obras de instituições, compêndios, manuais e cursos de Direito Civil.

Em geral, as obras de introdução ao direito se permitem uma abordagem multidisciplinar para situar o direito em contextos histórico, sociológico e filosófico. As obras de Direito Civil por sua vez, de acordo com a opção teórica e metodológica de seu autor, apresentam uma análise dogmática dos diversos componentes do fenômeno jurídico. O **que é lícito** e o **que é ilícito**, entretanto, já surge dotado de sentidos, razão pela qual não há a preocupação de estabelecer qual *é* ou *como* se forma o seu conteúdo, o que concede ao vocábulo um emprego bastante flexível.

Referindo-se a palavra “direito”, acentua Dimoulis que sua “*alta carga valorativa*” faz com que muitos pretendam “[...] *se apropriar do termo, atribuindo-lhe o significado que consideram melhor para conquistar a chancela da autoridade e da obrigatoriedade a favor de suas reivindicações e crenças*”, (2006:35), podendo-se dizer o mesmo do termo **ilícito**.

Tanto é assim que nos textos de lei os vocábulos **lícito e ilícito** são empregados para indicar aquilo que é permitido ou proibido como também aquilo que é *justo*, ou ainda aquilo que é conforme ou contrário à moral e aos bons costumes, o que alarga sensivelmente o alcance do termo¹.

Já as instituições, compêndios e manuais de Direito Civil não prescindem de uma apresentação ou contextualização do fenômeno jurídico no âmbito do direito privado, daí ao **lícito** ser dada uma primeira configuração na Introdução ao Direito Civil no estudo das fontes do direito onde cada autor, apresentando a opção teórica de sua preferência, atribui legitimidade a mais de uma fonte de decisão de **licitudes e ilicitudes** no sentido de permissão e proibição de condutas e, num segundo momento, no estudo dos fatos jurídicos, o **ilícito** assim já categorizado, aparece quase inevitavelmente atrelado ao **ilícito** indenizante, mas também servindo para indicar padrões morais de conduta.

¹ Compare-se, por exemplo os sentido do vocábulo **lícito** nos seguintes dispositivos do Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002): Art. 166 *É nulo o negócio jurídico quando: III o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito*. A motivação do negócio jurídico é ordinariamente analisada no terreno da atividade volitiva do agente (GOMES, 1999:273). Art.366 *É lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas*. A licitude aqui indica permissão.

Essas construções vão irradiar inesclarecidas **licitudes** e **ilicitudes** ora para indicar permissões ora vedações expressas de conduta, ora para fundamentar decisões *justas*, ora para indicar *valorações* de conduta cujo conceito não é determinado em lei, baseando-se em preceitos de ordem moral.

Isso se passa dessa forma porque o Código Civil, ainda nos dias hoje, é compreendido como uma lei básica das relações privadas contendo as categorias fundamentais e gerais que vão orientar as demais temáticas jurídicas, fato que remonta à sistematização dos institutos jurídicos na Europa a partir do *studium civile* em Bolonha e França nas últimas décadas do século XI (WIEACKER, 1967:35), cuja opção metodológica pela construção de “*um sistema coerente e sintático, permanece de pé até ao nosso tempo*” na precisa observação de Hespanha (1998:129). Pode-se ainda apontar que as demais disciplinas jurídicas ganharam especialização e cientificidade, após e a partir do amadurecimento das categorias jurídicas do Direito Civil.

Wieacker (1967:54) informa que os glosadores de Bolonha se apropriaram completamente da problemática global do *Corpus Iuris*, construindo um arcabouço de regras e princípios que formaram a primeira dogmática jurídica. À fundação da ciência jurídica na Itália do norte seguiu-se, ainda no século XII, a criação do *studium civile* na França Meridional e central em intercâmbio e concorrência com os juristas Italianos.

Embora as codificações tenham se iniciado alguns séculos depois e em contexto sócio-político diverso daquele no qual a escola de Bolonha se iniciou², a sistematização feita e as categorias jurídicas nela erigidas não foram abandonadas, antes, têm impressionante continuidade (HESPANHA, 1998).

A codificação do Direito Civil Brasileiro é tributária dos estudos do direito e da filosofia européias, recebendo influência do Código Civil Alemão e do Código Civil Francês³ que por sua vez, concentra nos estudos dos princípios da responsabilidade civil os contornos do ato **ilícito** ainda sob a nomenclatura *Des délits et des quasi-délits*.

É, portanto, nos estudos dos Fatos Jurídicos que vamos buscar os subsídios iniciais para enunciação de **licitude** como meio de prova no direito brasileiro, iniciando nosso percurso pelo Direito Privado desde o Direito Romano até o vigente Código Civil em suas disposições normativas e sua opção teórica.

1.1 O Fato Jurídico

² O Burgerliches Gesetzbuch ou BGB na Alemanha (1896) “foi elaborado num momento de progressiva revolução industrial, que faz da liberdade de contrato e de associação meios de estabelecimento do poder social e econômico” (WIEACKER, 1965:549); o Código Civil Francês (1804) apelidado Código de Napoleão, é elaborado no auge das alterações revolucionárias dos quadros social e político do país em face do *Ancien Régime*, refletindo o liberalismo e o individualismo da época.

³ Sobre a influência do BGB na elaboração do Código Civil Brasileiro, escreve Wieacker, referindo-se ao “projeto Bevilacqua” que “as influências limitam-se à adoção de 62 (num total de 1807) parágrafos. Dos outros códigos civis europeus, influenciaram-no sobretudo o Code Civil e o Código Civil Português (pertencente a esta família jurídica). Os direitos patrimoniais basearam-se largamente no direito consuetudinário luso-americano e nas leis dos Estados federados” (WIEACKER, 1967:557, n.47).

O fato e o fato jurídico são categorias de interesse das várias temáticas do direito – “*Ex facto oritur jus*” diz o brocardo jurídico. O que hoje consideramos “**ato ilícito**” como desdobramento do “fato jurídico”, causador de um dano que dará origem a obrigação de indenizar, os Romanos consideravam como “**delito**” que se divide em *a)* delito público e *b)* delito privado.

A principal distinção entre o delito público e o delito privado consistia na forma de punição. Conforme Moreira (2002b: 222), o “Estado” Romano punia os autores dos delitos públicos com pena pública imposta por tribunais especiais, como as *Quaestiones Perpetuae*, e que consistia na morte ou na imposição de castigos corporais ou em multa que revertia em favor do Estado.

A punição do delito privado, considerado como uma ofensa feita à pessoa ou aos seus bens, até a *Lex Poetelia Papiria* não se distinguia da punição dos delitos públicos, exceto pelo fato de que nos delitos privados a aplicação da punição dependia da iniciativa da própria vítima através de uma *actio*.

René David esclarece que, em todos os países da família romano-germânica, a ciência jurídica agrupa as regras do direito nas duas grandes categorias - Direito Público e Direito Privado – e com as mesmas sub-categorias: Direito Civil, Direito Penal, Direito Administrativo, Direito do Trabalho, mas o Direito Romano não separava tão minuciosamente essas categorias jurídicas, o que só se

passou a fazer a partir dos séculos XIX e XX com os estudos desenvolvidos nas universidades (DAVID, 1996:71).

Afirma esse mesmo autor que, em todos os direitos de família romano-germânicas, o direito das obrigações constitui uma categoria fundamental pois é onde se estuda em que condições uma **obrigação** pode nascer, a que regime está submetida, quais são as consequências da sua não execução, enfim, como pode transformar-se ou desaparecer.

Admite-se de modo geral que o estado de **obrigado** surgiu da reação do prejudicado à prática de um ato danoso, o que hoje concebemos como **ato ilícito**, que evoluiu de um sistema de vingança privada dos povos arcaicos para o sistema da composição legal já no direito romano clássico. O estado de *obligado contractual* surge quando o sistema de transferência de bens deixou de ser imediato (MAZZEAUD e MAZZEAUD *et al*, 1997:51) e, quando o Direito Romano passa a admitir o consensualismo na formação das obrigações contratuais, o inadimplemento dessa obrigação passa a ser concebido também como **ilícito**, ao lado da prática de um ato causador de danos. Como segundo apuramos, o consensualismo adentrou o direito pelo viés escolástico cristão da boa-fé, a conduta contrária ao direito ganhou também fundamentos ético-morais.

A **obrigação**⁴ pessoal tem assim especial relação com a **ilicitude** pela sua ligação com a idéia de responsabilidade e as diversas conotações de ordem ética e moral que ela recebeu através dos anos nos diversos ordenamentos jurídicos.

A importância prática do estudo das obrigações, sua ligação direta com a circulação de bens e riquezas, resultou num elevado grau de perfeição técnica o qual serviu de ponto de partida para elaboração das demais especialidades temáticas do direito que foram surgindo ao longo do tempo. É, pois, no Direito Civil, em especial no Direito Obrigacional que o estudo do fato jurídico adquire relevo de forma e conteúdo que vão se difundir nas demais áreas de acordo com as suas especificidades penal, administrativa, do trabalho, como assinala René David:

O direito das obrigações, nos direitos da família romano-germânica, é considerado como a parte central do direito civil que, por sua vez, desempenhou o papel de uma disciplina de base, sobre a qual se modelaram os outros ramos do direito, notadamente o administrativo e o do trabalho (DAVID, 1996:73)

⁴ Essa “obrigação pessoal” no âmbito dos negócios jurídicos patrimoniais constitui apenas uma espécie do gênero **dever**, *categoria que dirige o agir segundo uma ordem racional ou uma norma* (ABBAGNANO:1998). O **dever** fundamenta a própria obrigação em todos os âmbitos das relações interpessoais. Dos estóicos a Kant e deste a Popper, a questão do dever suscita o problema do alcance da ação do Estado no móvel que impulsiona a ação. Em torno da sua concepção se encontra mais de uma ordem de preceitos reguladores da conduta dos indivíduos formando elos que poderão permitir a introdução de preceitos morais no âmbito da legalidade, provocando a corrupção da normatividade jurídica do **ilícito** como ato contrário ao direito.

As obrigações correspondem àquela parcela do direito privado, denominado direito pessoal que disciplinam as ações, relações e inter-relações das pessoas na sociedade, na promoção da circulação de bens e serviços, e à satisfação de direitos e interesses patrimoniais.

Quando se cogita da definição e das fontes das obrigações é inarredável a necessidade de se reportar ao Direito Romano, seja por ser considerada a obra prima legada pelos Romanos (PEREIRA, 2004:4)⁵, seja pela adoção de sua estruturação como base das duas principais codificações do século XIX, a francesa e a alemã, nesta última de forma mais profunda, sendo neste contexto que a categoria jurídica do **ilícito** alcançará elementos para esboço de um desenvolvimento teórico.

1.2 O Fato Jurídico e Seus Desdobramentos no Direito Romano

O Direito Romano escrito no *Corpus Iuris Civilis*⁶, como se lê do § 1. do Digesta, não era a fonte de decisão de *licitude* ou *ilicitude*; essa decisão era

⁵ É emblemática a atribuição de grandeza e perfeição ao Direito Romano que faz a quase totalidade dos civilistas antigos e contemporâneos. Essa homenagem, entretanto, e como se pretende demonstrar ao longo desse trabalho, atrai consequências perniciosas para o conhecimento objetivo do direito. A propósito, Hespanha (1998:72), identifica essa reverência à idéia de que existem padrões universais de justiça na regulação das relações humanas, o que por sua vez resulta na ideia de existência de uma natureza humana transtemporal e transcultural. Dimoulis (2006:19-43) atenta para a complexidade das pretensões de universalidade na elaboração de uma Teoria do Direito.

⁶ A sistematização conformada no *Corpus Iures Civilis* irradiou-se na construção de diversas ordens normativas nos séculos seguintes, embora tenha nascido num período de decadência política e intelectual e

avocada ao Imperador e às autoridades eclesiásticas a quem competia o conhecimento do bom e do equitativo, a separação do justo e do injusto e, pois, a distinção do **lícito** e do **ilícito**. Note-se que aqui não estamos fazendo nenhuma distinção dessas categorias como pertencendo a campos distintos do pensar ou do agir humano: jurídico, moral ou ético. Acontece que nesse período conviviam diversas ordens “jurídicas” – o direito comum temporal (basicamente o direito romano) e o direito canônico (direito comum em matérias espirituais) (Hespanha, 1998:92)⁷.

Foi a difusão do Cristianismo na Europa Medieval que provocou a transformação do pensamento filosófico então vigente, consistindo sobretudo numa conciliação da filosofia e da teologia com reflexos diretos no modo de conceber a autoridade (POUND, 1965:18). As formas de lei nessa fase de Roma

de regressão econômica, num Império dividido em Ocidente e Oriente (GILLISSEN, 2001:91). A sobrevivência do Império Romano Oriental foi profícua na construção de toda uma filosofia do direito refletidas no *Corpus Iures Civile*, que se irradiaria mais tarde por toda a Europa (DELIUS *et all*, 2001: p.20). Composto de quatro livros: *as Institutas*, o *Digesto* ou *Pandectas*, o *Codex repetitae praelectionis* e *Novelas* não chegaram até as civilizações modernas com pureza de forma e conteúdo, tendo-se notícia de que para sua aplicação prática, compiladores da época procederam a substituições, supressões ou acréscimos nos fragmentos dos juristas clássicos, alterações que se denominaram *Interpolações* (MOREIRA, 2002:51-vol. I). Foi assim, já adulterado de sua forma original, que apenas alguns fragmentos chegaram aos glosadores do século XII e, destes para nossos tempos, de forma que estamos longe de ter por base um acervo genuíno.

⁷ Gilissen (2001:139) informa que “*em matéria penal, os imperadores romanos reconheceram, nos séculos IV e V, a competência dos bispos para todas as infrações puramente religiosas ou espirituais*”; Marky (1995) assinala ainda que “*originariamente só os sacerdotes conheciam as normas jurídicas. A eles incumbia, então, a tarefa de interpretá-las*”. Embora o monopólio sacerdotal da interpretação tenha cessado a partir do séc. VI a.C., não cessará a influência do direito canônico notadamente no direito de família e obrigacional, e não cessará também a infusão da moral no **ilícito**, mesmo nas modernas ordens jurídicas. Quando se fez necessário alterar a estrutura do direito obrigacional para expandir as relações negociais com estrangeiros, optou o Romano pelo conceito religioso da **boa-fé** na formação da vontade.

eram constituídas por mais de um tipo de preceitos e assentava-se em mais de uma base de autoridade; como ideal identificavam o Direito com a Moral, distinguindo o direito por natureza do direito por costume ou legislação (POUND, 1965:19). Além disso, com a divisão do império romano coube às escolas conventuais a organização pedagógica e escolar, tendo a igreja ocidental praticamente monopolizado a prática do ler e escrever competindo-lhe as técnicas documentais, processuais e notariais bem como a redução a escrito de uma lei e do procedimento jurídico, de modo que tudo ficava ligado à linguagem da igreja e do ensino dirigido por ela (WIEAKER, 1967: 20-21)⁸.

Com isso, o vocábulo **ilícito** adquire conotação tanto ético-jurídica quanto ético-religiosa. Nos escritos de Santo Agostinho que na *Cidade de Deus* trabalhou uma moral pública a partir da ética religiosa e, mais tarde nos escritos de São Tomás o **ilícito** comparece para indicar que toda justiça e todo direito residem nas leis eternas de Deus (VILLEY, 2005). Agostinho escreveu que « *os sacramentos de Cristo e da Igreja ao serem empregados **ilicitamente** por hereges, e todos os ímpios e pecadores, não reduzem os sacramentos de Cristo* » (tradução nossa de

⁸ Para Justiniano Roma continuava sendo o centro do mundo católico, e seu maior objetivo era unir os Impérios do Oriente e do Ocidente por meio da religião (De Cicco, 2006:40). Delius *et atl* (2001:18) salientam uma data simbólica que marca a transição da filosofia antiga para a medieval e, consequentemente cristã, com o encerramento da Academia platônica pelo imperador Justiniano em 529, mesmo ano em que foi fundada a Ordem dos Beneditinos, tornando-se os mosteiros estabelecimentos de ensino e centros intelectuais. A filosofia medieval consiste sobretudo numa conciliação da filosofia e da telologia, sendo suas principais problemáticas a questão entre a fé e o saber, época que terá em Aurelio Agostinho (século VII) o mais importante filósofo do período de transição da Antiguidade tardia para a Idade Média. (DELIUS *et all*, 2001:21).

CNRTL:2008⁹). **Ilícito** nos textos filosóficos que influenciaram profundamente a concepção de direito da época refletidas na sua forma escrita, significavam antes de tudo uma contrariedade à lei suprema da cristandade cuja concepção transcendia quaisquer regras de condutas criadas pelos homens.

O **ilícito** aparece no DIGESTA ao lado do *injusto*, ambas categorias só apreensíveis pela capacidade de discernimento superior inerente às autoridades a quem competiam a elaboração do direito, que aliás se viam como sacerdotes, como se observa da seguinte passagem do *DIGESTA*:

Os que se vão dedicar a atuação prática do direito devem começar por saber donde vem a palavra «ius». Na verdade, provém de «iustitia»: pois (retomando uma elegante definição de Celso) o direito é a arte do bom e do equitativo.

§1. Pelo que há quem nos chame sacerdotes. Na verdade, cultivamos a justiça e, utilizando o conhecimento do bom e do equitativo, separamos o justo do injusto, distinguimos o lícito do ilícito. (GILLISEN, 2001, 97-97)¹⁰.

Para os Romanos o fato jurídico dava origem a *causa obligationum*, não dispunham nem se preocupavam em elaborar uma teoria das obrigações;

⁹ Augustin (...) rappelle (...) que « les sacrements du Christ et de l'Église », pour être employés illicitement par les hérétiques et tous les impies et pécheurs, n'en demeurent pas moins les sacrements du Christ (Théol. cath. t. 14, 1 1939, p. 542).

¹⁰ I. ULPIANUS, lib. I Institutionum. Iuri operam daturi prius nosse oportet unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam (ut eleganter Celsus definit) ius est ars boni et aequi. §2. Cujus merito quis nos sacerdotes appellet. Iustitiam namque collimus, et boni et aequi notitiam profitemur; aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicitum discernentes.

concentrados na segurança que resultava das fórmulas, para eles existiam os atos jurídicos especificamente previstos¹¹. Os Romanos preocupavam-se em descrever o ato e a forma do ato (fórmula), mais do que com conceitos ou definições¹².

Mazeaud e Mazeaud, *et al* (1997:52), informam que o antigo direito romano, como todos os direitos arcaicos, conheciam apenas um certo número de operações jurídicas fora das quais, nenhuma outra **obrigação** existia. Os delitos e as espécies contratuais eram enumerados taxativamente. A manifestação de vontade, como elemento subjetivo presente na prática do ato como hoje o concebemos, não era suficiente para gerar **obrigações** dotadas de eficácia civil,

¹¹ O que denominamos “contrato” os romanos denominavam “*conventio*” no qual distinguem duas figuras: *contractus e pactum*, como bem explica César Fiúza:” Os *contractus*, inicialmente, não podiam existir sem uma exteriorização de forma, e somente três categorias eram utilizadas: *litteris*, que exigiam a inscrição material no livro do credor; *re*, que demandavam a tradição efetiva da coisa, e *verbis*, que se validavam com a troca de expressões orais estritamente obrigacionais. Em tais categorias, o credor podia exigir o cumprimento da avença através de uma ação, “fatos da mais lúdima essencialidade, sem o qual não haveria direito, já que este era nada, se não fosse munido da faculdade de reclamação em juízo”[...] Os *pacta*, por sua vez eram celebrados sem qualquer obediência à forma, bastando o acordo de vontades. Não sendo previstos em lei, não lhes era atribuída a proteção da *actio*, ou seja, se uma das partes não cumpria o prometido, a outra não poderia mover-lhe nenhuma ação.” (FIUZA, 2004:364)

¹² No direito justineano as circunstâncias geradoras de **obrigações** receberam quatro configurações fixas: o contrato, o quase-contrato, o delito e o quase delito. Nos contratos a obrigação se formava pelo preenchimento das fórmulas legais passando posteriormente, a se formar pelo encontro de vontades; os quase-contratos representavam a manifestação unilateral da vontade: os delitos indicavam a prática de ato doloso causador de prejuízo a outrem e, os quase-delitos aqueles atos praticados sem dolo porém causador de dano, o que hoje nominamos de **atos ilícitos** como pressuposto da responsabilidade civil. Os Quase-delitos eram os atos prejudiciais praticados por alguém sem o ânimo de causar prejuízo e, embora as Institutas de Justiniano enumerassem os fatos considerados quase-delitos, assim o *si iudex litem suam fecerit* (processo mal julgado pelo juiz), o *effesum et deiectum* (liquido ou objeto atirado sobre a via pública), o *positum et suspensum* (objeto suspenso sobre a via pública) e o *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* (o intendente de um navio, hospedaria ou estábulo), essa tipificação não estava imune ao poder criador do pretor. No que se refere aos delitos, inicialmente, o *jus civile* reprimia os denominados delitos civis que compreendiam o furto (*furtum*), a rapina (*rapina*), o dano (*damnum injuria*) e a injúria (*injuria*), posteriormente o direito pretoriano passou a tipificar outras espécies de delitos pela ampliação do conceito de injúria (ROLIM, 2003:252).

quer dizer, em que o credor pudesse valer-se de uma ação. Tudo girava em torno de formas legais previamente determinadas, tanto para criação quanto para aplicação do direito, a todo direito correspondendo uma ação que o assegurasse.

A responsabilidade penal e a responsabilidade civil desempenham, nessa época, a mesma função de punir comportamentos delituosos. Mesmo com o surgimento da *Lex Aquilia*¹³ por volta do século III a.C., que introduziu o *dannum iniuri datum*, a sanção tem um caráter misto de pena e reparação de danos (GILLISEN, 2001:735)¹⁴.

Para atender a exigência de expansão das atividades econômicas o Direito Romano precisou abandonar a rigidez das fórmulas como fontes geradoras de obrigações o que fez, reconceituando a noção da *boa-fé* a partir de sua concepção no núcleo da filosofia escolástica agostiniana, que passa então a funcionar como condutora da manifestação da vontade e fundamento do dever de adimplemento dos negócios jurídicos¹⁵.

Essa nova função da **boa-fé** assinala o momento em que o legal passou a ser identificado com o moral aprofundando a influência exercida pela igreja ocidental

¹³ Esta lei é um plebiscito que havia sido votado em 287 a.C., com o objetivo de dar à plebe uma satisfação pelos prejuízos causados pelos patrícios aos campesinos (RIPERT e BOULANGER, 1965:17)

¹⁴ Mazeaud e Mazeaud retratam ainda que nesse período a plebe tinha uma condição miserável em Roma e se viam forçados a tomar dinheiro emprestado dos ricos patrícios em duas circunstâncias: i) aceitaram pagar uma pena para compor um prejuízo causado, ii) precisavam do dinheiro para lavrar suas terras. Esse empréstimo se realizava através uma operação chamada *nexum*, pela qual atribuíam ao credor uma auto-execução (*auto-mancipatio*). Isso significava que, em caso de inadimplemento o devedor era literalmente dado ao credor por uma ordem (sanção) emanada do pretor (MAZEAUD e MAZEAUD, 1987:77).

¹⁵ A propósito Wieacker (1967:75)

nos centros de poder da época e o ingresso crescente de critérios meta-jurídicos de ordenação social¹⁶, fundindo-se o conceito jurídico de **ilícito** (contrário ao direito) no conceito moral agostiniano (que transformou o certo e errado aristotélico em justo e injusto).

Esses critérios extra-jurídicos que tornam o **ilícito** um ato contrário a preceitos de ordem tanto jurídica quanto ética-religiosa têm raiz na *sponsio*, consistente no compromisso feito sob juramento mediante a pronúncia de palavras solenes perante a divindade, de forma que o inadimplemento do compromisso importava o cometimento de um delito religioso (MAZEAUD e MAZEAUD *et al*, 1997:78). A *fides* (fé) passa a delimitar os padrões de **licitude** ao desempenhar a função de fundamento moral que força o cumprimento das promessas, a partir do exemplo cristão de respeito a palavra dada cujo descumprimento importa em uma mentira e por conseguinte em um pecado¹⁷.

¹⁶ A *bona fides* não era uma categoria desconhecida da tradição jurídica romana que, entretanto, a empregava a título secundário ao tempo de Cícero. Segundo Villey os princípios jurídicos da ciência jurídica romana deste período parecem ser um produto da cultura grega, embora tenham feito empréstimos simultâneos de diversas escolas (como o estoicismo, principal formação de Cícero). Tributária da doutrina de Aristóteles, a ciência jurídica deixava de fora de seu campo de investigação o valor moral das intenções, distinguindo o “justo” (ética) do “honesto” (moral). Só mais tarde a filosofia agostiniana irá influenciar decisivamente a construção do direito relacionando as noções de moral e justiça (VILLEY, 2005:67-71). Nesse sentido é também Menezes Cordeiro (2007:105) que após minuciosa análise acerca da origem e natureza da *bonae fidei iudicia* conclui que “(...) *pode valorar-se a afirmação corrente de que a fide Bona* teria revestido, no período clássico, a natureza de norma jurídica objetiva de comportamento honesto e correto, respeitador da lealdade e dos costumes do tráfico. Em tudo o que tal afirmação implique alegadas remissões para valores éticos extra-jurídicos ou comportamentos, também alegadas, de elementos oriundos de quaisquer quadrantes externos, a captar pelo juiz, há incorreção”.

¹⁷ Segundo Gilissen “A Igreja mostrou-se desde cedo favorável ao respeito da palavra dada. Textos canônicos dos sécs. IV e VI assimilam já a mentira ao perjúrio; é preciso manter tanto a promessa feita por simples loquela (enunciação) como a feita por juramento. De resto, a Igreja era, até ao séc. XI,

A falta de cumprimento das obrigações assumidas através, tanto do *nexum* quanto da *sponsio* eram concebidos como **atos ilícitos**, concepção que irá germinar mais tarde, no século XII, a idéia de que “toda falta – e não somente aquelas catalogadas pela lei nos casos por ela previstos – obrigam seu autor a reparar o prejuízo que ele houver causado”. (tradução nossa¹⁸ - MAZEAUD e MAZEAUD *et al*, 1997:53).

Com a ressignificação da *boa-fé*, o rigor das formas na constituição das obrigações vai sendo paulatinamente afastado, em especial pelo desenvolvimento do comércio nas grandes cidades do Norte da Europa¹⁹, que ensejavam a

bastante hostil ao juramento e, com medo do perjúrio, exercia influência no sentido de não se fazer juramentos, não invocando em vão o nome Deus” (GILISSEN, 2001:735). Pasukanis relata que “como o juramento (*juramentum*) era uma parte integrante e indispensável da relação jurídica (segundo Ihering os termos de “obrigar-se”, de “constituir um direito” e de “jurar” possuíam, por longo tempo, o mesmo significado), a relação jurídica, por completo, estava posta sob a proteção da religião, pois o próprio juramento era um ato religioso e o falso juramento ou o perjúrio eram delitos religiosos (conf. Ihering, *Geist des römischen Rechts*, p.304). (PASUKANIS, 1989:149). No mesmo sentido assinala Cordeiro Menezes que “(...) a boa-fé era, na posse do Direito romano, simplesmente, um estado determinado de ignorância por parte do possuidor. Apenas com o Direito canônico ganhou, esse factor psicológico, uma dimensão ética. O que, dadas as circunstâncias, ocorreu pela via da *absentia peccati*.” (MENEZES CORDEIRO, 2007:155).

¹⁸ “toda falta – y no solamente aquéllas catalogadas por la ley en los casos ella previstos – obliga a su autor a reparar el perjuicio que él há causado”

¹⁹ De fato, a complexidade das relações sociais motivada pela intensificação da troca de bens é confirmada por Paul Petit (1976) ao dizer que durante todo o século III d.C. os progressos são uma constante na civilização de Roma que passam de uma economia pastoril e de uma agricultura familiar (*sic*) para uma economia de comércio com estrangeiros: “Ao patriciado primitivo sucedeu, à frente dos negócios, a nobreza patricio-plebéia, que compreende, ao lado dos membros das antigas gentes, os homens novos saídos de famílias enriquecidas pelo espólio de guerra, pelo *ager publicus* e pelo comércio; destas famílias recentes, umas são de tronco romano, mas outras são de origem estrangeira, etruscas como os Ogúlnios ou os Volúmnios, e sabinas, como os Cláudios. As contribuições étnicas, o papel desempenhado pelos campanianos, como os Décios, e pelos gregos do sul, marcados pelas influências helenísticas (tarentinos), a importância crescente do dinheiro na vida dos particulares bem como na do Estado (a desvalorização do asse atestaria um endividamento), os contatos mais frequentes com o exterior (aliança

formação de obrigações entre pessoas que não se encontravam na presença uma da outra para cumprir todas as formalidades exigidas. Da *sponsio* instituída pelo direito canônico surgiu a *stipulatio* como primeiro reconhecimento do consensualismo na formação de um contrato como fonte de obrigação, agora já não preso a formalismos e abandonada a necessidade do juramento, o acordo de vontades é suscetível de criar as mais variadas obrigações e os contratos são em número ilimitado²⁰.

A **boa-fé** assim derivada do dever ético-religioso que obriga ao cumprimento da palavra dada, assumirá paulatinamente outras funções, como a de estabelecer pautas de conduta para avaliação do equilíbrio e da justeza contratuais, portanto, como critérios de **licitude** e **ilicitude** não previstos expressamente em lei mas aferidas do comportamento das partes. Será com esse mesmo caráter que a **boa-fé** irá se assentar nas codificações modernas, criando **ilicitudes** ao instituir deveres ético-jurídicos paralelos às estipulações expressamente assumidas pelas partes no negócio jurídico, condição a ser aferida no momento de aplicação da lei.

com Marselha, embaixadas a Delfos, revelação da administração siracusana aperfeiçoada por Hierão), tudo isto tende a modificar as condições da vida política.”. (PETIT, 1976:207).

²⁰ A passagem da *stipulatio* para o *consensualismo* na formação dos contratos não se deu com abandono radical das fórmulas. É que, para viabilizar a expansão econômica, em princípio houve uma alteração no modo de cumprimento dessas fórmulas. Da *litteris* (inscrição material no livro do credor), da *re* (tradição efetiva da coisa) e da *verbis* (troca de expressões orais estritamente obrigacionais), passou-se à declaração feita pelas partes contratantes aos escribas de que as fórmulas haviam sido cumpridas. O escriba não presenciava o cumprimento das fórmulas devendo acreditar na declaração das partes. Com isso a menção ao cumprimento das fórmulas passou a ter mais importância do que estas o que resultou no seu abandono, passando o consenso a ser a regra de formação dos contratos (FIUZA: 2004). Os princípios morais e religiosos como força motriz do dever obrigacional, entretanto, permaneceram os mesmos.

Já no período formulário, entre os poderes atribuídos ao *iudex* para decidir o litígio figurava as *iudicia bonae fidei* (ações de boa-fé) em que a decisão apreciava os fatos mais livremente levando em conta o dolo de um dos litigantes (MOREIRA, 2002:23). Àquela época o *praetor* romano já fazia uso das possibilidades das *cláusulas gerais*, como a referência à *bona fides*, como um meio apto de comandar as mutações sociais como informa Wieacker (1967):

As cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo *praetor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*. O legislador transformou o seu trabalho – através da referência à «boa fé», aos bons costumes, aos hábitos do tráfico jurídico, à justa causa, ao caráter desproporcionado, etc. – em algo de mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de esperar. (WIEACKER, 1967:547)

Essa possibilidade de ampliação das figuras jurídicas pelo pretor, são possibilidades de criação de **ilicitudes**, e deve-se ao fato de que, no período pós-clássico, também chamado período do Principado e da monarquia absoluta (284 d.C-565 d.C.) os pretores agiam por um sistema jurídico paralelo à ordem vigente, como informa Rosemiro Leal:

[...] ao se irrogar o conhecimento e julgamento das causas, e assumindo o Estado Romano, *per lege et jura* (com base nas

constituições imperiais e pareceres dos jurisconsultos), o monopólio da atividade de dizer o direito, abolindo oficialmente a arbitragem facultativa, era o pretor o órgão jurisdicional do Estado, e o Estado o único e exclusivo árbitro dos litígios. A essa atividade denominou-se jurisdição (arbitragem estatal obrigatória) [...] (LEAL, 2008:26).

No mesmo sentido Rolim, ao dizer que a justiça antes aplicada de acordo com éditos, passou a ser aplicada sob a modalidade de *direito pretoriano*, ou seja, “*aquele que, por razão de utilidade pública, os pretores introduziram para ajudar ou suprir ou corrigir o direito civil – (adjuvandi, vel supplendi, vel corriendi juris civilis gratia)*”. (ROLIM, 2003:54).

Esse conceito de boa-fé e a permissão para, dentro dela, criar **ilicitudes**, atravessou os séculos moldados pelos interesses sociais prementes, comandados pelos centros de poder, chegando e permanecendo nas codificações do século XX, fazendo com que a **ilicitude** seja aferida a partir de razões internas do sujeito devido ao seu alto grau de vaguidade e indeterminação. O recurso à boa-fé se constitui em um dos meios de expansão da **ilicitude** que resultam na imprevisibilidade do decisionismo casuístico no preenchimento de lacunas, cláusulas abertas e conceitos gerais indeterminados. Isso se passa no Direito Civil Francês e no Brasileiro como veremos a seguir.

1.3 O Fato Jurídico e seus desdobramentos no Direito Civil Francês

No Direito Privado Francês, de origem romano-germânica, a **ilicitude** não se mantém dentro de critérios exclusivamente normativos, apresentando-se expressamente vinculada aos bons costumes²¹ e a boa-fé, tanto no direito obrigacional quanto nos demais institutos de direito civil.

As **obrigações** podem ter uma origem contratual (presença do acordo de vontades) ou extracontratual (ausência do acordo de vontades). Dentre os acordos que se formam sem convenção, quer dizer, sem manifestação de vontade, prevê os artigos 1.382 e 1.383 do *Code Civil* «os delitos» e «os quase delitos» com a seguinte redação:

Capítulo II – Dos Delitos e dos Quase-delitos

²¹ Art. 6. *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.* (Não se pode derogar, por convenções específicas, as leis que interessam a ordem pública e os bons costumes).

Art. 23. *Nul ne peut être naturalisé s'il n'est pas de bonnes vie et moeurs ou s'il a fait l'objet de l'une des condamnations visées à l'article 21-27 du présent code. Les condamnations prononcées à l'étranger pourront toutefois ne pas être prises en considération; en ce cas, le décret prononçant la naturalisation ne pourra être pris qu'après avis conforme du Conseil d'Etat.* (Ninguém pode ser naturalizado se não é de boa vida e costumes ou se for objeto de uma das condenações referidas no artigo 21-27 do presente código. As condenações pronunciadas no estrangeiro poderão contudo não ser tomadas em consideração; neste caso, o decreto que pronuncia a naturalização poderá ser tomado apenas após parecer conforme do Conselho de Estado).

Art. 1387. *La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs ni aux dispositions qui suivent.* (A lei governa a associação conjugal, quanto aos bens, apenas na falta de convenções especiais que os cônjuges podem fazer como julgarem conveniente, desde que não sejam contrárias aos bons costumes nem às disposições que seguem).

Art. 1172. *Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes moeurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.* (Qualquer condição de uma coisa impossível, ou contrária aos bons costumes, ou proibida pela lei é nula, e torna nula a convenção que dela depende).

Art. 1.382. Todo ato, qualquer que ele seja, de homem que causar a outrem um dano, obriga aquele por culpa do qual veio ele a acontecer, a repará-lo²².

Art. 1.383. Toda pessoa é responsável pelo dano que causou não somente por ato seu, mas ainda por sua negligência ou por sua imprudência²³.

O vocábulo **ilícito** não é empregado na definição da responsabilidade por dano, onde a responsabilização civil e penal se regulamentam pelo mesmo princípio geral de responsabilidade que impõe o dever de indenizar. Mas a legislação francesa, vigente desde 1804, posto tenha sofrido inúmeras reformas ao longo de dois séculos manteve as expressões do direito romano “*des delictis e des quasi-delictis*”, contemplando em diversos outros dispositivos o vocábulo **ilícito**.

Pelo artigo 1.108 do Código Civil Francês a validade das convenções está sujeita a **uma causa lícita** na obrigação. Em complemento, no art. 1.133 tem-se a definição de **causa ilícita** na forma seguinte:

Art. 1.133. A *causa é ilícita, quando é proibida pela lei, quando é contrária aos bons costumes ou a ordem pública*²⁴.

²² Article 1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

²³ Article 1383. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

²⁴ Article 1133. a cause est **illicite**, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public.

As obrigações contratuais e extracontratuais se distinguem por sua origem, mas em ambas, dois elementos guardam igual importância: a manifestação de vontade e a responsabilidade daí resultante. Nas contratuais verifica-se a manifestação da vontade livre para formação do consenso e a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação assim constituída. Nas extracontratuais, em regra a vontade deve estar presente na causação do dano e a consequente responsabilidade pela reparação. Ao conectar diretamente a **ilicitude** aos bons costumes o art. 1.133 do Código Civil Francês estende a incidência do direito a preceitos de ordem moral, herança canônica na fundamentação da força obrigatória no domínio das relações **obrigacionais**, e do dever geral de conduta de vida que proíbe causar dano a outrem²⁵. O mesmo se aplica a farta referência a **boa-fé** encontrada no Código Civil Francês²⁶ que será objeto de valoração nos momentos pré-contratuais e pós-contratuais, de modo que passa a ser **ilícito** o ato contrário aos bons costumes e a boa-fé, modos de agir não previstos

²⁵ Esses preceitos adentraram o Direito Privado em França primeiro pelos textos do *Corpus Iures Civile* do Direito Romano reelaborado pelos glosadores de Bolonha nos séculos XI e XII, mantendo-se forte no período da jurisdição eclesiástica até por volta do século XVI. Duas obras foram essenciais na sistematização do direito civil francês: a de Domat (1625-1696) e Pothier (1699-1772) que apesar de escritas em período de laicização do direito, não abandonam os princípios morais como fundamento da força obrigatória das promessas no domínio das **obrigações**. Na configuração do ato **ilícito**, em especial em matéria de responsabilidade civil, também foram as obras de Domat e de Pothier que inspiraram a elaboração do Código Civil de 1804 cuja concepção tem por base o pensamento dos juristas dos séculos precedentes, quer dizer, uma base que mescla a tradição romana, com o direito canônico e o direito natural (LASSARD:2008), o que nos séculos XIX e XX sofrerá alterações apenas de ordem legislativa para atendimento das novas situações de dano trazidas pelo mundo das máquinas (LASSARD:2008).

²⁶ A **boa-fé** também se institui como um dos primeiros articulados do projeto de unificação dos princípios de direito contratual apresentados pela Comissão de Direito Europeu dos Contratos. (<http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l33158.htm> acesso em 09.11.08).

expressamente em lei. A vontade e a responsabilidade passam ainda por esses dois critérios morais.

Os civilistas franceses do século XX não se desprenderam dos preceitos morais na configuração dos atos contrários ao direito, quer dizer, na configuração da **ilicitude** ao agregarem a ela conteúdos extra-jurídicos, a exemplo do que expressam os irmãos Mazeaud em obra de grande repercussão ao dizerem que “*a obrigação jurídica deve estar fundada sobre a moral; o legislador e o juiz devem fazer penetrar a moral em um domínio que o permita, como o terreno de eleição de interesses egoístas*”(MAZEAUD e MAZEAUD et al: 1997:31).

Ripert e Boulanger (1965:17) também se referem a grande influência do direito canônico na elaboração dos conceitos de responsabilidade por *falta* no Direito Francês. Segundo esses civilistas franceses, a aplicação do artigo 1.382 do Código Civil Francês supõe um certo conceito de conduta de vida, sendo que a regra jurídica se encontra dominada pela regra moral que proíbe causar dano a outrem (*neminem laedere*); o ato torpe constitui uma falta, ou seja, é o mesmo que um ato **ilícito**. Observam que a regra moral não é sancionada pela lei civil (1965:25), mas o interesse social o é, daí que o direito só intervém quando a ordem é alterada por um ato culpável; o direito civil ocupa-se das culpas quando causam danos e na medida em que os causam, e prosseguem:

A influência do direito canônico, que nos parece inquestionável, não tem sido estudada suficientemente. Os canonistas, naturalmente, deviam se

concentrar no exame da gravidade da falta cometida. O que opera com dolo ou malícia é culpado sem que haja necessidade de um texto formal que proíba o ato. É igualmente culpado o que opera com imprudência ou ligeireza, sem preocupar-se com o dano que possa causar a terceiro. É necessário, pois, apreciar a conduta do autor do ato danoso e pronunciar um juízo de valor sobre esse ato. **A responsabilidade legal não é senão o reflexo jurídico da responsabilidade moral. O autor deve reparar o dano causado e, a ideia de reparação é claramente uma ideia moral.** É preciso, além disso, fazer uma distinção entre a culpa moral que supõe uma inteligência e uma vontade suficientes e a culpa jurídica que pode resultar de uma simples advertência que obriga a consciência a reparar o dano causado se, o juiz assim houver decidido. (RIPERT e BOULANGER, 1965:17 – a tradução e o destaque são nossos)²⁷

Com a expansão do conceito de **ilicitude** pela inclusão em sua configuração dos bons costumes e da boa-fé, de clara conotação moral, torna-se complexa a tarefa de encontrar uma explicação racional para que uma obrigação exclusivamente moral tenha a força geradora de uma obrigação jurídica, e

²⁷ La influencia del derecho canónico, que nos parece indudable, no há sido estudiada suficientemente. Los canonistas, naturalmente, debían concentrar su examen sobre la gravedad de la falta cometida. **El que obra con dolo o malicia es culpable sin que haya necesidad de un texto formal que prohíba el acto.** Es igualmente culpable el que obra con imprudencia o ligereza, sin preocuparse por el dano que pueda causar a un tercero. Es necesario, pues, apreciar la conducta del autor del acto danoso y pronunciar un juicio de valor sobre esse acto. **La responsabilidad legal no es sino el reflejo jurídico de la responsabilidad moral. El autor debe reparar el dano causado y la idea de reparacion es claramente una idea moral.** Es preciso, por lo demás, hacer una distincion entre la culpa moral que supone una inteligencia y una voluntad suficientes y la culpa jurídica que puede resultar de una simple inadvertencia que obliga en conciencia a reparar el dano causadosi el juez lo há decidido así. (RIPERT e BOULANGER, 1965:17).

objetivar as razões que levam uma pessoa a agir de um modo e não de outro, bem como justificar a exigência jurídica de um determinado comportamento.

Reflexo ainda maior dessa ampliação do conceito de **ilicitude** se encontra na divisão dos regimes de responsabilização por danos para além da responsabilidade pessoal para alcançar a responsabilidade por atos de terceiros e também por coisas, onde a avaliação da ação danosa é duplamente realizada: em relação ao autor do dano e em relação ao responsável pela reparação. A extensão dessa responsabilidade é baseada também em um valor moral, a solidariedade (RICOEUR, 2008:50).

Nosso interesse nesse subtítulo não foi o de verificar os reflexos dessa situação nos povos daquele país, apenas apontar a fonte de que se serviu o Direito Civil Brasileiro na construção teórica e legislativa do **ilícito** como veremos em seguida.

1.4 O Fato Jurídico e seus desdobramentos no Direito Civil Brasileiro

A **ilicitude** no Direito Civil Brasileiro não se configura somente pela prática de um ato contrário a norma expressa em lei, abrangendo preceitos de ordem moral tal qual ocorre no Direito Francês, além de consagrar os costumes²⁸

²⁸ É dupla a menção que a lei civil faz aos costumes. Num primeiro momento refere-se a costumes como prática social consagrada numa determinada comunidade, daí as remissões que são feitas a estes no

como prática social para o preenchimento de lacunas. Além da **ilicitude** configurada pela prática de um ato danoso a ensejar a reparação do dano, o chamado “*ilícito indenizante*”, houve ampliação das dimensões da **ilicitude** por duas vias: i) a reconceituação²⁹ dos critérios de *boa-fé* e dos *bons costumes* e ii) inclusão de outras Cláusulas Abertas e Conceitos Gerais Indeterminados a permitir valoração da conduta tendo em vista cada caso concreto.

O Código de 2002 esgarçou ainda mais a reconstrução conceitual da **ilicitude** ao classificar o ato **ilícito** como espécie de ato jurídico, possibilitando que o **ilícito** produza efeitos jurídicos a depender de uma avaliação discricionária no âmbito judicial, caso a caso, de acordo com um padrão de criação de normatividade que inclui critérios morais.

De fato, segundo o artigo 186 do vigente Código Civil Brasileiro promulgado em 2002 a **ilicitude** se configura como ação ou omissão voluntárias praticada com negligência ou imprudência, violadora de direitos e causadora de dano a outrem; configura-se também como **ilícito**, na redação dada ao artigo 187

preenchimento de lacunas da lei, *ad exemplo* do que ocorre no art. 598 do Código Civil quanto a remuneração devida pela prestação de serviços. O texto do art. 597 encontra-se assim redigido: “A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações.” Em outro sentido os costumes recebem a adjetivação de *bons, bons costumes*, onde o elemento axiológico remete para preceitos morais. Tanto em um caso quanto em outro tem-se a **ilicitude** extra-normativa pela localização conteudística de ambos fora do espaço discursivo do PROCESSO.

²⁹ Dissemos **reconceituação** porque nos primeiros anos de vigência do Código Civil de 1916, por seu viés liberalista e individualista a *boa-fé*, embora sendo um preceito de conceituação aberta, no direito obrigacional ficava restrita a verificação da liberdade na manifestação da vontade, quer dizer, a ausência de um dos vícios do consentimento na formação da obrigação. Esse contexto começa a mudar em muito pouco tempo após a vigência do Código, pelas modificações nos cenários político e econômico no país.

do mesmo Código, o ato praticado pelo titular de um direito que, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.³⁰

Com essa concepção abrangente de valorações de ordem moral, o **ato ilícito** é classificado como espécie do gênero “Fato Jurídico” ao lado do “ato jurídico **lícito**” e dos “negócios jurídicos”.

Não era assim que figurava no Código Civil de 1916, onde o ato **ilícito** não se incluía na categoria dos atos jurídicos. No vigente código, os atos jurídicos ganham nova nomenclatura, passando a designar-se “*Atos Jurídicos Lícitos*” devido a adoção da teoria Kelseniana de que são jurídicos todos os atos que produzam efeitos jurídicos. De tal modo, embora não tenha incluído o termo *jurídico* no título dos “Atos Ilícitos”, a orientação do Código inclui os atos **ilícitos** na categoria dos atos jurídicos.

Essa alteração conceitual tem mais implicações do que a simplicidade de sua exposição revela. Houve aí um corte epistemológico significativo que irá refletir nas concepções de **ilicitude** dos meios de obtenção da prova.

É que não tendo o código vigente (Lei 10.406/2002) definido o ato jurídico, como o fazia o art. 81 do código revogado (Lei 3.071/1916), permaneceu o dispositivo como parâmetro implícito do direito privado: *todo o ato lícito, que*

³⁰ A figura do “*abuso do direito*” será objeto de comentário no capítulo II.

tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico.

Assim, se o ato **ilícito** é também jurídico, desde que atenda os requisitos que a lei estabelece, produzirá as consequências jurídicas pretendidas pelo agente. Configurando-se também esse mesmo ato, como um ato **ilícito**, irá atrair as consequências da **ilicitude**, quais sejam, a reparação do dano na forma prevista no art. 927; se o ato configurar um crime, atrairá da mesma forma a sanção correspondente. Implica dizer que o direito estará acolhendo o **ilícito** ao lhe conferir efeitos jurídicos positivos, inobstante possa o agente sofrer consequências negativas em função da prática do ato³¹.

Vilella (1982) aponta para a mesma implicação ao analisar que o termo *jurídico* pode ser tomado no sentido daquilo que é relevante para o direito ou no sentido daquilo que guarda conformidade com as regras de direito. No primeiro sentido, a inclusão do **ilícito** como categoria dos fatos jurídicos não surte outro reflexo, já no segundo sentido tem-se um salto conceitual muito grande, e arremata:

³¹ Uma ilustração causística é fornecida por Vicente de Paula Maciel Jr.: “Poderíamos imaginar a hipótese fática de um empregado que apresenta em um processo os cartões de ponto que pertencem à empresa e que documentam a sua condição de trabalho. Ora, a prova produzida pertence à empresa e não ao empregado. Caso ele a quisesse no processo, teria de requerer sua exibição em juízo. Se o próprio empregado apresenta a prova diretamente, significa que se apropriou indevidamente de documento da empresa, o que via de regra poderia configurar hipótese penal reprovável. Pergunta-se: o documento deveria ser desconsiderado ou desentranhado dos autos a pedido da empresa somente pela alegação de que foi prova obtida por meio ilícito?” (MACIEL JR., 2009:297)

O fim ou destinação reside na vontade do agente, que pode adotar ou não o comportamento que a lei precisamente reclama para o surgimento das consequências jurídicas pretendidas. Se o adota, os efeitos se alcançam e o ato pode dizer-se praticado. Se, entretanto, não o adota, os efeitos não sobrevêm: não houve, pois, o ato, malgrado ter havido correspondente destinação do agente. A aptidão, ao contrário, é a propriedade do comportamento à produção dos efeitos dispostos pela lei, independentemente, em princípio da intencionalidade do agente. (VILLELLA: 1982:260)

A orientação adotada pelo Código Civil em vigor, com a inclusão dos atos **ilícitos** na categoria dos atos jurídicos tem suas bases nas diretrizes fundamentais que nortearam a elaboração do Código, expressamente identificadas na exposição de motivos que acompanhou o Projeto do Código (Mensagem 160 de 1975):

Foi atualizada, de maneira geral, a terminologia do Código vigente, a começar pelo superamento da obsoleta sinonímia entre “juridicidade” e “licitude”, por ser pacífico, na atual Teoria Geral do Direito, sobretudo a partir de HANS Kelsen, a tese de que não podem deixar de ser considerados “jurídicos” os atos que, embora ilícitos, produzem efeitos jurídicos. (Cfr. as considerações expendidas, sobre esse e outros problemas técnico-dogmáticos nas Exposições de Motivos de MOREIRA ALVES e do signatário, publicadas com o Anteprojeto de 1974).

A **ilicitude** poderá ainda surgir de forma inédita no âmbito judicial dada a opção do legislador de 2002 de *deixar campo aberto à ação dos tribunais para criação do direito no momento de sua aplicação* através das Cláusulas Abertas e dos Conceitos Gerais Indeterminados como balizas da **licitude e ilicitude**, momento em que serão considerados os valores éticos da boa-fé e equidade também expressas na exposição de motivos:

Não se compreende, nem se admite, em nossos dias, legislação que, em virtude da insuperável natureza abstrata das regras de direito, não abra prudente campo à ação construtiva da jurisprudência, ou deixe de prever, em sua aplicação, valores éticos, como os de boa-fé e equidade. (MANSAGEM 160 de 1975)

São diversos os dispositivos do Código Civil, distribuídos por todos os institutos que ele regulamenta (além do direito obrigacional, assim o direito das coisas, o direito empresarial, de família e o direito sucessório), onde há referência aos ditames da boa fé e dos bons costumes³²; como também diversos dispositivos que permitem “ajustes de conduta”, ou seja, construção de **ilicitude** no âmbito judiciário³³.

³² Vejam-se os seguintes e bastante significativos exemplos: Art. 422. *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.* Art. 122. *São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.*

³³ A título de exemplo citamos: Art. 883. *Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu*

O tratamento que a configuração da **ilicitude** recebe no direito privado brasileiro não nos parece compatível com o Estado Democrático de Direito instituído no Brasil com a Constituição de 1988, porque o ato **ilícito** implica em consequências negativas para o autor do ato, poderá acarretar a restrição do exercício de direitos e, em uma democracia nenhuma restrição a direitos pode ser decidida fora do espaço argumentativo do devido processo legal.

A democracia se afirmando pelo devido processo legal como garantia constitucional implica no respeito a isonomia, ao contraditório e a ampla defesa nos momentos de criação, modificação e extinção de direitos (LEAL, 2008:51-55). Todavia, não parece ter sido essa a opção do legislador de 2002 ao elaborar um Código Civil repleto de cláusulas gerais e conceitos gerais indeterminados como espaços vazios nos quais a **ilicitude** será definida sem que se disponha ao menos de parâmetros previamente conhecidos para determiná-la. Isso porque os padrões morais de conduta contidos nas categorias dos *bons costumes* e da *boa-fé* não sendo escritos, são infiscalizáveis e a avaliação casuística do comportamento do indivíduo dispõe de parâmetros conhecidos exclusivamente pelo julgador.

O caminho escolhido tem início já da elaboração do Código Civil de 1916 e das opções teóricas que desde então se fixaram nos estudos de direito civil e na

reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz. Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

prática judiciária. Essas opções partem de uma combinação dos fundamentos da Teoria Pura do Direito em Kelsen, remodeladas pelo culturalismo axiológico de Miguel Reale que coloca a experiência no centro da reflexão jurídica. Some-se a isso que o Direito Civil Brasileiro, de origem romano-germânica, buscou muitas de suas diretrizes nas codificações do século XIX, notadamente no Código Civil Alemão e Francês, moldando-as à nossa realidade sócio-econômica e jurídica³⁴.

Os estudos do Direito Civil Francês também influenciaram sobremaneira os civilistas brasileiros, tanto no que se refere à sistematização do Direito Privado quanto a compreensão teórica dos seus institutos.

De modo geral para os civilistas brasileiros o ato **ilícito** aparece como desdobramento do fato jurídico, consistente em ação ou omissão voluntária causadora de dano que dará surgimento a obrigação de reparar o dano, reparação esta que se faz em pecúnia, no que difere do **ilícito** penal. Há, entretanto dissenso entre eles sobre se o ato ilícito se insere ou não na categoria dos atos jurídicos.

³⁴ Analisando as Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro, Orlando Gomes ironiza o contexto social de elaboração do primeiro Código Civil referindo-se ao “divórcio entre a elite letrada e a massa inculta” que serviram de espelho para criação de costumes que se converteram em instituições jurídicas tradicionais, a exemplo do que ocorre com a disciplina do direito sucessório. Merece transcrição os seguintes trechos da obra: “O autor do Projeto de Código Civil, Clóvis Beviláqua, qualificou o nosso Direito como um “direito afetivo”, em vista de suas disposições se inspirarem, não raro, em causas sentimentais. E Pontes de Miranda, discorrendo sobre as características do Direito brasileiro e os traços próprios do Código Civil, dá-lhes como elemento distintivo, a tolerância, a afetividade, cercadas, embora, de sugestões patriarcais e capitalistas. (...) Não obstante, desenvolveu-se, à larga, a propensão da elite letrada para elaborar um Código Civil à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade”. (GOMES, 2003:21-22).

As Cláusulas Abertas e os Conceitos Gerais Indeterminados no preenchimento do conteúdo e da origem da **ilicitude** do ato, quer dizer a decisão da **licitude** ou **ilicitude** do ato, são também de modo geral aceitos entre os civilistas pátrios que entendem que há mais de uma fonte legítima de criação do direito, além e fora do devido processo legislativo³⁵.

É na temática da responsabilidade civil e na temática das fontes do direito que essas concepções afloram. Vamos percorrer as colocações de alguns dos mais influentes civilistas nos próximos títulos para demonstrar a sua inadequação com o Estado Democrático de Direito e a sua inaplicabilidade a Teoria da Prova.

1.4.1 O Ilícito como desdobramento do fato jurídico

O pensamento dos juristas que contribuíram para a construção da cultura jurídica do país nos primeiros anos de vigência do Código Civil de 1916, era caracterizado principalmente pelo culturalismo jurídico que Tobias Barreto (1849-1910) implantou na Escola do Recife, imediatamente levada adiante pelo então

³⁵ Em monumental obra de Direito Constitucional, André Ramos Tavares (2008:1134) esclarece com apoio em Nelson de Sousa Sampaio, que a expressão “processo legislativo” pode ser considerada em dois sentidos: sociológico e jurídico. No primeiro caso se leva-se em conta os fatores que envolvem a elaboração das leis a exemplo da pressão popular, no segundo caso “*o processo legislativo insere-se na noção ampla de processo, de Direito Processual. (...) Trata-se da previsão de uma sequência definida de atos e etapas que se cumprem no intuito de estabelecer novas normas jurídicas.*”. Para Tavares devido processo legislativo “*significa a íntima relação existente entre o princípio da legalidade e a formação das leis*”, e acrescenta que “*Estando o indivíduo, no Estado Democrático, apenas obrigado por força de lei, não se pode deixar de considerar como obrigatório para o Estado o cumprimento dos requisitos para a formação das leis que, posteriormente, irão atingir seus cidadãos.*”. (TAVARES, 2008:1135).

seu aluno Clóvis Bevilacqua (1859-1944) e posteriormente, inaugurando um culturalismo sociológico, por Pontes de Miranda (1892-1979) (WOLKMER, 2003:133)³⁶.

O pensamento desses dois juristas exerceu profunda influência na construção do sistema de Direito Privado no Brasil, refletindo-se inclusive na elaboração do Código Civil de 2002, razão pela qual os elegemos para iniciar a apresentação do **ilícito** como desdobramento do fato jurídico no direito privado brasileiro. Para ambos, assim como era para Tobias Barreto, o direito resulta da “cultura humana” e para compreendê-lo é preciso compreender primeiro o homem, privilegiando o estudo da antropologia mais que a sociologia no estudo do direito já que a origem da norma está no “convívio social”. No culturalismo o **ilícito** está na gênese humana e se revela na convivência social de modo que os costumes adquirem especial importância como fonte de **licitudes e ilicitudes**.

Para Clóvis Bevilacqua (2002), basta que o ato tenha causado dano a alguém para ser classificado como um ato **ilícito**. A reparação do dano isolada ou cumulativamente com a aplicação de uma pena dependerá da resposta jurídica que a prática do ato desencadeará dentro do complexo de normas jurídicas, assim, nas palavras do autor:

³⁶ Wolkmer retrata que não havia a predominância de uma única influência filosófica no estudo e no ensino do direito no início do século, que se caracterizava por um certo ecletismo de idéias próprias de uma sociedade constituída pela aliança de oligarquias agrárias que se sustentava no ideário liberal-individualista (WOLKMER, 2003,120).

O direito penal vê, no crime, um elemento perturbador do equilíbrio social, e contra ele reage no intuito de restabelecer esse equilíbrio necessário à vida do organismo social; o direito civil vê, no ato ilícito, não mais um ataque à organização da vida em sociedade, mas uma ofensa ao direito privado, que é um interesse do indivíduo assegurado pela lei, e, não podendo restaurá-lo, procura compensá-lo, satisfazendo o dano causado.

O direito penal vê, por trás do crime, o criminoso, e o considera um ente anti-social, que é preciso adaptar às condições da vida coletiva ou pô-lo em condições de não mais desenvolver a sua energia perversa em detrimento dos fins humanos, que a sociedade propõe realizar; o direito civil vê, por trás do ato ilícito, não simplesmente o agente, mas, principalmente, a vítima, e vem em socorro dela, a fim de, tanto quanto lhe for permitido, restaurar o seu direito violado, conseguindo, assim, o que poderíamos chamar de eurrítmia social refletida no equilíbrio dos patrimônios e das relações pessoais, que se formam no círculo do direito privado. (BEVILACQUA, 2002:366).

Para Bevilacqua esses dois pontos de vista retratam as diferentes formas de satisfação ou restabelecimento da ordem jurídica violada, de forma que “*no direito criminal, procuramos estabelecer a imputabilidade, e, no direito civil, nos satisfaça o vínculo de causalidade entre o agente e o prejuízo*” (2002:366). Para a noção do fato jurídico Bevilacqua adota a definição clássica de Savigny: *atos jurídicos são acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e se extinguem* (2002:289). Desses fatos, uns são acontecimentos naturais, que produzem efeitos jurídicos (e.g.: nascimento, morte), outros são ações humanas que resultarão em criação, modificação ou extinção de direitos, ora em concurso

com a vontade do agente, ora independentemente do concurso dessa vontade. O ato **ilícito** em Bevilacqua é espécie do gênero ato jurídico cujos efeitos se produzem independentemente da vontade do agente. Segundo Bevilacqua:

São ações desta segunda categoria que constituem os atos jurídicos, cuja característica está na combinação harmônica do querer individual com o reconhecimento da sua eficácia por parte do direito positivo. Entre as ações humanas, que produzem efeitos jurídicos, sem que o agente os tivesse, determinadamente pretendido obter ou sendo indiferente que os tivesse visado, estão, de um lado, os *atos ilícitos* omissivos ou comissivos, e, de outro, certos atos a que se ligam consequências estabelecidas pela lei independentemente da intenção, com que foram realizados, como, por exemplo, a mudança de domicílio. (BEVILACQUA, 2002:290)

Em Bevilacqua a **licitude** e a **ilicitude** não residem apenas no direito positivo, pois este se mostra insuficiente para compreender a infinita variedade dos fenômenos sociais, razão pela qual os costumes representam uma fonte subsidiária de criação e de interpretação do direito. Esses costumes têm fontes diversificadas, podendo formar-se pela prática dos interessados, pela opinião dos doutores mas, principalmente, pela ação de órgãos diferentes cujos produtos (atos, ordens, sentenças) vão se consolidando e organizando o **costume jurídico**, “a força obrigatória do costume está na conformidade reconhecida entre ele e as necessidades sociais que regula”, diz o autor (BEVILACQUA, 2002:67).

No mesmo sentido, numa construção mais elaborada, extensamente trabalhada em obra de grande fôlego encontramos Pontes de Miranda e seu Tratado de Direito Privado³⁷, onde o autor traça mais de um plano de análise do ato **ilícito**: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. É no plano da existência que o autor cuida da estrutura do fato jurídico para, em seus desdobramentos analisar o ato **ilícito**.

O plano da existência é o plano do “ser”, e tem início com os fatos do mundo formando o suporte fático que após serem “selecionados” vão se transformar em fatos do mundo jurídico. Fato jurídico é, pois, o suporte fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico. Pontes de Miranda vai dizer que a regra jurídica incide tanto nos atos jurídicos quanto nos atos **ilícitos** cuja diferença consiste em que nestes, a eficácia é reativa, enquanto naqueles a eficácia é ativa; ambos são sub-classes de fatos sobre que incide a regra jurídica,

³⁷ Sobre a trajetória de Pontes de Miranda escreve Wolkmer: “Provavelmente um dos mais festejados juristas (civilista, processualista, constitucionalista, etc.) do século XX tenha sido Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, possuidor de vasta erudição que transcende o Direito Positivo (tanto o Direito Privado quanto o Direito Público) chegando, com competência e profundidade, ao domínio perfeito da filosofia, da sociologia, da política, das ciências naturais etc. Em sua obra essencial sobre a teoria jurídica, *Sistema da Ciência Positiva do Direito*, procurando conciliar o sociologismo com o empirismo lógico, apresenta o Direito como uma ciência causal descritiva. A natureza sociológica desta ciência normativa é identificada com a logicidade fática e com o formalismo empírico que ordenam as leis da cientificidade. Não resta dúvida do rigor técnico de seu pensamento privatista e neopositivista serviu de substrato dogmático para o imaginário retórico e ornamental de juristas e bacharéis por dezenas de gerações” (WOLKMER, 2003:134). Miguel Reale partirá do modelo fático de Pontes de Miranda para construção da sua Teoria Tridimensional do Direito embora, diferentemente dele, correlacione o suporte fático com o valor ou o significado. Enquanto em Pontes de Miranda o suporte fático será “colorido” pelo direito tornando-se fato jurídico, em Reale o suporte fático será valorado para tornar-se fato jurídico (REALE, 2000:70)

uma vez que *o direito adjectiva os fatos para que sejam jurídicos, para que entrem no mundo jurídico* (MIRANDA, 1954:79, vol.I), e assim, existam. São, pois, fatos jurídicos quaisquer fatos (suportes fácticos) que entrem no mundo jurídico, portanto sem qualquer exclusão de fatos contrários a direito, inclusive os atos **ilícitos**, pois a medida em que estes recebem a incidência das regras jurídicas que neles se imprimem, surtem efeitos jurídicos. Assevera o autor que:

“[...] b) o hábito de se excluírem, no conceito e na enumeração dos fatos jurídicos, os fatos contrários ao direito, principalmente os atos ilícitos, provém de visão unilateral do mundo jurídico, pois os atos ilícitos, como todos os fatos contrários a direito, entram no mundo jurídico, são fatos jurídicos contrários a direito, que, recebendo a incidência das regras jurídicas, que neles se imprimem, surtem efeitos jurídicos (direito, pretensão e ação de indenização e até restituição, direito ao desforço pessoal, à reedificação, etc.). Donde termos de falar dos fatos jurídicos contrários a direito e dos atos (jurídicos) ilícitos.” (MIRANDA, 1954: 184-vII)

A **ilicitude** aqui tratada apresenta uma visão bastante estreita da função que o ato **ilícito** exerce no direito, pois toma o ponto de vista apenas da sanção. Isso se explica pelo fato de que em Pontes de Miranda a norma jurídica representa um juízo de “ser” e não de “dever ser”, diz o autor que “*o mundo compõe-se de fatos, em que novos fatos se dão. O mundo jurídico compõe-se de fatos jurídicos. Os fatos, que se passam no mundo jurídico, passam-se no mundo, portanto: são*” (MIRANDA:1954).

Esse “ser” do direito em Pontes de Miranda refere-se a posição do direito no mundo, ele também como um fato do mundo, uma realidade, mas uma realidade que possui incidência, donde mais se faz notar a influência do sociologismo jurídico. No sociologismo, as questões sociais e políticas operam numa atmosfera socialmente condicionada e fatalmente operada de forma que, aquilo que interessa ao direito é evidente por si mesmo dispensando a discussão racional – esse método não é passível de testificação. O **ilícito** é um elemento dessa realidade jurídica cuja incidência é negativa, cujos efeitos não são queridos nem favoráveis ao autor do fato.

Os Fatos Jurídicos classificam-se em Pontes de Miranda como:

- a) fatos jurídicos *stricto sensu*
- b) fatos jurídicos ilícitos (contrários a direito) compreendendo os fatos ilícitos *stricto sensu*, atos-fatos ilícitos, atos ilícitos (de que os atos ilícitos *stricto sensu* são espécies, como os atos ilícitos caducificantes), os absolutos ora relativos;
- c) atos-fatos jurídicos;
- d) atos jurídicos *stricto sensu*;
- e) negócios jurídicos. (MIRANDA, 1954:184-vII)

Essa classificação dos Fatos Jurídicos não se mostrou, contudo, suficiente ante a variedade de atos **ilícitos** que não somente aqueles que acarretam a obrigação de indenizar. Daí a necessidade de uma reclassificação dos fatos jurídicos em geral, mas “já agora, arrolando-se todos eles, em vez de se cogitar,

*apenas daqueles que a tradição apontava como mais típicos, ou, o que fora pior, como os mais fáceis de classificar” (PONTES DE MIRANDA, 1954:201). A **ilícitude** então passa a ser encarada como *juridicizante*, isto é:*

- a) determinadora da entrada do suporte fático no mundo jurídico para a irradiação da sua eficácia responsabilizadora (plano da existência) (art. 159), ou
- b) para a perda de algum direito, pretensão ou ação, ou
- c) como infratora culposa de deveres, obrigações, ações ou exceções como acontece com toda responsabilidade culposa contratual (plano da eficácia), ou
- d) como nulificante (plano da validade)

De todas essas etapas de formação do suporte fático, a mais importante para Pontes de Miranda é a fase da incidência que corresponde ao momento em que regras jurídicas incidem sobre os fatos “*colorindo-os, fazendo-os jurídicos*”, sendo esses fatos em número incalculável:

O suporte fático (Tatbestand) da regra jurídica, isto é, aquele fato, ou grupo de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide pode ser da mais variada natureza: por exemplo, a) o nascimento do homem, b) o fato físico do mundo inorgânico, c) a doença, d) o ferimento, e) a entrada em terrenos É incalculável o número de fatos do mundo, que a regra jurídica pode fazer entrarem no mundo jurídico – que o mesmo é dizer-se pode tornar fatos jurídicos. Já aí começa a função classificadora da regra jurídica: distribui os fatos do mundo em fatos relevantes e fatos irrelevantes para o direito, em fatos jurídicos e fatos ajurídicos. (MIRANDA, 1954:19-20, vol.I)

Dentro desse raciocínio, diz o autor que o direito necessita primeiro *regrar o campo que lhe interessa e que constitui o próprio campo do mundo jurídico*, discriminando os fatos que nele entram conforme a natureza de cada um. Para que se proceda a escolha dos fatos que interessam ao direito há três modalidades de regras jurídicas, a saber: a) regras jurídicas pré-juridicizantes; b) regras jurídicas juridicizantes e, c) regras jurídicas desjuridicizantes (MIRANDA, 1954:75-v1). A localização dessas “regras jurídicas pré-juridicizantes”, entretanto, não se passam no plano do direito. Para Pontes de Miranda, tal *pré-juridicização* se passa no plano político, moral ou científico:

O direito, na escolha dos fatos, que não de ser regrados (sobre os quais incide a regra), deixa de lado, fora do jurídico, muitos fatos, que a alguns observadores e estudiosos parecem dignos de regulação; mas esse julgamento dos técnicos do direito, ou dos não-técnicos, por mais procedente que seja, só se pode passar no plano político, moral ou científico, e nenhuma influência pode ter na dogmática jurídica. Enquanto a regra se não transforma em regra jurídica, isto é, enquanto não se faz incidível, cabe a crítica; não, depois. Só o direito separa os fatos que ele faz serem jurídicos, precisando linhas entre o jurídico e o aquém ou o além do jurídico (não-jurídico), como tira, ou acrescenta, ou altera alguns desses fatos para os fazer jurídicos; de modo que, ainda no tocante aos fatos do suporte fático das regras jurídicas, o direito procede a esquematização do mundo físico, a fim de o fazer até certo ponto e dentro de limites precisos, jurídico (princípio da esquematização). (MIRANDA, 1954:21, vol.I)

Há, assim, momentos distintos de juridicização de fatos que o jurista deve precisamente considerar, segundo Pontes de Miranda (1954:21-v1), e que são:

- a) a elaboração da regra jurídica (fato político),
- b) a regra jurídica (fato criador do mundo jurídico),
- c) o suporte fático (abstracto), a que ela se refere,
- d) a incidência quando o suporte fático (concreto) ocorre,
- e) o fato jurídico, que daí resulta,
- f) a eficácia do fato jurídico, isto é, as relações jurídicas e mais efeitos dos fatos jurídicos.

Segundo Pontes de Miranda, esses fatos saem do plano político para o plano jurídico, quer dizer, passam a ser **ato ilícito** por efeito de um encadeamento histórico dos fatos do mundo que se passam no pensamento; assim, a intensidade com que acontecem e à maneira como o nosso pensamento os concebe é que regem essa passagem do político para o jurídico e, a medida em que esses fatos, já tornados jurídicos se fixam, é que se tem por determinada a sua eficácia. Tudo se desenrola mediante o pensamento que está na regra jurídica, no dizer de Pontes de Miranda:

Tudo isso se desenrola mediante o pensamento, que está na regra jurídica (pensar vem de *pesar*), e incide nos fatos, ainda em queda (incidere, cadere) que só se passa no mundo dos nossos pensamentos, porém que nós *vemos* em suas consequências [...]

[...] o direito objetivo (a regra jurídica que incide) espécie do *genus* “realidade espiritual”, com os seus pressupostos e as suas consequências (eficácia), isto é, “algo” autônomo e eficiente (ein

selbstanding wirkendes Etwas). Coube-nos proceder à maior caracterização dessa “vida à parte”, desse além da vida uterina (legislativa) da regra jurídica, de modo a mostrarmos a passagem do *político* para o *jurídico* (Subjektivismus und Voluntarismus im Recht, Archiv fur Rechts – und Wirtschaftsphilosophie, 16, 552-543), quando começa, e só então começa, a *incidência* dela. As relações jurídicas, os direitos subjetivos, os deveres, as qualidades jurídicas das pessoas e das coisas não se passam no mundo das percepções visuais e auditivas, gustativas e tateis; passam-se, *são*, no mundo do pensamento, que é parte do mundo total, razão por que se colam a fatos do mundo perceptível e podemos provar, depois, terem-se colado: toda prova de direito é prova de fatos que antecederam a ela, fatos sobre os quais a regra jurídica incidu, e da regra jurídica, escrita ou não escrita, como fato. (MIRANDA, 1954)

Percebe-se que o pensamento de Pontes de Miranda é uma superação do culturalismo de Tobias Barreto porque já contava com a influência do sociologismo de Auguste Comte, para quem o verdadeiro objetivo da ciência é prever as consequências futuras dos fatos históricos através da observação, pois o mundo possui uma organização que lhe é própria e que se reflete no espírito do homem. Veja-se a propósito a seguinte passagem de Pontes de Miranda acerca do surgimento dos fatos jurídicos:

[...] Por outro lado, a nossa experiência das consequências (eficácia) das regras jurídicas fez-nos ter de tais regras, - perceptíveis, porém nem sempre, em textos escritos, - a noção exata. **São fatos do mundo dos pensamentos, fatos a que temos de atender por seu encadeamento histórico, sua intensidade presente e pela previsão**

ou visão de suas consequências. (MIRANDA, 1954:7-8, vol.I)
(destacamos)

O **ilícito** estaria então latente no desenvolvimento natural dos acontecimentos e perfeitamente nítidos na observação do homem que lhe conhece os fins, as consequências. Como tendente para uma finalidade que lhe é fatal, o ato **ilícito** como categoria do ato jurídico terá a incidência normativa exatamente como previsto na norma a qual adentrou juridicizada.

Devemos lembrar aqui que a orientação adotada pelo Código Civil em vigor foi exatamente da inserção do ato **ilícito** na categoria dos atos jurídicos (desdobramento do fato jurídico); mas do pensamento de Pontes de Miranda apenas o fator da “incidência” foi aproveitado já que se agregou novas dimensões de **ilicitude** aferíveis em mais de um momento de elaboração normativa, fundados na possibilidade de produção de efeitos positivos do ato **ilícito** quando conveniente para atendimento dos “fins do direito”, forjados na teoria que sustenta essa inclusão.

Antes de nos referirmos às bases dessa fundamentação, vejamos o pensamento de alguns civilistas que excluem da categoria dos atos jurídicos os atos **ilícitos**, e se há coerência nessa exclusão com a teoria das fontes do direito por eles adotada.

Assim, em posição diversa da adotada por Bevilacqua e Pontes de Miranda (posição que acabou sendo adotada pelo Código Civil de 2002³⁸), Washington de Barros Monteiro, para quem o ato **ilícito**, constituindo delito civil ou criminal implica violação à lei, só podendo incluir-se entre os *atos jurídicos* porque têm relevância para o direito, mas nunca entre os *atos jurídicos* por se constituírem em delito civil ou criminal. Segundo ele:

Depois de haver disciplinado o negócio jurídico e o ato lícito desde a sua formação até os casos de invalidade, passa o Código a regular o ato ilícito. Já fizemos sentir a profunda diferença existente entre eles; negócio jurídico é ato de vontade, que produz efeitos de direito querido pelas partes; ato jurídico lícito também é ato de vontade, mas que produz efeitos jurídicos independentemente da vontade do agente. O negócio jurídico e o ato jurídico lícito, segundo os requisitos do art. 104 do Código Civil de 2002, são atos *lícitos*, atos fundados em direito, enquanto o ato ilícito, embora emane da vontade do agente e produza efeitos jurídicos, constitui delito, civil ou criminal, e, pois, violação à lei, só podendo incluir-se entre os fatos jurídicos. (MONTEIRO, 2003:320)

Esses Fatos Jurídicos analisados por Monteiro são aqueles integrantes das fontes das **obrigações**, onde se incluem os negócios jurídicos e os atos **ilícitos** como atos causadores de dano que vão gerar o dever de indenizar. O fato de

³⁸ João Batista Vilella revela que quando da discussão do Anteprojeto de Código Civil da Comissão Reale houve grande dissenso entre este e Caio Mário da Silva Pereira, diz Vilella (1982:258): “*Ali se previu, na Parte Geral, um título a que se chamou “Atos jurídicos lícitos”. Contra tal orientação insurgiu-se Caio Mário da Silva Pereira, que teve réplica de Miguel Reale, a quem ainda treplicou*”. Já sabemos o resultado do debate.

excluir o ato **ilícito** na categoria dos atos jurídicos não revela qual é o conteúdo da ilicitude para esse autor, “como” a conduta **ilícita** é definida neste e em outros institutos do Direito Privado.

É que esse autor não questiona acerca da definição do conteúdo da **licitude** ou **ilicitude** do ato no capítulo de sua obra destinado às obrigações, mas sim ao tratar das fontes do direito. Monteiro acentua que os costumes, embora tenham paulatinamente perdido sua importância “*continua a brotar da consciência jurídica popular, como inicial manifestação do direito*”, e que no direito brasileiro é força reconhecê-lo, sendo a sua flexibilidade a sua maior vantagem, ou seja, a possibilidade de alcançar os casos concretos independentemente de previsão normativa expressa, embora saliente que se há lei em vigor que prescreva em sentido contrário, não é possível a formação da regra consuetudinária (MONTEIRO, 1966:19-21).

Caio Mário da Silva Pereira também descreve o ato ilícito como o ato que se concretiza em um procedimento em desacordo com a ordem legal e, por isso mesmo, jamais poderá gerar direitos ao agente, somente deveres:

O ato jurídico, pela força do reconhecimento do direito, tem o poder de criar faculdades para o próprio agente. É *jurígeno*. Mas o ato ilícito, pela sua própria natureza, não traz a possibilidade de gerar uma situação em benefício do agente. O ato jurídico, pela sua submissão à ordem constituída, não é ofensivo ao direito alheio; o ato ilícito, em decorrência da própria iliceidade que o macula, é lesivo do direito de

outrem. Então, se o negócio jurídico é gerador de direitos ou de obrigações, conforme num ou noutro sentido se incline a manifestação de vontade, o ato ilícito é criador tão somente de deveres para o agente, em função da correlata obrigatoriedade da reparação, que se impõe àquele que, transgredindo a norma, causa dano a outrem. (PEREIRA, 1966:456).

Esse autor ainda diferencia o **ilícito** civil do **ilícito** criminal pelo fato de que neste, o ato motiva a segregação do agente, ou uma diminuição patrimonial ou simplesmente a privação de uma faculdade, enquanto que o **ilícito** civil cria o dever de reparação do dano com o fito de recompor o patrimônio diminuído, *“mesmo no caso de um ilícito ser reprimido simultaneamente no cível e no penal, há diferenciação”*, completa Pereira, *“pois enquanto este tem em vista a pessoa do agente para impor-lhe a sanção, aquele preocupa-se com o resultado, e cogita da recomposição patrimonial da vítima; enquanto o direito penal vê no ilícito a razão de punir o agente, o direito civil nele enxerga o fundamento à reparação do dano”*. (MONTEIRO, 1966:457).

Mas a possibilidade de geração de **ilicitudes** em Pereira também não fica restrita a previsão normativa, pois esse autor não indaga acerca da definição do conteúdo da licitude ou ilicitude do ato no capítulo de sua obra destinado às obrigações e, na mesma esteira de Monteiro, entende que os costumes são importantes como fonte do direito, acusando em sua análise dois elementos

constitutivos: um externo, consistente na constancia e repetição dos mesmos atos capaz de gerar a convicção de que daí nasce uma norma jurídica; e outro interno, representado pela convicção mesma de sua necessidade que funcionará como fundamento de sua obrigatoriedade justificando a sua aplicação compulsória aos que não se submetem voluntariamente a ela. É o que o autor vai chamar de *teoria da convicção*, pela qual o uso se torna direito:

A chamada teoria da convicção, que situa nesta o fundamento de que o *usus* se torna direito em razão da convicção geral de sua legitimidade. (PEREIRA, 1966:62).

Orlando Gomes (1999) restringe a figura do “ato ilícito” ao ato causador de danos a outrem cuja sanção está adstrita à esfera patrimonial consistente na obrigação de ressarcimento de danos, extremando essa figura do “negócio ilícito” cuja consequência legal é a ineficácia e não o ressarcimento, e define:

Ato ilícito é, assim, a ação ou omissão culposa com a qual se infringe, direta e imediatamente um preceito jurídico do Direito Privado, causando-se dano a outrem. O conceito de ato ilícito implica a conjugação dos seguintes elementos: *a) a ação, ou omissão, de alguém; b) a culpa do agente; c) violação de norma jurídica de Direito Privado; d) dano a outrem.* (GOMES,O.,1999:488).

Partindo desse posicionamento, diz esse civilista que se alguém não paga uma dívida, prejudicando o credor, não pratica ato ilícito propriamente dito, embora, em última análise, viole, com esse procedimento, a regra jurídica que ordena ao devedor o cumprimento da obrigação contraída, em suas palavras:

O comportamento social do homem, lícito ou ilícito, suscita efeitos jurídicos. Neste último caso, tais efeitos não são desejados pelo agente, mas impostos pela lei. A ação humana contrária ao Direito denomina-se, *lato sensu*, ato ilícito, mas toda conduta ilícita do indivíduo não configura necessariamente ato ilícito.

É preciso distinguir, primeiramente, a atitude infringente da norma jurídica, da que lesa interesse legítimo de outrem, cuja satisfação depende de sua iniciativa. Se alguém não paga uma dívida, prejudicando, portanto, o credor, não pratica ato ilícito propriamente dito, embora, em última análise, viole, com esse procedimento, a regra jurídica que ordena ao devedor o cumprimento da obrigação contraída. (GOMES, O., 1999:487).

Orlando Gomes não deixa clara sua singular sistematização do ato ilícito, colocando de um lado a “conduta” **ilícita** como sendo qualquer conduta que infrinja um dever jurídico, genérico ou específico, nominando-a como “antijurídica” e, de outro lado o que chama de “ato ilícito propriamente dito”, como sendo o ilícito indenizante, especialmente quando sentencia:

O cuidado inicial a se ter, portanto, na caracterização do ato *ilícito* é verificar se o comportamento ilícito do agente é infração direta e imediata de um preceito jurídico, se, por outras palavras, constitui ato,

ou omissão, que infrinjam um dever genérico de conduta. Contudo, não basta. A ação contrária ao Direito pode ser praticada sem que o agente saiba que está a proceder ilicitamente. O ato que pratica não é, nesse caso, *ato ilícito*, apesar de ser antijurídico. (GOMES,O., 1999:488).

Como núcleo de caracterização do **ilícito**, seja ele “ato antijurídico” ou “ato ilícito propriamente dito”, Orlando Gomes coloca o “*conhecimento da natureza ilícita do ato. Exige-se, numa palavra, que tenha culpa. Desse modo, é a antijuridicidade subjetiva que constitui ato ilícito*” (GOMES,O., 1999:488).

Não é comum os civilistas distinguirem **ilicitude** de antijuridicidade sendo essa uma preocupação própria de penalistas, em especial pela aproximação do **ilícito** com o injusto para efeito de gradação da pena, assunto que será retomado em outro tópico deste trabalho. Em tema de responsabilidade civil a indenização é medida pela extensão do dano e não da culpa conforme se infere do artigo 944 do Código Civil Brasileiro.

A exemplo dos outros civilistas aqui mencionados, Orlando Gomes reconhece como legítimas outras fontes de emanção de **ilicitude** que não apenas a lei originada no devido processo legislativo; o conteúdo da **ilicitude** do ato pode derivar dos costumes que assumem força de lei – são fontes de direito, com um elemento diferenciador em relação aos outros civilistas mencionados, e é quanto a

força obrigatória dos costumes que embora nasçam no meio social devem receber confirmação dos tribunais, sendo daí que os costumes tiram a sua legitimidade, *in verbis*:

O problema do fundamento da força obrigatória do costume tem, no direito moderno, o interesse prático, e mais relevante, de explicar de onde o costume tira sua autoridade. Para essa indagação há duas respostas: ou a autoridade do costume se consagra pela confirmação do legislador, ou pela aceitação pelo juiz. A tese da *confirmação legislativa* é inadmissível na sua fundamentação e em suas consequências, não passando de intolerável exageração do papel do legislador para lhe reservar o monopólio da produção normativa que eliminaria o costume como fonte formal do direito. A tese da *confirmação jurisprudencial* é aceitável. Segundo seus adeptos, o costume adquire força obrigatória quando reconhecido e aplicado pelos tribunais. Necessário, portanto, se consagre através da prática judiciária. (GOMES,O., 1999:43)

O fato dos civilistas posteriores à Clóvis Bevilacqua e Pontes de Miranda como Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes e Washington de Barros Monteiro entenderem que o ato **ilícito** não pode ser inserido na categoria dos atos jurídicos de modo a produzir efeitos jurídicos proveitosos para o agente e, por outro lado, perceberem a origem da **ilicitude** em “fontes do direito” que não apenas a legislativa, enquanto aqueles a reconhecem no momento de sua elaboração como um fato político, deve-se a ambiguidade que apresenta a expressão *fonte*, a significar a origem ou gênese do direito não somente sob o seu

aspecto histórico ou sociológico, mas também sob os aspectos de elaboração e dedução do direito, bem como sua fundamentação e justificação.

Acontece que a pretexto de realização do *direito justo*, pela via transversa das fontes do direito, abre-se a via pela qual o **ilícito** poderá produzir efeitos jurídicos. A teoria das fontes, assinala Ferraz Jr. (2001:221), “*relaciona-se, primordialmente, com o problema da identificação do que seja direito no contexto da sociedade moderna*” sendo “*seu conceito-chave o de ato jurídico*”.

A remissão às fontes do direito nas análises dogmáticas do Direito Privado, e muito especialmente na análise do Fato Jurídico (e por consequência do ato **ilícito**), tem como causa o desafio de se dar ao Direito uma definição e com ela o estabelecimento (reconhecimento) dos centros de produção normativa, em outras palavras: os centros de Poder. Liga-se ainda a essa temática o estudo do ato de decidir, como ensina Rosemrio Leal em sua *Teoria Processual da Decisão Jurídica*:

O estudo do *ato de decidir*, no plano jurídico-político-econômico, é que pode definir as diversas etapas da história humana e sua escalada evolucionária ou seu retrocesso civilizatório. (LEAL,R., 2002:17)

A teoria das fontes é, pois, reveladora da opção teórica de um dado ordenamento jurídico conforme o grau de amadurecimento da sociedade política,

sua reflexão sobre as instâncias de Poder nos momentos de elaboração e aplicação das normas, ou seja, momentos de **decisão**. Dizendo de outra forma, a legitimação e o espaço de decisão dos conteúdos de *ilicitude* espelham a submissão ou a participação³⁹ dos destinatários das normas.

Bem analisada, a orientação adotada no vigente Código Civil, tal qual aparece explicitada na exposição de motivos, não traduz uma «nova» orientação, mas apenas a formalização do pensamento jurídico dominante nos estudos dos civilistas pátrios desde o Código de 1916, bem como a formalização da atuação política e legislativa que vem sendo adotada pelos tribunais brasileiros nas últimas décadas sob o olhar resignado do Legislativo, estratégico do Executivo e indiferente do povo, excluído dos espaços discursivos pela falta de implementação de direitos fundamentais (LEAL,R.:2008).

A questão avança para outras dimensões teórico-normativas que fazem do Direito Privado um *locus* de “*pretensões de validade em bases meramente estratégicas de preservação de uma paz sistêmica*” (LEAL,R., 2002:29) em que os destinatários das normas **são** clientes passivos da legalidade produzida, instituindo-se vazios normativos de um direito a ser criado fora do espaço discursivo do PROCESSO.

³⁹ Por participação entendemos com Leal (2005:96) o conceito de parte como “*o agente processual do DEVER-SER jurídico e não o SER jurídico que é a LEI em si mesma*”.

Nos próximos tópicos vamos analisar o contexto histórico e teórico que resultou na adoção irrestrita pelo Direito Privado Brasileiro das cláusulas abertas e dos conceitos gerais indeterminados como fontes produtoras de **ilicitudes**, com exposição e contextualização da Teoria Pura do Direito pois fora a partir dela que se deu a construção da Teoria Tridimensional do Direito cujos fundamentos teóricos e metodológicos se encontram na base da formulação do Código Civil em vigor.

Como testificadora da constitucionalidade dessas teorias, esboçaremos na sequência a Teoria da Decisão Jurídica formulada com base na Teoria Neo-institucionalista do Processo de Rosemiro Pereira Leal para constatar a incompatibilidade dessa “**ilicitude**” não processualizada com o Estado Democrático de Direito.

1.5 O Direito pré-suposto

No dogmatismo hermético do positivismo jurídico de Hans Kelsen foi lapidada a teoria que daria sustentação à criação de **ilicitudes** extra-normativas no âmbito do Direito Civil, quer dizer, fora das normas originadas no Processo Legislativo. Por mais que isso pareça inadequado quando se considera que Kelsen seja o mais conhecido positivista do século XX, o fato é que as aporias da Teoria Pura do Direito permitiram que se legitimasse fontes alternativas de poder em

atenção ao reclamo social de justiça. Nessas elaborações enxergou-se a existência de um espaço pré-jurídico localizado na consciência dos povos de onde são extraídas as valorações de condutas. Vejamos como isso se dá a partir de um esboço da teoria kelseneana.

1.5.1 A Teoria Pura do Direito e a Ilicitude como Pressuposto do Direito

A fundamentação do Direito em Kelsen representa o abandono do indivíduo para enfrentar, ou melhor, submeter-se às forças economicamente privilegiadas da sociedade, pois supõe que os costumes nascem espontaneamente no meio social, resultando em uma criação consciente de direitos quando se sabe que a história da humanidade é marcada pela dominação. A “norma pressuposta” não possui origem visível, determinada, definida; não submete os critérios de validade e legitimidade pela via Processual – em contraditório - a decisão da **ilicitude** do fato que resultou na norma.

A Teoria Pura de Kelsen foi fundada em um dos ciclos de crise de legitimidade do direito e de uma nova interpretação da teoria do conhecimento de Kant. A **ilicitude** validada na moral transcendental kantiana passa a ser validada por condições exclusivamente formais das proposições sobre o dever ser jurídico (GOMES,A.:2004). Acontece que Kelsen não somente retirou da Ciência do Direito a orientação de outras Ciências, ele também suprimiu o espaço discursivo

para decisão de **ilicitudes** do campo do direito transportando-o para espaço político.

Kelsen concebe o Direito como uma ordem estatuidora de atos de coerção que, sob certas condições ou pressupostos desencadeia duas ordens de resposta coercitiva: sanção e coação, sendo todos (condições, pressupostos e coerção) determinados pela ordem jurídica. O **ilícito** em Kelsen é pressuposto do Direito na medida em que a ação ou omissão determinada pela ordem jurídica pré-supõe um ato de coação - o **ilícito** é a conduta contra a qual esta sanção é dirigida como reação; essa reação visa resultados específicos conforme seja ou não possível produzir ou restabelecer a situação criada em virtude da conduta contrária ao Direito. Esclarece Kelsen *in verbis*:

A relação entre ilícito e consequência do ilícito **não** consiste, assim, - como o pressupõe a jurisprudência tradicional - em uma acção ou omissão, pelo facto de representar um ilícito ou delito, ser ligado um acto de coação como consequência do ilícito, **mas** em uma acção ou omissão ser um ilícito ou delito por lhe ser ligado um ato de coação como sua consequência. Não é uma qualquer qualidade imanente e também não é qualquer relação com uma norma metajurídica, natural ou divina, isto é, qualquer ligação com um mundo transcendente ao Direito positivo, que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito - mas exclusivamente o facto de ela ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um acto de coerção, isto é, de uma sanção. (KELSEN, 1984:167) [acentuamos em negrito]

Uma vez normatizada a conduta ela se desvincula de qualquer elemento moral; *não há mala in se* (para o direito), vai dizer Kelsen, *mas apenas mala prohibita*, o que lhe permite reconhecer a diversidade dos sistemas jurídicos ao considerar um fato passível ou não de coerção, ou seja, *um e o mesmo facto é, segundo uma norma jurídica, um ilícito ou delito, por esta lhe ligar uma sanção, e não o é segundo uma outra que não prevê tal consequência.* (KELSEN, 1984:168).

É irrelevante, em Kelsen, para o conceito de **ilícito**, o processo de transformação da ação ou omissão em pressuposto de um ato de coação pois ele rejeita a idéia do Direito natural de que o valor e o desvalor são imanescentes à realidade, imanescentes a certos fatos que por isso exigem punição por parte do Direito Positivo. O fato do **ilícito** estar *dentro* do direito, representando então um não-direito não implica em nenhuma contradição lógica em Kelsen, pois ele considera que o **ilícito** é também juridicamente Direito da seguinte forma: *o ato contrário ao direito atrai o ato de coação, enquanto que o ato conforme o direito evita o ato de coação* (1984:170).

Como em Kelsen o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma superior, também a competência para estabelecer normas válidas é definida por uma norma que confere autoridade à personalidade legiferante. Dito de outro modo, é preciso que aquele que elabora a norma tenha a

competência para fazê-lo estatuída em uma norma; a norma que estatui essa competência deve também resultar de outra norma que subsidie a autoridade daquele que estatui a norma que confere a competência.

Em Kelsen, *da norma fundamental, apenas podemos deduzir o fundamento de validade e não o conteúdo das normas jurídicas concretas, já a norma fundamental não está «contida» numa ordem jurídica positiva, pois ela não é uma norma positiva, isto é, posta, mas uma norma pressuposta pelo pensamento jurídico.* (KELSEN, 1984:274, nota1).

Evidentemente, justifica Kelsen, *que a norma fundamental não significa o mesmo que a soma de todas as normas positivas de uma ordem jurídica. Ela é uma norma diferente destas normas e representa o seu fundamento de validade: uma norma **pressuposta**, não uma norma posta.*(KELSEN, 1984:274, n.1) (o grifo é nosso). Kelsen esclarece isso da seguinte forma:

[...] o conceito de ordem jurídica deve ser determinado, pois uma constituição não pode ser considerada como obrigatória se não for considerada simultaneamente como norma básica fundante (*fundierende Grundnorm*). Se as normas da constituição são parte integrante da ordem jurídica, então a norma fundamental também deve considerar-se como pertencente à ordem jurídica (KELSEN, 2005:67 – tradução nossa⁴⁰)

⁴⁰ El concepto del orden jurídico debe ser determinado, pues una constitución no puede considerarse como obligatoria, si no se la considera simultáneamente con la norma básica fundante (*fundierende Grundnorm*). Si las normas de la constitución son parte integrante del orden jurídico, entonces la norma fundamental también debe considerarse como perteneciente al orden jurídico (KELSEN, 2005:67).

A norma fundamental formulada pela Ciência do Direito tem um caráter formal e não um caráter material pois este é, segundo Kelsen, o princípio do positivismo jurídico; por isso a Ciência do Direito é definida “*como um sistema de normas que ordena a coação, estabelecida por atos humanos com fundamento em uma constituição, cuja obrigatoriedade é pressuposta se a constituição é, em geral e na maioria das vezes, eficaz*” (2005:67 – tradução nossa⁴¹).

A eficácia do direito em Kelsen significa a conformidade da conduta dos indivíduos a ordem jurídica positivada, diz ele:

As normas constitucionais se estabelecem de conformidade com uma norma fundamental não positiva (*gesetztes*), senão pressuposta: se deve atuar da maneira como prescreve a constituição. Deve ser observado que a norma fundamental se refere só a uma constituição eficaz, pois, como tenho enfatizado na Teoria Pura do Direito, uma constituição só pode ser considerada como obrigatória quando, em geral e na maioria das vezes é eficaz, isto é, somente se os indivíduos cuja conduta é regulada pela constituição, de fato se comportam de maneira geral de conformidade com ela. Este é o princípio da efetividade, que deve ser incluída na formulação da norma fundamental (KELSEN, 2005:66 – tradução nossa⁴²).

⁴¹ [...] como un sistema de normas que ordenan la coacción, establecidas por actos humanos con fundamento en una constitución, cuya obligatoriedad es presupuesta si la constitución es, en general y la mayoría de las veces, eficaz.

⁴² Las normas constitucionales se establecen de conformidad con una norma fundamental no positiva (*gesetztes*), sino *presupuesta*: se debe actuar de la manera como lo prescribe la constitución. Debe ser observado que la norma fundamental se refiere sólo a una constitución eficaz, pues, como lo ha enfatizado la Teoría Pura del Derecho, una constitución solo puede ser considerada como obligatoria cuando en general y la mayoría de las veces es eficaz, i.e., sólo si los individuos cuya conducta es regulada por la

A análise da estrutura da norma bem como dos fundamentos de validade da norma na Teoria Pura do Direito de Kelsen não apontam quais forças atuam para que um determinado fato seja passível de coerção e, portanto, tornado **ilícito**. Uma possível resposta a essa questão aparece na “*teoria dos dois mundos*” (PAULSON⁴³, 2003:548) onde Kelsen tenta solucionar a tensão entre faticidade e normatividade, entre *ser* e *dever ser*.

Ser e *Dever Ser* em Kelsen possuem um antagonismo do tipo lógico-formal, encontrando-se separados por um abismo insolúvel porque, na filosofia do direito de Kelsen não pode haver nenhuma relação entre o homem e a pessoa jurídica, entendida como centro de imputação das normas (PAULSON, 2003:558). É nesse ponto que Paulson aproxima Hans Kelsen da intenção Kantiana de fundamentar a razão prática frente a razão teórica, ou seja, da

constitución de hecho se comportan de manera general de conformidad con ella. Este es el principio de *efectividad*, que debe ser incluido en la formulación de la norma fundamental (KELSEN, 2005:66).

⁴³ A monografia de Stanley L. Paulson : “La Distinción Entre Hecho Y Valor: La Doctrina de Los Dos Mundos Y El Sentido Inmanente: Hans Kelsen como Neokantiano” pretende demonstrar a total influência da escola de Baden na construção do pensamento de Kelsen. Sustenta o autor que a tradição jusfilosófica ocidental se divide em duas teses: a tese moral ou tese da vinculação necessária entre o direito e a moral e, a tese da separação, segundo a qual o direito e a moral podem separar-se conceitualmente não existindo uma conexão necessária entre eles. Essa distinção, segundo Paulson, é o fiel reflexo entre o “ser” que se relaciona com o direito válido, e o “dever ser” que se relaciona com as normas da moral. Em Kelsen, ainda segundo Paulson, há uma segunda diferenciação derivada da filosofia do direito desenvolvida durante o século XIX e que corresponde o “ser” com os fatos do mundo exterior, e o “dever ser” com as normas da moral e do direito entendidos como categorias distintas. Essa distinção, avisa o autor, deve-se ao fato de que durante o século XIX, os teóricos do âmbito continental-europeu não viram motivo para se ocupar da separação entre o direito e a moral, podendo-se dizer o mesmo em relação à Kelsen cuja preocupação foi separar fato e valor, ou seja, *ser* e *dever ser* em especial na obra de 1911 “*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*” (Problemas Capitais da Doutrina do Direito e do Estado) onde, sobre essas duas formas de pensamento Kelsen escreve: “*ser y deber ser aparecen como dos mundos separados*”.

autonomia dos valores em face da realidade, da moral em face da natureza. Aliás, o viés Kantiano de sua obra é expresso pelo próprio Kelsen, como assinala Paulson na seguinte citação de *Allgemeine Staatslehre* (Estudos do Estado):

O método da teoria do Estado positivo está mais ou menos conscientemente, mais ou menos consequentemente, determinado por meio da crítica kantiana a razão: dualismo entre ser e dever ser; substituição dos postulados metafísicos e das hipóteses mediante categorias transcendentais como as condições da experiência; transformação das antinomias absolutas – enquanto quantitativas e trans-sistemáticas – dentro de uma mesma disciplina, com relativas diferenças, quantitativas e intra-sistemáticas; elevação da esfera subjetiva do psicologismo no âmbito da validade lógico objetiva; estes são alguns dos momentos essenciais deste método. E estas são as diretivas decisivas do meu trabalho teórico. (KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. 1925 *apud* PAULSON, 2003:560, nota 45 – tradução nossa⁴⁴).

Diante do abismo intransponível colocado por Kelsen entre “ser” e “dever ser” – entre o concreto e o normativo - a Teoria Pura do Direito só poderia definir ato jurídico “*como um ato com o qual uma norma é criada ou aplicada com*

⁴⁴ El método de la teoría del Estado positivo está-más o menos conscientemente, más o menos consequentemente – determinado por medio de la crítica kantiana a la razón: dualismo entre ser y deber ser: reemplazo de los postulados metafísicos y de las hipótesis mediante categorías transcendentales como las condiciones de la experiencia; transformación de las antinomias absolutas – en cuanto cuantitativas e transsistemáticas – dentro de una misma disciplina, en diferencias relativas, cuantitativas e intrasistemáticas; ascenso a la esfera subjetiva del psicologismo en el ámbito de la validez lógico-objetiva: estos son algunos de los momentos esenciales de este método. Y éstas son las diretivas decisivas de mi trabajo teórico jurídico” (KELSEN, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. 1925 *apud* PAULSON, 2003:560, nota 45).

fundamento na própria ordem jurídica” (KELSEN, 2005:66), sem se cogitar do momento de decisão acerca da *ilicitude* do ato, razão pela qual Kelsen estabelece uma justificação para a democracia do tipo funcional, ou seja, a decisão sobre o valor social a ser posto em prática é delegada à comunidade política que recebe mandato para realizar os valores liberdade e igualdade, os dois *postulados da nossa razão prática*. Segundo Kelsen:

É a própria natureza que, exigindo liberdade, se rebela contra a sociedade. O peso da vontade alheia, imposto pela vida em sociedade, parece tanto mais opressivo quanto mais diretamente se exprime no homem o sentimento primitivo do próprio valor. (...) Da idéia de que somos — idealmente — iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia. (KELSEN, 1993:27).

Sem a fé das massas no poder e na missão divina do ditador, nenhuma ditadura pode resistir por muito tempo ao indestrutível anseio de liberdade, e esta terminará sempre por levar a melhor sobre aquela. (KELSEN, 1993: 134).

O direito em Kelsen, purificado de qualquer espaço processual para discursividade torna-se em eficiente instrumento de dominação, pois desloca para fora do âmbito do Direito a atribuição de competência para estabelecimento das

normas, reduzindo os direitos políticos, isto é, a liberdade, a um simples direito de voto (1993:43)⁴⁵.

1.5.1.1 Contraponto: A Teoria Neo-institucionalista do Processo e a Teoria Pura do Direito

Para se compreender a importância do PROCESSO nas bases da Teoria Neo-Institucionalista, é importante que não se permita o uso da Teoria Pura de Kelsen como “produtora de subjetividades” (WARRAT, 1995:62). Não raras vezes a Teoria Pura do Direito é o principal alvo de doutrinas que defendem a manipulação do Direito pela moral, daí a importância de se encontrar um contraponto que não esteja comprometido apenas com a disputa pela posse do poder de decidir.

Pesquisa de inigualável rigor científico e extrema coerência teórica encontramos na obra de Dimoulis (2006). Esse autor apresenta as críticas apelativas que ordinariamente são feitas à Teoria Pura do Direito, as quais são rebatidas por ele de forma objetiva e lúcida. Aponta Dimoulis que o Positivismo Jurídico é fortemente acusado de ter oferecido “*um apoio incondicional ao mais bárbaro e sanguinário entre os regimes do século XX, o nacional socialismo*” (2006:257); afirma que o juspositivismo “*é apresentado como teoria que traiu a*

⁴⁵ A propósito dessa questão Sabadell (2008:37) assevera que Kelsen tinha plena ciência disso já que sua pretensão era exatamente a de levar à ciência jurídica a necessária “*pureza metodológica, tentando separar os diferentes níveis do discurso científico*”.

causa do direito” (...) “*enganando os operadores jurídicos ao dar cobertura teórica a um regime criminoso*”, e que a derrota do nacional-socialismo na Alemanha, bem como a derrota do facismo na Itália oportunizaram a defesa de abordagens moralistas do direito apontando em especial artigo de Gustav Radbruch publicado em 1946 (2006:259).

De maneira fundamentada e documentada Dimoulis analisa e rebate essas críticas concluindo que “*há uma clara incompatibilidade teórica e prática entre a abordagem do positivismo jurídico e os regimes ditatoriais do século XX. Diante disso, continuar acusando o PJ como cúmplice do nacional-socialismo demonstra o desconhecimento da história dos ordenamentos jurídicos e das doutrinas jurídicas nesse período*” (DIMOULIS, 2006:264).

Remata ainda o autor, cuja opção teórica é o Pragmatismo jurídico-político (2006:157) que:

(...) quem critica os juspositivistas por adotarem uma postura indiferenciada, atribuindo a qualidade de “direito” a qualquer sistema de normas, confunde os requisitos de validade da norma e os requisitos de validade do sistema jurídico. Os juspositivistas afirmam que qualquer norma pode vigorar desde que satisfaça os requisitos de validade estabelecidos pelo próprio sistema. Mas para reconhecer a validade do próprio sistema exigem que este seja socialmente eficaz, isto é, globalmente respeitado pela população. Não aceitam como direito “qualquer” sistema, mas tão somente aquilo que encontra efetiva aplicação, sendo, em geral, obedecido em determinada sociedade (capítulo III, 3.4). (DIMOULIS, 2006:266).

Assim, afastando elementos emocionais e apelativos de suas colocações teóricas, Dimoulis conclui que o *“PJ stricto sensu deixa a decisão sobre o dever de obediência ao direito positivo a critério de cada destinatário que julgará se e por que o direito deve ser obedecido, de acordo com suas crenças e interesses”* (2006:268).

De outro lado, a Teoria Neo-Institucionalista do Processo (LEAL,R. 2002:50, nota 37) aponta que a norma fundamental em sentido Kelseniano é de difícil definição, *“porque não explica a que mundo pertence de modo claro e terminativo”*, e Villey (2008:381) se ressentido que Kelsen *“não nos informa suficientemente de onde esta norma fundamental (hipotética, necessária para que uma ciência do direito seja possível) tira, por sua vez, sua autoridade”*.

Se submetemos a Teoria Pura do Direito às bases democráticas da Teoria Neo-institucionalista do Processo e da Teoria Processual da Decisão Jurídica, ambas de autoria de Rosemiro Pereira Leal, verificamos que, fora do Processo como espaço de discursividade, a tradição, a cultura e os costumes não processualizados, quer dizer, não submetidos à discursividade, criam **ilicitudes** permitindo a prática de arbitrariedades decisionistas, fortalecendo *“o sistema dominante das representações jurídicas sobre o Estado: encarnação do interesse geral, protetor desinteressado dos desejos coletivos e a personalidade moral da nação, forma racionalizada do exercício da coerção, que permite aos homens*

não obedecer aos homens senão aos valores sociais (expressos em normas jurídicas)” (WARRAT, 1995:59).

Nem o direito é contaminado pelos processos de produção de **licitude** que são externos à ele (para não comprometerem a sua pureza), nem essas ordens externas e externamente legitimadas a criar **ilicitudes** serão permeáveis a um Direito democraticamente elaborado, pois esse direito “puro” funciona como instrumento de dominação.

E Kelsen não escapa dessa armadilha pois remete exatamente aos costumes o processo de criação do direito que, uma vez assim instituído, atrai inevitavelmente a consequência:

Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos – através de uma criação consciente do Direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume – devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o **costume**, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o acto constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como factos produtores de normas; quando – no último caso – o individuo ou assembléia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa (KELSEN, 1984:275).

Os padrões de **licitude e ilicitude** em Kelsen passam a integrar o direito após decisões tomadas fora do espaço discursivo no qual não há qualquer garantia de participação dos destinatários da norma, pois é um espaço dominado por forças políticas e econômicas.

E Kelsen reafirma que essa norma é pre-suposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior. Essa construção se define, nas melhores palavras de Rosemiro Leal como o dogmatismo jurídico sendo *“guindado a planos de alienação coletiva, onde a **norma** é fertilizada pela lógica pura e proposicional, sem qualquer indagação de disciplinarização da Sociedade Política a serviço das camadas dominantes”* (LEAL.R.,2008:125).

A Teoria Pura do Direito não faz assim uma oferta de esclarecimento do **ilícito**, compatível com o Estado Democrático de Direito e, se submetida à teoria democrática da prova, qual seja, a teoria neo-institucionalista do processo, desserve à fiscalidade do procedimento como garantia corolária do contraditório. É que em Kelsen (1996:65), a decisão sobre se um determinado ato é ou não **lícito** ocorre dentro do círculo hermético de normatividade da teoria pura do direito, no qual está incluída a norma fundamental cuja elaboração não se faz com a participação dos seus destinatários, mas por pessoas destacadas “na”

comunidade política, pode-se dizer, destacadas pelo jogo de forças econômicas que atuam na sociedade. Já para a teoria neo-institucionalista do processo o **ser parte** é uma conquista teórica inafastável. *A parte*, para o autor da Teoria Neo-institucionalista, *é o agente do DEVER-SER normativo (devido processo legal) que se concretiza na procedimentalidade (efeito expansivo) para criação (legiferação) ou definição (judicação) do direito* (LEAL,R., 2005:96).

Para Rosemiro Leal, uma vez que a sociedade alcança (vê instituída) a democracia, torna-se falacioso o discurso de um direito nascido na sociedade, para a sociedade e pela sociedade pelo simples fato de os indivíduos viverem agrupados - co-vivendo – dividindo um espaço de morada no ambiente e disputando bens – como se do «fato» de estarem juntos surgisse o direito. Essa fala, repetida quase invariavelmente nos livros de introdução ao direito (*ubi homo ibi jus*) retrata uma humanidade imatura e sem capacidade de criticar o sistema de normas no qual se vê envolvida, podendo apenas verificar a constância de suas práticas para aceitar as permissões e proibições legais que lhes é atribuída (LEAL,R.: 2008). Para Rosemiro Leal, nenhuma **ilicitude** pode ser criada fora do PROCESSO, onde se oportuniza o contraditório e a ampla defesa.

A **ilicitude** em Kelsen homologa a realidade ao aceitar que um ato contrário ao direito, contrário a moral ou contrário aos “bons” costumes possua

força jurídico-normativa sem serem problematizadas em espaço discursivo processualizado.

Com efeito, Miguel Reale enxergou no normativismo de Kelsen uma tridimensionalidade implícita (REALE, 2000:20), discordando dele por entender que “*o momento nomogenético não podia ser considerado metajurídico, por mais que ele se inserisse no campo de pesquisa do sociólogo, do economista e, mais genericamente, no domínio da Política do Direito*” (REALE, 2000:96). Daí procurou integrar os pressupostos normativos com o elemento fático e o elemento axiológico como momentos de experiência do direito no mundo da cultura influenciado, confessadamente, pela filosofia de Max Scheler⁴⁶ (2000:131).

Entretanto, vamos descobrir que na Teoria Tridimensional do Direito o problema do fundamento ético ou do fundamento social das normas jurídicas também é remetido para fora do campo da Ciência do Direito, ou seja, as decisões sobre a **ilicitude** se passam no mesmo plano da Teoria Pura do Direito. Segundo Reale, fontes do direito são os processos de produção de normas jurídicas que pressupõem, sempre, uma estrutura de poder (1999a:139). Diferentemente de Kelsen, que para purificar o Direito não admitia mais qualquer valoração de fatos

⁴⁶ Embora Reale decline a influência de Max Scheller na elaboração da sua teoria tridimensional do direito, esclarece que, diferentemente deste, em sua concepção o valor não é um “objeto ideal” e sim um *momento* autônomo que funciona dialeticamente com o fato e a norma. Explica o autor: “[...] essa nova compreensão do valor permitiu-me nova compreensão da *cultura*, paradoxalmente concebida pela escola de Windelband e de Rickert como um reino intercalado para unir dois mundos (o da *natureza* e o do *valor*) ontológica e gnoseologicamente declarados incomunicáveis.... Foi, propriamente, com a concepção da experiência jurídica em termos de dialética de implicação-polaridade ou complementaridade que as expressões correlatas “ontgnoseologia” e “tridimensionalidade” se firmaram em meu espírito”. (REALE, 2000:60)

no seu esquema exclusivamente normativo de aplicação das normas, a tridimensionalidade concebe mais de um tipo de poder capaz de *produzir ilicitudes*.

Com efeito, havendo mais de uma Fonte de Poder e sendo todas elas legitimadas à produção de normas jurídicas, não é através de um devido PROCESSO que a **licitude** ou **ilicitude** se define, e sim, por uma antijuridicidade concreta “*presente na consciência jurídica dos indivíduos e que irá presidir e inspirar todo o ordenamento*” (REALE JR., 1974:6). Essa antijuridicidade concreta pode ter sido percebida pelo Legislador quando da elaboração da norma, como poderá ser percebida pelo juiz na aplicação do direito, autorizado que está a produzir norma no caso concreto, processando nova concretização *in casu* do que já era concreto na consciência dos indivíduos. É importante a submissão dessas teorias à crítica porque elas estão na base do sistema de direito privado brasileiro e precisam ter a sua adequabilidade com a democracia testificadas por uma teoria do PROCESSO compatível com a democracia.

1.5.2 A Tridimensionalidade e o Direito Como Experiência

O encadeamento da **ilicitude** no Código Civil de 2002 obedeceu a imperativos de *socialidade e concreção*, entendendo por concreção a necessidade de adequação constante dos modelos jurídicos aos fatos sociais, na forma como

foi apresentado na Exposição de Motivos que acompanhou o Código. Segundo esse modelo, uma estrutura normativa não pode ficar presa a “valores formais abstratos”, quer dizer, não pode ficar adstrita a regramentos de **licitude** como qualificação jurídica de condutas originados unicamente do Poder Legislativo. A norma daí derivada causa o incômodo de se tornar inadequada quando confrontada com o caso concreto, daí a necessidade de se abrirem canais de adequação desses modelos jurídicos. Os canais sugeridos, entretanto, não comportam nenhuma processualidade democrática nos momentos de decisão de **licitude e ilicitude** como veremos, pois as instâncias de poder que vão construí-las são dotadas de uma autoridade que lhes é imanente, substituindo “*os critérios jurídicos para avaliação, e divisão sistemática das várias áreas do direito por indicadores sociais vagos*” (HABERMAS: 2003:137), ou seja os indicadores do que é **certo e errado, justo e injusto, lícito e ilícito** não obedecem a critérios exclusivamente jurídicos. Na exposição de motivos que acompanhou o Projeto de Código Civil se fez constar essa proposta:

Se o Direito é, antes de tudo, fruto da experiência, bem se pode afirmar que o nosso trabalho traz a marca dessa orientação metodológica essencial.

O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com frequente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, probidade,

finalidade social do direito, equivalência das prestações etc.
(MENSAGEM No 160, DE 10 DE JUNHO DE 1975)

Tal orientação tem por base a teoria tridimensional do direito na qual é germinada a antijuridicidade concreta. A primeira visa conferir dinamismo ao ordenamento jurídico na realização casuística de “*justiça*”, optando pela abertura de variados canais de manifestação de poder aptos a criar **licitudes**⁴⁷. A segunda tem em vista o reconhecimento de um direito forjado no condicionamento histórico-social do homem do qual resulta uma pré-consciência do **lícito** e do **ilícito**.

Com efeito, informa Reale que no final do século passado significativas modificações dos modos de vida social, derivados de diversos fatores dentre os “*quais duas guerras mundiais e sucessivas revoluções de âmbito universal colocaram em crise todo o sistema do direito*” (2000:5), acentuaram uma problemática que já vinha sendo percebida por um movimento denominado “Direito Livre”⁴⁸. Esse movimento surgira a partir da percepção da existência de

⁴⁷ A tridimensionalidade consiste em perceber que o fenômeno jurídico possui três matrizes: uma de ordem fática, outra de ordem axiológica e outra de ordem normativa. De acordo com Reale (2000) essa percepção está presente nas teorizações de juristas, de sociólogos e de filósofos que tomam o direito como objeto de estudo, entretanto a seu ver esses estudiosos apenas afirmam o caráter triádico do direito para, em suas teorizações realçar apenas aquele elemento que mais de perto integra o seu método e campo de investigação, o que lhes resulta em uma compreensão unilateral do mundo jurídico. Segundo Reale, sua contribuição fora co-relacionar esses elementos estruturando-os e dando-lhes um caráter unitário.

⁴⁸ Wieacker informa que “*A Escola Livre opôs ao positivismo – que negava ao juiz a possibilidade de uma criação livre do direito, ao remetê-lo para uma tarefa de subsunção em relação à lei ou aos conceitos científicos – que a decisão jurisprudencial se baseava não em processos intelectuais ou intuitivos, sobretudo assentes nos sentimentos do juiz. Ela tirou daqui a conclusão de que o juiz está legitimado e mesmo obrigado a desviar-se da lei sempre que considerar injusta ou inadequada a sua aplicação a um dado caso. A sua ala mais extremista aproximou-se assim dum naturalismo já desligado do positivismo legal. Realmente, a atribuição ao juiz da possibilidade de criar livremente o direito não tinha para estes*

conflito entre os fatos e os códigos – a realidade social e as leis - colocando em xeque a segurança antes alcançada através do positivismo jurídico (2000:7)⁴⁹. Se por um lado o positivismo garantia a pré-visão do **lícito e do ilícito**, por outro não garantia o atendimento ao que se convenciou chamar de “*necessidades sociais emergentes*”.

Difundido em diversos países de contextos sócio-políticos e econômicos distintos, o movimento do Direito Livre tinha por base um fato comum: as falácias reveladas no liberalismo que não conseguiu sustentar a idéia de que todos são livres e iguais, chamando a intervenção do Estado para instituir mecanismos jurídicos de garantia dessa igualdade. Habermas assinala esse momento como sendo de crise de paradigmas na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, que tornarão claro que os especialistas “*interpretam as proposições normativas em dois contextos: o corpo jurídico tomado como um todo e o da pré-compreensão dominante na sociedade atual*” (HABERMAS, 2003:123).

juristas apaixonados o sentido, errado, de uma decisão segundo o arbútrio ou ainda segundo saber jurídico privado do juiz, mas devia antes dar satisfação a necessidades ou interesses relevantes da sociedade”(WIEACKER, 1967:671).

⁴⁹ Em obra específica intitulada “O Direito Como Experiência” Reale (1999:3) afirma: “*Não há dúvida que as primeiras expressões da “teoria da experiência jurídica” surgiram como resultado de poderosas transformações sociais, devidas sobretudo ao impacto da ciência e da técnica sobre os processos econômicos e as formas do viver comum, a que corresponderam Filosofias mais aderentes à problemática da ação e do concreto, com o pragmatismo ou o intuicionismo; é exato que a atenção dos juristas foi despertada pelo **direito espontaneamente revelado** através do movimento sindical, à revelia do Estado e até mesmo em conflito com ele; é incontestável que a projeção dada aos estudos do Direito Processual assinalaram, a partir das últimas décadas do século passado, uma orientação mais dinâmica no sistema da Jurisprudência, assim como é inegável que a inadequação verificada entre as leis e os fatos sociais suscitou o apelo ao Direito Natural ou a soluções de conteúdo axiológico, mas tudo isto não significa que aquela teoria deva ficar jungida ao quadro histórico-cultural que inicialmente lhe deu causa*”.

As formas pelas quais no Brasil o Estado passa a fazê-lo não é ordenada e nem fora previamente teorizada o que causou diversas rupturas nos sistemas jurídico, político e econômico, resultando no deslocamento do poder de decisão de **ilicitude** com o desencadeamento de uma crescente tensão nas relações entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo, em que o primeiro começa a se levantar como promotor da justiça social, no embalo do Estado do Bem Estar Social⁵⁰.

E foi nesse contexto sócio-político que surgiu a Teoria Tridimensional do Direito, ou seja, nos mesmos problemas que embasaram o movimento do Direito Livre e que fez surgir uma “*busca do essencial e do concreto*” como exigência indeclinável dos novos tempos, de forma que “*o direito que se quer ou que se espera, passa a ganhar terreno sobre o direito que se tem e se ama*” (REALE, 2000:7).

Segundo Reale, a mentalidade analítica e reducionista dos juristas do século XIX, passa a ser substituída pela compreensão do direito em termos de “*experiência concreta*” o que se fez pela complementação recíproca da tomada de posição do filósofo e do jurista, resultando em dois modelos jurídicos: um prescritivo e outro hermenêutico, modelos que irão alargar as perspectivas do jurista perante os fatos sociais “*não só pelo conseqüente apuro de sua sensibilidade*” (REALE:2000) mas principalmente pela inserção do elemento axiológico.

⁵⁰ Conf. VIANNA:1999.

Nessa filosofia chamada a subsidiar a atuação do direito, a função do elemento axiológico é a de definir a **licitude** ou **ilicitude** de uma conduta pela oferta de novos “modelos jurídicos” que se configuram da forma seguinte:

Prescritivos são os *modelos jurídicos*⁵¹, os quais se estruturam como integração de *fatos* e *valores* segundo *normas* postas em virtude de um ato concomitante de *escolha* e de *prescrição* (*ato decisório*) que pode ser tanto do legislador ou do juiz, bem como resultar de opções costumeiras, ou de estipulações fundadas na autonomia da vontade. Tais modelos (*legais, jurisdicionais, consuetudinários e negociais*) distinguem-se por seu sentido vetorial e prospectivo, ao contrário do sentido retrospectivo das chamadas “fontes formais”.

Hermenêuticos são os *modelos do direito* elaborados pela Ciência Dogmática do Direito como estruturas teórico-compreensivas do significado dos modelos jurídicos e de suas condições de vigência e de eficácia na sistemática do ordenamento jurídico. (REALE, 2000:12, nota 11)

Esses “modelos jurídicos” nascem da experiência social e dela não se separa; o modelo jurídico é a “experiência jurídica” objetivizada, sendo essa objetivização “progressiva”, pois a experiência ético-jurídica e a experiência histórico-cultural em geral são governadas por uma dialética de

⁵¹ Essa formulação data de 1967. Posteriormente, em 1973 Reale subdividiu os modelos jurídicos em duas espécies: modelos jurídicos dotados de força prescritiva e, modelos dogmáticos, dotados de força indicativa ou persuasiva. Segundo Reale os “modelos jurídicos” representam “*uma estrutura normativa que ordena fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas consequências*” (1999:162). Esses modelos jurídicos teriam surgido nos primórdios da civilização, antes do homem ter-se dado conta da logidicidade inerente às rudimentares ordenações de conduta; a evolução civilizatória da humanidade fez desses modelos objeto de ciência, converteu os rituais jurídicos em formas operacionais e em técnicas de formalização e libertou os homens das formas abstratas opressivas ao enquadrá-los num contexto teórico.

complementaridade (REALE, 1999:XXXII). Aqui a Teoria do Direito Puro se distancia da Teoria do Direito Tridimensional já que se para a primeira o **certo** ou **errado**, **justo** ou **injusto**, **lícito** ou **ilícito** já foram verificados (valorados) em momento anterior à formulação normativa e é assim que adentrarão no direito positivo de forma definitiva; para a segunda essas verificações poderão ser refeitas pela “dialética de complementaridade” entre fato, valor e norma pelos diversos canais de poder pelos quais se produz **licitudes e ilicitudes**. Não se deve entretanto enxergar nessa dialética o processo de retrocarga na maneira como Popper o estabelece para o desenvolvimento da ciência, porque essa teoria apresenta uma circularidade que impossibilita a sua submissão à crítica⁵².

Em outros termos, significa dizer que a tridimensionalidade vê no “jurídico” mais de um momento de concretude da **licitude** a ser objetivizado: um primeiro momento de concretude é pré-normativo ou pré-categorial, caracterizado por um “direito” que nasce espontaneamente nas relações sociais⁵³.

⁵² A constante tensão entre fato, valor e norma na dialética de complementariedade da teoria tridimensional não é produtora de teorias problematizáveis que permitiriam a evolução do conhecimento científico sobre elas, por meio da crítica constante de seus pressupostos num espaço aberto de discursividade, porque essa dialética se realiza casuisticamente e seus enunciados não são refutáveis já que partem de *a priori*s (a observação dos fatos, a elaboração e aplicação da norma, os valores já aceitos na sociedade), deixando toda a problemática daí resultante aprisionada no que Popper denomina de mundo 2 do conhecimento.

⁵³ Segundo Reale, a experiência jurídica deve ser compreendida como um processo de objetivação e discriminação de modelos de organização de conduta, sem perda de seu sentido de unidade, que vai desde as “representações jurídicas” – que são formas espontâneas e elementares de juridicidade (experiência jurídica pré-categorial) – até o grau máximo de expansão e incidência normativas representado pelo direito objetivo estatal, com a qual coexistem múltiplos círculos intermédios de juridicidade, segundo formas diversificadas e autônomas de integração social, com a concomitante determinação de situações e direitos

Esse modelo pré-categorial de **ilicitude** poderá ser convertido em uma norma jurídica editada pelo Poder Estatal, ou poderá ser ditado pelo Poder Judiciário na edição de normas jurisprudenciais, como poderá ainda resultar do Poder Social Anônimo gerando normas costumeiras ou consuetudinárias e, finalmente, poderá resultar do Poder Negocial existente nos contratos. Assim a **licitude** e a **ilicitude** possuem mais de uma fonte de decisão, *in verbis*:

[...] o mundo jurídico é formado de contínuas “*intenções de valor*” que incidem sobre uma “*base de fato*”, refragando-se em várias proposições ou direções normativas, uma das quais se converte em *norma jurídica* em virtude da interferência do Poder.

[...] Note-se que, quando falo em Poder, não penso apenas no Poder governamental, pois, através de sucessivas decisões homogêneas, o Poder Judiciário edita *normas jurisprudenciais* (ex.: *as súmulas* do Supremo Tribunal Federal) assim como o Poder social anônimo consagra *normas costumeiras ou consuetudinárias*. Há ainda o *Poder negocial* que dá vida aos contratos. (REALE, 2000:124)

Segundo Reale, o momento onde se insere positivamente o poder, é o momento normativo, sendo que nenhuma norma surge “*ex nihilo, mas pressupõe sempre uma tomada de posição perante fatos sociais, tendo-se em vista a realização de determinados valores*” (2000:101). A realização de valores aqui corresponde a definição de **licitudes e ilicitudes**, o que na Teoria Tridimensional passa a produzir efeitos na esfera de liberdade dos indivíduos já providos de uma

subjetivos (teoria dos modelos jurídicos e da pluralidade gradativa dos ordenamentos jurídicos). (REALE, 2000:62)

carga conceitual oriunda da experiência que vai adquirir força jurídica pelo processo que ele denomina de “dialética de complementaridade”.

A “*dialética de complementaridade*” é o traço distintivo da Teoria Tridimensional do Direito, “*caracterizada pelo superamento da reflexão fenomenológica de moldes husserlianos, por uma reflexão transcendental de tipo crítico-histórico, baseada na correspondência entre a intencionalidade da consciência e o significado das “intencionalidades objetivadas” pela espécie humana no processo da experiência histórico-cultural*” (2000:64). Reale inicia pela “*inserção do problema particular da tridimensionalidade do direito no quadro geral de uma diversa compreensão do homem, da sociedade e da história*”(2000:50), daí sintetiza:

Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (*tridimensionalidade como requisito essencial ao direito*).

A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional dialética, dada a “*implicação-polaridade*” existente entre *fato* e *valor*, de cuja tensão resulta o momento *normativo*, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (*concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade*). (REALE, 2000:57)

Para co-relacionar de forma funcional-dialetica *fato, valor e norma* parte-se da afirmação que o “*homem é o seu dever ser*”, ou seja, o homem é objeto e fim do direito, “*ponto de partida e chegada do processo histórico*” (2000:97), e a correlação de fato, valor e norma deve ser feita considerando esse homem histórico num processo dinâmico em “*função das mutáveis conjunturas temporais*”(2000:98). Enquanto integrante do processo histórico que não só realiza (“*é*”) como também fixa (“*deve ser*”), o homem “*pratica constantemente atos valiosos para si e para os outros e que, na medida em que implica a pessoa do outro, põe uma exigência de medida, de composição ou de harmonia*” (2000:98).

A norma jurídica, por tal motivo, assinala sempre um momento de pausa, de objetividade relativa no decurso das operações incessantemente realizadas pelos indivíduos e pelos grupos, representando *a forma positiva de qualificação axiológica do fato em dada conjuntura*. (REALE, 2000:98)

Há normas que por serem expressão de valores supremos⁵⁴, de constantes ou invariantes axiológicas adquirem uma duração permanente, mas no mais das

⁵⁴ Explica Reale a existencia da reiteração constante de certos atos ou comportamentos organicamente correlacionados visando alcançar objetivos mais ou menos permanentes, ou pelo menos estáveis, envolvendo uma pluralidade de interesses individuais ou grupais o que dá surgimento a uma *estrutura social* (2000:107). Daí que, assim como nas ciências biológicas se reconhece a ocorrência de “invariantes biológicas”, também nas experiência ético-jurídica dá-se o advento das “invariantes axiológicas” isto é: “*exigências axiológicas constantes e inamovíveis, por serem consideradas da essência mesma do ser humano: são as constantes axiológicas transcendentais do Direito, porquanto, no fundo, foram elas que tornaram a experiência jurídica possível*”(2000:109).

vezes as normas jurídicas, como composição de exigências nascidas dos fatos que, após serem valoradas, se objetivam; representam um equilíbrio social relativo e instável em função da instabilidade mesma do mundo da vida (Lebenswelt); surge aqui então o desempenho dos modelos hermenêuticos para dar “*adequação constante da norma às infra-estruturas fático-axiológicas*”(2000:100):

[...] a norma não é concebível como uma Idéia que já contenha em si, objetivamente, os seus desdobramentos, através de teses, antíteses e sínteses, segundo o modelo dialético hegeliano-marxista que, para muita gente, com manifesto equívoco, seria o único existente ou válido. Entendo ao contrário que a regra jurídica, destinando-se a reger os comportamentos humanos ou a ordenar serviços ou instituições, jamais se desprende da vida social, exercendo influência sobre a sociedade e alterando o seu significado em virtude da reação de seus destinatários. A bem ver, o Direito, como tudo que existe em razão do homem e para reger comportamentos humanos, está imerso no *mundo da vida (Lebenswelt)*, ocorrendo esse fato tanto para as formas espontâneas e ainda não conceitualmente categorizadas da vida jurídica, quanto para as estruturas normativas racionalmente elaboradas. (REALE, 2000:100).

Surge daí a distinção entre “norma” e “situação normada” a que corresponde a paralela correlação entre “ato normativo” e “ato interpretativo” que funcionam de molde a dar ao Modelo de Direito seu sentido vetorial e prospectivo, ou seja, concernente ao futuro. Assinala Reale:

Já tive oportunidade de salientar a ligação essencial entre “norma” e “situação normada”, o que corresponde à paralela correlação entre “ato normativo” e “ato interpretativo” a partir da observação fundamental de que não há norma sem que haja interpretação. Resulta desse fato que, ao procurar compreender a norma jurídica, ou seja, ao querer determinar o alcance da prescritividade valorativa inerente à fórmula legal objetivada, o intérprete refaz, de certa forma, o caminho do legislador: vai da norma ao fato, mas tendo presentes os fatos e valores que condicionaram o aparecimento desta, bem como dos fatos e valores supervenientes. (REALE, 2000:113)

Essa exposição já nos permite apontar que na Teoria Tridimensional o Direito é fato social e histórico que se apresenta sob múltiplas formas, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em distintas e renovadas estruturas normativas (REALE, 1999b:3). Resta-nos, nesse momento, testificar essa concepção de direito e a teoria tridimensional do direito recorrendo às bases democráticas instituídas pela Constituição Brasileira de 1988 e explicitadas pela teoria neo-institucionalista do Processo, que é a que mais se aproxima do Processo como garantia Constitucional.

Para isso precisamos investigar como são trabalhadas as estruturas de Poder nas diversas e diversificadas fontes de criação normativa estabelecidas na Teoria Tridimensional do Direito. Uma sinalização prévia é necessária e diz respeito a consideração do ato **ilícito** como espécie de ato jurídico. Segundo Reale do ato **ilícito** resultam consequências de direito e, sendo ato, ou seja, ação

ou omissão voluntária, verificando-se a culpa ou dolo por parte do agente haverá a obrigação de reparação do dano causado. Aqui tem-se a teoria da culpa subjetiva como base da responsabilidade civil em que a vontade (elemento subjetivo) é indispensável para a responsabilização. A chamada *culpa objetiva* assinala uma exceção decorrente do desenvolvimento da teoria do risco cuja raiz “*traduz um princípio ou um sentido de socialização do direito ou de humanismo jurídico*” (REALE, 1999b:205), arrematando o autor que:

Donde se deve concluir que os *atos lícitos* e os *atos ilícitos* são espécies de *atos jurídicos*, ficando, assim, superada a falsa sinonímia entre *jurídico* e *lícito*, caracterizadora, segundo Kelsen, de uma fase pré-científica, o que, infelizmente, parece ser ignorada por alguns pseudomentores da civilística nacional⁵⁵ (REALE, 1999:206)

Se então tomamos os atos **ilícitos** como espécie do gênero ato *jurídico* (como restou consagrada na elaboração do Código Civil de 2002 como vimos nas páginas precedentes) no contexto da teoria tridimensional do direito, notadamente, nas diversas estruturas de criação normativa, perceberemos o viés despótico de atribuição de **licitude** e **ilicitude** a serviço “*do absolutismo das idéias jurídicas formadas em teorias destituídas de problematidade e com propósitos de manutenção dos privilégios dominantes pelo eufemismo da*

⁵⁵ A crítica tem destinatário certo. João Batista Villela dá notícia do caloroso debate entre Miguel Reale e Caio Mário da Silva Pereira quando da discussão do Anteprojeto de Código Civil da Comissão Reale (VILLELA, 1982:258).

igualdade formal de direitos e defesa gráfica dos direitos humanos”(LEAL,R., 2008:6).

É que, em primeiro, nessa concepção os processos de produção de normas jurídicas e, portanto, de **licitudes** e **ilicitudes**, podem ser genéricos ou não, quer dizer, a gênese de qualquer regra de direito (nomogênese jurídica), deriva de quatro fontes de direito porque, em sua concepção, são quatro as formas de poder, quais sejam: “*o processo legislativo, expressão do Poder Legislativo; a jurisdição, que corresponde ao Poder Judiciário; os usos e costumes jurídicos, que exprimem o poder social, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, a fonte negocial, expressão do poder negocial ou da autonomia da vontade*”(REALE, 1999b:141).

Essas quatro fontes de produção normativa, entretanto, são fontes correspondentes ao que segundo Reale, se identifica impropriamente como fontes formais de direito, pois indicam os processos de produção normativa (REALE, 1999b:139). O que se denomina (também impropriamente na visão do mesmo autor) como fonte material do direito, corresponde às suas “*razões últimas, dos motivos lógicos ou morais que guiaram o legislador em sua tarefa*”. Note-se que é aqui que incide o momento de decisão de licitude ou ilicitude que, pela “*dialética de complementaridade*” da tríade jurídica estará presente em todas as fontes produtoras de normas. Prossegue Reale dizendo que “*estamos, pois, diante*

de uma pesquisa de natureza filosófica, que diz respeito às condições lógicas e éticas do fenômeno jurídico” e, sendo assim:

Ao lado dessa questão, que se liga ao próprio problema da justiça, da liberdade, da segurança e da ordem, encontramos outros problemas que já possuem um aspecto sociológico. Indagamos das causas não remotas, mas imediatas da lei. Podemos perguntar, por exemplo, se uma lei é devida a fatores econômicos permanentes ou transitórios, ou se ela é decorrência de exigências demográficas, geográficas, raciais, higiênicas e assim por diante. **O problema que gira em torno das causas imediatas ou próximas do fenômeno jurídico pertence ao âmbito da Sociologia e, a rigor da Sociologia Jurídica.**

Como se vê, o que se costuma indicar com a expressão “fonte material” não é outra coisa senão o estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras de direito. Fácil é perceber que se trata do problema do fundamento ético ou do fundamento social das normas jurídicas, **situando-se por conseguinte, fora do Campo da Ciência do Direito.** Melhor, é por conseguinte, que se dê ao termo *fonte do direito* uma única acepção circunscrita ao campo do Direito. (REALE, 1999b:140). (o destaque é nosso)

Segundo, verifica-se a presença do determinismo e historicismo como condicionantes da validade e eficácia do direito. Com efeito, ao justificar porquê na teoria tridimensional a nomogênese jurídica só pode advir dos estudos sociológicos, Reale assinala que:

[...] nada justifica o olvido da correlação que deve necessariamente existir entre as soluções particulares e as exigências do todo social, tais como estas vão se objetivando, teleologicamente, no processo cultural,

como expressão, digamos assim, da *razão histórica*. [...] O que nos revela a experiência histórica do direito, não obstante os avanços e recuos que se alternam no tempo, é um desejo premente de harmonia entre liberdade e segurança, um renovado esforço de implicação entre o particular e o geral, entre os valores de estabilidade e os de progresso, sem se perder jamais de vista o significado de cada estrutura social, como unidade vetorial dotada de elementos distintamente correlacionados entre si e com o todo. (REALE, 1999b:199)

Nessa nomogênese jurídica o Poder representa sempre um momento de livre escolha, um coeficiente de discricionariedade, por mais preciosos que sejam os subsídios fornecidos pela Política do Direito, pela Sociologia Jurídica, pela Economia, por todas as Ciências que digam respeito à hipótese regulada, daí que *“a norma jurídica não pode ser vista como um modelo lógico definitivo: é um modelo ético-funcional, sujeito à prudência exigida pelo conjunto das circunstâncias fático-axiológicas em que se acham situados os seus destinatários”* (REALE, 1999b:200).

Outra não é a composição da Antijuridicidade Concreta, onde *“as valorações jurídicas modificam-se de acordo com as necessidades e o espírito de cada momento histórico, podendo o mesmo valor vir a ser buscado por meios diversos, de conformidade com as mutações históricas”* (1974:136), razão pela qual o fato já traz em si o caráter de justo ou de injusto; desta forma a **ilicitude** de um ato deve ser equilibrada com a *“ação socialmente adequada”*, tendo-se por

justificado o ato **ilícito** quando “*o ato é meio adequado para se alcançar um fim reputado legítimo pelo legislador*”(REALE JR., 1974:107).

1.5.3 A Antijuridicidade Concreta

A dialética de complementariedade que, como vimos na teoria tridimensional co-relaciona fato, valor e norma, recebe esses elementos já imbuídos de carga valorativa em seus respectivos campos de estudo (filosofia, sociologia e direito), quer dizer, recebem a **licitude** e a **ilicitude** como balizadoras de condutas já pré-definidas, o que não impedirá novas valorações nos momentos de decisão ou nos assim denominados “momentos normativos”. A pré-definição de **licitudes** advém da crença na existência de um direito pré-suposto que se *revela* na convivência social para a apreensão pelo homem no seu processo histórico de desenvolvimento.

Objetivando enunciar a **ilicitude** na teoria do direito privado, é indispensável investigar o *locus* de emanção desse direito pois a **juridicidade** de uma conduta implica na produção de efeitos jurídicos sobre os bens e a liberdade das pessoas, quer dizer, na atribuição de responsabilidade por atos danosos quer ofendam uma pessoa em particular (assim considerados os **ilícitos** civis) quer ofendam a sociedade (assim considerados os **ilícitos** penais). A atribuição ou não de responsabilidade se define pelas causas de justificação do agir que recebe tratamento diferenciado em direito penal e em direito civil de tal modo que um

ato **ilícito** possa produzir efeitos jurídicos favoráveis (positivos) para o agente, do mesmo modo que um ato **lícito** possa produzir efeitos desfavoráveis (negativos) para o agente, como acontece com a responsabilidade civil sem culpa. Trata-se de um raciocínio que poderá permitir o afastamento da idéia de “justiça” na construção de **licitudes e ilicitudes** patenteando a função qualificadora e não valoradora do direito (afastamento do elemento axiológico).

A existência de uma Antijuridicidade Concreta tem como pressuposto axiológico o fato de o agir e o pensar do homem serem expressão do seu condicionamento histórico-social, resultado de sua inserção em mundo circundante “*formado pelo passado em atualização constante*”, onde o senso do **permitido** e do **proibido** que disciplina a vida, é “*imperceptivelmente adquirido e assimilado desde que se é criança, “assim como os hábitos e costumes cotidianos, que refletem, também, as visões da vida e os valores predominantes no meio social em que se desenvolvem*”. Na antijuridicidade concreta há “*até certo ponto, uma socialização da personalidade*” (REALE JR., 1974:2).

Acreditando que o Direito está inserido nessa condição cultural, seu papel seria institucionalizar através de comandos normativos e realizar *in concreto* esses mesmos valores culturais, aquilo que deve ser **proibido** ou **permitido** e que, “*inconscientemente e em latência, já atuava de certo modo no meio social*” (REALE JR., 1974:4).

Para demonstrar como o problema da antijuridicidade é inseparável do conjunto de concepções e valores predominantes em cada época, recorre-se a dois exemplos: o direito nazista e o direito soviético⁵⁶, pois, entende-se que o direito se faz ato e se atualiza cotidianamente realizando-se na experiência concreta sob o seguinte argumento:

Se o mundo circundante condiciona a vida social e, logicamente, um dos seus elementos que é o direito, este se revela como reflexo desse todo cultural, de modo originário, na vivência cotidiana, já dotado de certa objetivação, tendendo à ordem e à ordenação das vontades.

O direito se faz e vive na experiência instaurando objetivações que se impõem por vezes pela própria ordem ínsita às ações e relações humanas, preexistente à elaboração de grau racional superior.(REALE JR., 1974:25)

⁵⁶ Miguel Reale Jr. fundamenta a existência de uma antijuridicidade genérica, como aspecto e reflexo de um momento cultural no nacional-socialismo alemão que, segundo ele criou uma distinção entre lei e direito para justificar todas as ações do *Reichtsgerecht*. A seguir transcrevemos alguns trechos de sua elaboração que ao final culminarão com a seguinte conclusão: “*Verificada a existência genérica, como aspecto reflexo de um momento cultural, cabe analisar o processo de canalização normativa do juízo de proibido e permitido*” (REALE JR., 1974:21). As ilações a seguir transcritas é que permitiram a Reale Jr. essa conclusão, diz ele: «O condicionamento do direito pelo espírito e valores de um dado momento histórico é fato incontestado à vista das concepções jurídicas predominantes na Alemanha durante o nacional-socialismo, que admitia uma distinção entre lei e direito, reconhecido este como atuante independentemente daquela. [...] A espinha dorsal da vida social é a *Volksgemeinschaft*, na qual se insere o indivíduo. O povo engendra uma unidade incindível, historicamente constituída, da qual a raça é o elemento catalisador. [...] O direito é função e resultado da *Volksgemeinschaft*, como instrumento através do qual o espírito objetivo, atuante no organismo real do povo, ordena a vida coletiva. A vida da comunidade não é limitada pelas leis, pois o direito está além das leis positivas, como expressão da comunidade. [...] O Fuher, como o condutor da comunidade e encarnação do espírito objetivo que caracteriza o povo, tem o poder de dizer o direito. [...] Toda certeza jurídica desaparece quando se procura realizar a justiça material, fundada apenas no senso jurídico efetivo ou factual da comunidade. [...] Como se vê, a *Weltanschauung* nacional socialista, na atmosfera espiritual que se respirava na Alemanha, originou uma correspondente consciência do injusto e da antijuridicidade, fundada no são sentimento da *Volksgemeinschaft*.» O mesmo pensamento, sem qualquer alteração (nem mesmo para apontar repúdio) foi reproduzido em obra publicada no ano 2000 sob o título “Teoria do Delito” (São Paulo, Revista dos Tribunais: p.23-26).

Essas objetivações superadoras da tensão fático-axiológica se realizam por meio de uma razão-reflexa apreendida pelo legislador num primeiro momento e, num momento posterior pelo juiz “*visto como não se situam no âmbito de um abstracionismo formalista, mas se voltam ao concreto, tanto no momento de sua elaboração como no da sua interpretação e a aplicação aos casos singulares*” (REALE JR., 1974:27).

O concreto reside na “*natureza das coisas*” e assume duas categorias: formal e material. A natureza das coisas no sentido formal indica que “*os fatos já têm em si um sentido e um grau de tipicidade*”, e no sentido material, que o legislador converte em norma “*conforme exigências de convivência humana*” (REALE JR., 1974:31). A realidade é condição e condicionadora de uma ordem intrínseca às relações humanas e, quando essa ordem (pré-existente) é normatizada tem-se um “direito natural concreto”:

A ordem intrínseca das relações humanas varia no tempo, conforme os condicionamentos culturais, pelo que o direito, ao apreender e conformar-se a esta ordem concreta, se transforma, no dizer de Maihofer, em um direito natural concreto. (REALE JR., 1974:31)

A partir dessa concepção é estabelecida uma relação entre tipicidade e antijuridicidade, entendendo que o tipo já constitui “*o expoente efetivo da valoração jurídico-penal em razão do que não é apenas, a ratio cognoscendi da*

antijuridicidade, mas a sua ratio essendi”(REALE JR., 1974:38). A ação possui, assim, uma estrutura lógico-objetiva, uma estrutura real e um valor imanente de tal modo que a intenção do agente pode ser penalmente relevante, quando se dirige a um fim considerado delituoso ou, penalmente irrelevante, quando visa a realização de um fim **lícito** “*podendo decorrer da utilização inadequada dos meios necessários à consecução desse fim, a ocorrência de um resultado delituoso indesejado, porém previsível.*” (REALE JR., 1974:40)

A construção da antijuridicidade concreta vai encontrar outros desdobramentos cujo estudo está direcionado ao Direito Penal, razão pela qual não adentraremos em suas particularidades que não servem ao objetivo desta tese⁵⁷. Reassaltamos apenas como de nosso interesse, a distinção conceitual correlata à antijuridicidade concreta entre *injusto* e *ilicitude*, pela possibilidade

⁵⁷ Até porque a proposta da antijuridicidade concreta remete a humanidade para um estágio pré-convencional do julgamento moral com a mera interiorização de valores, entendimento que fôra refutado já por Jean Piaget nas décadas de 1920 e 1930. Ives La Taille sintetiza assim a teoria de Piaget: “A primeira ideia que Piaget nos apresenta pode hoje parecer banal, mas era totalmente nova no início do século passado: há um desenvolvimento do juízo moral infantil. Antes pensava-se (e alguns ainda o pensam) que a moral era fruto de uma aprendizagem, esta entendida como mera interiorização dos valores da sociedade e memorização de suas regras (lembramos das abordagens de Durkheim e de Freud). Assim haveria, na trajetória moral da criança apenas dois momentos: aquele no qual ela ainda nada sabe da moral vigente, e, em seguida, aquele no qual a aprendizagem moral já ocorreu. Ora, o que Piaget vai defender, e provar, é que, longe de a moralidade infantil resumir-se a uma interiorização passiva dos valores, dos princípios e das regras, ela é o produto de construções endógenas, ou seja, ou produto de uma atividade da criança em contato com o meio social, re-significa os valores, os princípios e as regras que lhe são apresentadas. Tal re-significação possui características das estruturas mentais já construídas. Logo, para Piaget, na história moral da criança, não haverá apenas dois momentos caracterizados pela ausência ou presença da moral, mas sim estágios, cada um deles caracterizados pela forma como a criança assimila a moral. Os dois momentos das interpretações antigas vão dar lugar a três estágios: anomia, heteronomia e autonomia. (LA TAILLE, 2007:96). Sabemos que os estudos de Piaget tiveram continuidade em Kohlberg que propôs os conceitos de estágios: Pré-convencional, Convencional e Pós-convencional para fugir da dicotomia autonomia/heteronomia proposta por Piaget.

de ligação desta construção com a inclusão do ato **ilícito** na categoria dos atos jurídicos tal qual ocorre no Direito Privado em que elementos extra-normativos são considerados no momento da aplicação do direito.

Considerando a anti-juridicidade concreta, Toledo com apoio em Jeschek, aponta que *ilicitude* “*exprime a idéia de oposição à ordem jurídica, de antagonismo – qualquer que seja – será ilícito sempre que se apresente em oposição à ordem jurídica, estabelecendo com esta uma relação de contraposição*” (TOLEDO, 1994:161), já *injusto* é a própria conduta valorada . A *ilicitude* não opera em graus de relevância pois é sempre a mesma, ou seja, um fato juridicamente qualificado ao qual são atribuídas determinadas consequências; já o *injusto* possui qualidade e quantidade (TOLEDO, 1994:119). O mesmo autor aponta que *ilicitude* e *antijuridicidade* são termos empregados como sinônimos, porém, em Direito Penal toma-se o termo antijurídico com mais frequência para exprimir um dos elementos fundamentais do conceito jurídico de crime. Em sua visão, entretanto, o delito é espécie do gênero “fato jurídico”, melhor identificada como *ato ilícito*, ou seja, um fato que contraria o ordenamento jurídico⁵⁸.

⁵⁸ Já Heleno Cláudio Fragoso aponta que “*a realização da conduta típica revela, em regra, a ilicitude, pois o tipo é, substancialmente, tipo de ilícito, ou seja, modelo da conduta que o legislador proíbe e procura evitar, tornando-a ilícita. (...) Distingue-se a antijuridicidade do injusto. Antijuridicidade é a relação contraditória entre o fato típico e a norma. Injusto é a conduta ilícita em si mesma considerada. A antijuridicidade é uma qualidade do injusto. A antijuridicidade é unitária, para todo o ordenamento jurídico, e não pode ser maior ou menor. O injusto pode ser penal, civil ou trabalhista e é suscetível de ser mais ou menos grave*” (FRAGOSO, 1986:186-189). A respeito dos chamados “tipos abertos” arremata esse penalista “*uma terceira hipótese é a daqueles em que se faz referência à ilicitude, com o emprego de expressões como «indevidamente» ... «sem permissão legal» etc.*” caso em que “[...] a ilicitude deve ser estabelecida pelo juiz, verificando se houve a transgressão das normas que a incriminação

Com efeito, aponta Toledo que o Código Penal Brasileiro, a partir da Reforma empreendida em 1984, passou a denominar a legítima defesa, o estado de necessidade e o fato praticado no estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito, como “exclusão de **ilicitude**” ao invés de exclusão de criminalidade, como constava antes da alteração legislativa, mantendo a figura da “*injunta agressão*” na configuração da legítima defesa com a seguinte redação: “*Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injunta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*” (art. 25 CPB).

Sobre as causas de justificação, Toledo aceita os pressupostos da antijuridicidade concreta, quais sejam, a de que o juízo de antijuridicidade não acresce ao fato algo que não lhe seja próprio, pois o fato no momento de sua realização já traz em si o caráter de justo ou de injusto, assim mencionando o autor:

[...] quem propositadamente fere outrem, em legítima defesa, comete a ação de ferir um ser humano, contudo, indubitavelmente não pratica um crime de lesões corporais. Para chegar-se a essa conclusão, diante de um caso concreto, há que se examinar primeiro a tipicidade legal do fato; depois, a exclusão da ilicitude desse fato pela incidência

pressupõe”.(1986:188). Estamos assim diante de três categorias: antijuridicidade, ilicitude e injusto. Enquanto para Toledo *injusto* e *ilícito* são categorias distintas e *Antijuridicidade* e *Ilícito* são categorias sinônimas, para Fragoso *Ilícito* e *Injusto* é que são categorias sinônimas. Não encontramos grande elucidação da **ilicitude** nessas correlações divergentes dos termos, apenas constatamos que a ilicitude aqui é determinada pela sua função. Enquanto em Fragoso a ilicitude **funciona** para preenchimento das normas penais em branco, em Toledo ela **funciona** para definir as causas de exclusão de ilicitude como veremos adiante.

preponderante da norma específica que o justifica (legítima defesa). O fato, todavia, já nasce por inteiro justificado. (TOLEDO, 1994:124)

Tanto Reale Jr. quanto Toledo entendem que a justiça ou injustiça são iminentes ao agir, porém, para explicar por qual razão a legítima defesa e o estado de necessidade ainda serão avaliados em juízo e, as lesões causadas por um atleta em seu adversário, por exemplo, dispensam este procedimento, cada um recorre a uma teoria auxiliar diferente, embora com semelhante argumento: Reale à teoria da ação socialmente adequada, Toledo às causas supra-legais de justificação. Assim, segundo Reale Jr.:

O critério de adequação social da ação só é possível através de uma concepção de modelo penal e de ação concreta, prenes de significação social, plenas de conteúdo valorativo e historicamente condicionados. Rompe-se o formalismo das estruturas abstratas para, em vista de uma justiça concreta, compreender o crime, o antijurídico como expressão de um desvalor tipificado e sentido por uma comunidade, em determinado momento histórico. (REALE JR., 1974:55)

Já para Toledo, os fenômenos puramente causais, inevitáveis, ocorridos sem qualquer interferência da vontade humana são excluídos do juízo de **ilicitude** pois esta é sempre uma **ilicitude** típica (TOLEDO, 1997:163), de tal modo que:

[...] a esterelização consentida do homem ou da mulher já não poderá ser um ilícito penal, pois a ilicitude desse fato estará excluída pelo consentimento do ofendido. Certas lesões cometidas durante práticas

esportivas não constituirão um injusto penal, pela observância de certas regras e de sua aceitação generalizada, causa excludente da tipicidade. As lesões insignificantes, inexpressivas, ficarão igualmente excluídas de injusto, porque, realmente *de minimis non curat pretor*. E deste estreito intercâmbio entre o tipo e a ilicitude, no interior do conceito de *injusto*, que os unifica, surgirá, seguramente, um renovado direito penal. (TOLEDO, 1997:164)

Assim, enquanto Reale Jr. mantém no processo cultural de produção normativa a aceitação ou rejeição de uma conduta, Toledo as mantém no âmbito normativo, especialmente quando se refere à observância de regras nas atividades esportivas.

A intenção de Toledo é se desviar dos penalistas que identificam a existência de duas categorias de **ilicitude**, uma formal e outra material. A primeira se identifica como a contrariedade entre o fato e a norma jurídica atendendo o princípio da nulidade da pena sem previsão legal do tipo e, a segunda identificada como um “*ponto de referência*” para a criação de tipos legais e sua aplicação a casos concretos porque leva em consideração a lesão ao bem jurídico protegido pela norma, daí permite a graduação do injusto e sua influência na dosimetria da pena o que faz com que a **ilicitude**, em direito penal, assumam várias funções.

Para Toledo entretanto é suficiente o conceito de ilicitude material, mas ela possui mais de uma função havendo uma **ilicitude típica** e uma **ilicitude atípica**,

essa última caracterizada pelos atos que ainda que não se configurem como um **ilícito** penal, autorizam a reação defensiva, diz o autor:

[...] a ilicitude na área penal, não se limitará à ilicitude típica, ou seja, à ilicitude do delito, esta sempre é necessariamente típica. Um exemplo de ilicitude atípica pode ser encontrado na exigência da ilicitude da agressão (“agressão injusta” significa “agressão ilícita”) na legítima defesa. A agressão que autoriza a reação defensiva, na legítima defesa, não precisa ser um ilícito penal, mas deverá ser no mínimo um *ato ilícito*, em sentido amplo, por inexistir legítima defesa contra atos lícitos. Essa constatação, que nos parece óbvia, revela-nos que a ilicitude possui mais de uma função no direito penal: ora atua como elemento geral e estrutural de todo delito, com função delimitadora do ilícito penal; ora caracteriza o ato ilícito em sentido amplo, penetrando na esfera penal para aí produzir efeitos distintos e atuar como fato de identificação daquelas lesões a bens jurídicos que podem ser legitimamente repelidas pela reação defensiva e daquelas outras que estamos obrigados a suportar, contra as quais nada podemos fazer. Essa diversidade de funções conferida pelo legislador ao conceito de ilicitude foi enfatizada, na área do direito civil, por Karl Larenz. Não vemos como negá-la, igualmente, no direito penal. (TOLEDO, 1994:164)

A **ilicitude** atípica no direito penal tem assim a função de caracterizar o ato como contrário a uma prescrição normativa que, entretanto, não se configurará como um delito (quer dizer, não receberá reprovação do ordenamento jurídico, não surtindo os efeitos daí resultantes, quais sejam, a sanção ou pena) pela falta de tipificação (por isso é atípica) em razão da existência de uma causa que exclui

a **ilicitude** do ato. Note-se que a exclusão da **ilicitude** se dá em razão da existência de uma norma permissiva (agir em legítima defesa é uma permissão do ordenamento jurídico, desde que presentes os pressupostos que o autorizem).

No direito privado há também exclusão de **ilicitude** quando o autor da ação ou omissão voluntárias atua em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido ou, quando a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa for praticada para fim de remover perigo iminente (art. 188), entretanto, quando aquele que sofreu a lesão ou o dano pela destruição de coisa sua não for **culpado** do perigo, assiste-lhe-á o direito de ser indenizado pelo prejuízo que sofreu, de forma que o agir **lícito** pode gerar uma **obrigação** independente da vontade do agente.

Nesse caso a **ilicitude e a licitude** não podem ser identificadas apenas com o dever de reparação de danos⁵⁹ já que ambas são eficientes para gerar **obrigações** patrimoniais. Tampouco podem seus conteúdos ser vinculados a critérios de justiça, já que não havendo reprovabilidade na ação **lícita** não poderia ela desencadear ônus para o autor do ato. De outro lado, critérios de **justiça** ou **injustiça** também são insuficientes para determinar o conteúdo de **licitude** ou **ilicitude** pois não haveria “um fiel de balança” nas reflexões abstratas a que remete a “justiça” capaz equilibrar as posições do causador da lesão ou dano que

⁵⁹ Ver item 1.4.1 o ilícito como desdobramento do fato jurídico.

agiu em estado de necessidade como a daquele que os sofreu^{60/61}. Cumpre observar principalmente que estamos diante de uma norma **permissiva** (causar dano estando em estado de necessidade), em que o permitido produz consequências próprias das normas **proibitivas**. Retomaremos esse assunto em breve, antes vale anotar a insuficiência teórica da antijuridicidade concreta.

A antijuridicidade concreta insere elementos valorativos no agir **lícito** e **ilícito**, mas quando em contraste com a conduta **lícita** produzindo efeitos negativos para o agente, esse argumento perde sua base de sustentação, pois ao partir da pré-existência de um **justo** inerente ao ato, não consegue fundamentar um direito que “penaliza” o **lícito**, aquilo que ele mesmo não só permite como protege (legítima defesa e estado de necessidade), a mera interiorização de valores não consegue lidar com problemas fundamentais da existência humana⁶².

⁶⁰ Os Romanos sentiram o peso dessa complexidade quando se viram diante das obrigações que não resultavam exclusivamente dos contratos e dos delitos, razão pela qual optaram pelos termos “*quase contrato*” e “*quase-delito*” (POUND, 1965:76).

⁶¹ Se submetida a critérios de “justiça” a fundamentação da consequência negativa para um ato **lícito** é sempre remetida para a “justiça do caso concreto” em que a decisão será tomada com critérios discricionários. Aproxima dessa questão a obra de Larenz ao analisar “*A busca da solução justa do caso concreto*” com base em Josef Esser e Wolfgang Fikentscher. Informa Larenz que Esser se debateu em justificar a “culpa in contrahendo”.

⁶² Mostra-se uma teoria de senso comum do conhecimento de senso comum tão criticada por Popper (1999:66). Anote-se a afirmação de Reale Jr. de que “*as crenças e valores, que constituem as diretrizes informadoras do ordenamento da vida social e do nosso modo de ser comum, são comunicadas às crianças sendo aos poucos e imperceptivelmente adquiridos, assim como os hábitos e costumes cotidiano*” (1974:2). Popper intitula essa concepção de teoria do balde mental nos seguintes termos “*A teoria de senso comum é simples. Se você ou eu quisermos conhecer alguma coisa ainda não conhecida a respeito do mundo, temos de abrir os olhos e olhar ao redor. E temos de aguçar nossos ouvidos e ouvir ruídos, especialmente os feitos por outras pessoas. Assim nossos vários sentidos são nossas fontes de conhecimento – as fontes ou os acessos para nossas mentes. [...] Nossa mente é um balde que primitivamente se acha vazio ou mais ou menos assim, e nesse balde entra material através de nossos*

Esses valores não podem ser então assimilados por um processo de simbiose, “*independentemente de um processo de formação e reconhecimento através do consenso*” como muito bem assinalado por Vicente de Paula Maciel Jr. (2006:69).

Aliás, para Maciel Jr. (2006) “*O processo argumentativo presente na sociedade revelará sempre sujeitos que buscam o consenso com os demais sujeitos sobre os seus interesses individuais manifestados e que tendem a ser aceitos pelo grupo em face dos valores ali vigentes em confrontação com a norma jurídica válida*”. (MACIEL JR., 2006:63).

Ainda segundo o autor o eixo que permite o giro entre a “*manifestação da individualidade e a sua projeção da esfera de diversos sujeitos*” são os valores agregados aos bens jurídicos tutelados.

Por outro lado, a civilística em geral assume uma posição dogmática sistematizadora de categorias jurídicas para situar o agir em estado de necessidade na categoria dos fatos jurídicos e não dos atos jurídicos, de tal modo que como ato-fato jurídico possa produzir efeitos independentemente da vontade

sentidos (ou talvez por um funil para enchê-lo ou atingi-lo por cima), e se acumula, e é digerido. (POPPER, 1999:66). Ao invés desse balde vazio, Popper propõe o amadurecimento de disposições inatas que são desenvolvidas através do aprendizado pelo método da eliminação de experiências e erros (POPPER, 1999:69). Enquanto as teorias do direito como experiência e da antijuridicidade concreta vêem um indivíduo passivo no seu processo de amadurecimento, Popper vê um indivíduo que interage no seu desenvolvimento “*pelo método de experiências e eliminação de erros, ou por conjectura, refutação e correção própria (autocorreção)*”. (POPPER, 1999:81).

do agente retirando de sua configuração os parâmetros de justiça ou injustiça do ato que passa a ser visto pela ótica exclusivamente patrimonial.

O ato **lícito** não se confundiria assim com o ato **justo**, mas apenas encontra respaldo em permissivo legal, da mesma forma que o ato **ilícito** não se confundiria com o ato **injusto**, pois representa contrariedade a norma jurídica, ou melhor, ao padrão de ato por ela estabelecido.

Daí ser também incorreto dizer que a **licitude** ou **ilicitude** resulta da “*natureza das coisas*”, pois uma visão objetiva retira-lhe qualquer imanência valorativa de forma que para sua configuração interferem fatores políticos e econômicos que servirão de argumentos para elaboração da norma jurídica por um poder de decisão que, num Estado Democrático de Direito deve ser feito pela via do PROCESSO. Visando esses esclarecimentos, nos próximos títulos vamos submeter a antijuridicidade concreta à Teoria da Decisão Jurídica construída a partir da Teoria Neo-institucionalista do PROCESSO para demonstrar como a **ilicitude**, na forma como ela se encontra positivada no Direito Privado Brasileiro, ainda se fundamenta nas bases escolásticas herdadas do Direito Romano.

1.6 A Teoria da Decisão Jurídica (neo-institucionalista) e a Crítica à Antijuridicidade Concreta

Em primeiro lugar é preciso explicitar como Rosemiro Leal concebe o direito, pois é da lucidez de sua conceituação que percebemos a existência de uma sociedade emancipada:

É o direito produto racional e dinâmico de controle sócio-político-econômico em vários níveis temporais de elaboração humano-técnica, à medida que os grupos sociais surgem, organizando-se a si mesmos por regramentos técnico-jurídicos convenientes. [...] O direito é construído pela humanidade como necessidade inapartável desta, e produzido pela atividade humana em incessante elaboração de estruturas formais diferenciadas e adequadas à regulação dos interesses prevalentes em cada época e, por via de sua qualidade ordenativa e sistêmica, para criar, extinguir, impor, manter ou ocultar, em convenientes padrões de legalidade (licitude ou incolumidade) as ideologias (de repressão, dominação, permissão) e teorias adotadas nas diversas quadras da história dos privilégios, conflitos e insatisfações humanas. (LEAL,R., 2008:2)

Como na concepção neo-institucionalista o direito é “construído” (e não “descoberto”), os imperativos éticos somente podem se tornar juridicamente normativos a partir de uma autoteorização (participação dos seus destinatários), aberto à testificação processualizada do grau de certeza desse comando decisório (LEAL,R., 2005:100-110).

A processualização dos imperativos éticos se tornam legitimamente jurídicos pelo controle de constitucionalidade que testificarão o seu grau de comprometimento com os “*direitos fundamentais já assegurados no plano constituinte dos Estados Democráticos*” (LEAL,R., 2005). Rosemiro Leal retira da tradição o investimento do senso de significação e valor da sociedade e o coloca na “*normatividade dos direitos fundamentais*” em todos os setores da vida jurídica: obrigações, família, propriedade pela processualização do discurso jurídico.

A processualização do discurso jurídico implica “*o resgate da tiranização secular mítica da ortodoxia do discurso jurídico pelo esclarecimento da realidade jurídica*” (2008:4), ao passo que na antijuridicidade concreta a humanidade retrocede para “*formas espontâneas e elementares de juridicidade*”. Segundo Rosemiro Leal:

De resto, parece-nos equivocada a afirmação taxativa de que a Ciência Jurídica tem como objeto o “fenômeno jurídico tal como ele se encontra historicamente realizado” pois, se assim colocado, estar-se-ia a esconder o alvo fundamental da Ciência Jurídica que é a investigação pelo esclarecimento do que é o direito, já que este não pode ser científicamente considerado uma coisa perdida ou difusa num universo jurídico-físico à espera de ser encontrado, ou uma coisa a ser adrede confeccionada para acudir a sociedade” (LEAL,R., 2008:7)

Sintoma dessa mitificação é a alegoria da *espontaneidade* com que se formam as tradições e os costumes a que se deu o nome de “*Poder Social Anônimo*” – sem o adjetivo o “poder” já traz preocupações suficientes – e que reclama esclarecimento pois, o anonimato é incompatível com uma sociedade aberta tal qual Popper a descreve, qual seja, aquela “*em que os indivíduos são confrontados com decisões pessoais*” (POPPER,1998:188). O chamado poder social anônimo espelha o que Warrat denominou de *intertextualidade totalitária*⁶³, em que padrões de **licitude** surgem a partir de argumentos de autoridade no discurso de dominação próprio de poderes não legitimados pelo PROCESSO democrático.

O que temos visto é que, mesmo vigente uma Constituição que garante direitos fundamentais, o poder anônimo não é o do povo mas o das classes dominantes que mantém privilégios a custa do discurso simbólico que permite instituir a disciplina e o conformismo na sociedade (WARRAT, 1995:62).

A mitificação do poder social anônimo é resultado da distorção da expressão “cultura” – ou bem a concebemos como a soma dos costumes e

⁶³ Segundo Warrat, a intertextualidade se caracteriza “como um processo racional de discursos, textos, linguagens e pré-compreensões significativas. É o discurso dos “outros” funcionando como operador implícito de nosso discurso. É a memória semiológica de uma comunidade que influi, de forma velada, aprisionando em um premoldado significativo o futuro dos discursos (sem que isto determine necessariamente a clausura do infinito das significações. [...] Quando falamos de intertextualidade estamos querendo nos referir ao conjunto de significações socialmente disponíveis, mantidos como uma reserva produtora e interpretativa, como um complemento forçoso de nosso discurso. (WARRAT, 1995:62, nota 8).

atividades de um povo ou, como um sistema de atitudes, instituições e valores de uma sociedade (BARROS, 1993:83). Na primeira hipótese, os valores morais de uma dada sociedade baseiam-se em uma ordem natural-racional⁶⁴, na segunda são obtidos convencionalmente dentro dos limites jurídicos que lhe darão legitimidade.

1.6.1 Ato Ilícito e Ilicitude

Vimos nos títulos até aqui elaborados que na dogmática jurídica o *ilícito* é abordado em dois momentos fundamentais do direito: na teoria das fontes do direito e na teoria dos fatos jurídicos.

A digressão feita nos leva a três ordens de conceituações que têm recebido tratamento indistinto nos estudos jurídicos, quais sejam: a **licitude**, a moral e a justiça que, por sua vez se desdobram em outras ordens de tratamento: o ato **ilícito**, a atitude contrária a moral e o injusto.

Percebemos que o tratamento do ato **ilícito** (a par da questão de sua inclusão na categoria de atos jurídicos que será objeto de melhor estudo no capítulo final da teoria da prova), vincula-se a obrigação de reparação do dano e,

⁶⁴ Em título anterior (1.4.2 e 1.4.3) dissemos que a antijuridicidade concreta tem como base a experiência do direito surgido em uma sociedade histórico cultural. No centro dessa construção encontra-se um conceito antropológico de cultura que “*é, em boa parte, a causa do obscurecimento do sentido original do vocábulo (cultura) e responsável pelas confusões dos que consideram, simplesmente, que «cultura é tudo»*” (BARROS, 1993).

portanto, à considerações acerca da responsabilidade. Apesar dessa ligação que, a princípio restringiria o *ilícito* à causação do dano, a ideia de **ilícito** aparece nas ordens normativas intimamente vinculada à ideia de uma obrigação moral em uma dimensão transcendente⁶⁵, ampliando o alcance de valoração do fato submetido a juízo e, por conseguinte, no vigente sistema de cláusulas abertas e conceitos gerais indeterminados, aberto a discricionariedade do decisor que pode se valer de conceitos extra-normativos para criar *ilicitudes*.

O conteúdo da moral e o conteúdo do **lícito** podem referir-se ao mesmo agir humano, mas o **lícito** entendido como “*a síntese de permissão, dever e vedação*” (LEAL,R., 2008:125) só pode significar “*articulações lógico-jurídicas em espaço estrutural amplo*” (LEAL,R., 2008:204), ou seja, “*o ato só é ilícito se violar norma jurídica*” (TELLES JR.:2001), mas uma norma jurídica construída em paradigmas do devido processo legal (LEAL,R.:2008).

Não é entretanto o que se subsume das elaborações doutrinárias (estudos) e legislativas do Direito Privado vigente no Brasil ao mesclar **licitude** e moralidade como se pertencessem a um único arcabouço teórico. Toma-se o agir já valorizado pela reflexão moral para atribuir-lhe caráter jurídico; toma-se também o agir já valorizado pela reflexão ética para atribuir-lhe caráter jurídico.

⁶⁵ Vou chamar de dimensão transcendente a aferição de critérios de bom, justo, honesto que funcionam ou deveriam funcionar como móvel do agir em conformidade com o direito (além do papel de “incentivo” da sanção). A questão é que essa motivação vai se assentar nas decisões judiciais, possibilidade que no sistema de cláusulas abertas e conceitos gerais indeterminados representa um pernicioso espaço para o puro arbítrio.

Somente com a delimitação dos campos de reflexão da moral e da reflexão ética é possível estabelecer o alcance jurídico que essas formas de controle social possam ter, por meio de um devido processo legislativo fiscalizável processualmente por todos, afastando-se da linguagem jurídica o conteúdo moralizante (já moralizado) impregnado no vocábulo *ilícito*. Em outras palavras, significa a possibilidade de fundamentar **juridicamente** a decisão, com base em critérios racionais, ao invés de fundamentar **moralmente** uma decisão **jurídica**⁶⁶.

A compreensão distorcida dos conceitos de **licitude** e moralidade são resultado da influência que a escolástica exerceu no direito romano e que nunca foi afastada pelo direito moderno. Essa influência, como vimos em título anterior, se deu de forma decisiva com o novo papel que a *bona fides* (derivada do dever ético-religioso que obriga ao cumprimento da palavra dada) passou a exercer na instituição de **deveres** ético-jurídicos, assinalando o momento em que o moral adquire a conotação de **legal**.

⁶⁶ Excelente apresentação das teses que defendem a íntima e necessária conexão entre direito e moral encontra-se em Dimoulis (2006:85-99). Objetivando divisar visões que são contrapostas ao positivismo jurídico (corrente teórica adotada pelo autor), o autor denomina de moralismo jurídico teorias que fazem “*dependem o reconhecimento da validade das normas jurídicas e sua interpretação de elementos vinculados a valores (e correspondentes mandamentos) de origem moral. (...) o moralismo jurídico adota uma perspectiva normativa, afirmando que o direito deve estar vinculado à moral. Isto é um mandamento endereçado tanto ao legislador como ao intérprete/aplicador do direito, devendo todos levar em consideração a moral na tomada de decisões. Isso significa que os moralistas propugnam pela correção do direito nos dois sentidos do termo*”. (DIMOULIS, 2006:88). Distingue ainda duas espécies de moralismo: o moralismo jurídico moderado e o moralismo jurídico radical. A explanação feita pelo autor nos permite comprovar que o Código Civil Brasileiro promulgado em 2002 é francamente jusmoralista, seja porque faz referências explícitas a critérios morais, seja porque permite tal agregação de conteúdos extrajurídicos por meios da adoção dos conceitos gerais indeterminados.

A impropriedade dessa concepção para com o Estado Democrático de Direito pode ser constatada pela falta de escrituração desses conteúdos, o que impede a testificação de seus imperativos e, por isso, não pode ser imposta antes “*do embate dos argumentos*”, o que se faz por meio do PROCESSO. De acordo com Rosemiro Leal,

[...] o **imperativo ético** de cunho aristotélico é metafísico, porque não se abre à testificação teorizada do grau de certeza que possa ostentar. Se alguém estatui o que é **ÉTICO**, porque está na razão natural, na consciência ou na lei escriturada, e não é dado ao destinatário normativo fiscalizar ou discutir processualmente a **legitimidade** desse comando decisório, tal exigência é tirânica e dissociada da teoria jurídica da democracia. Daí o estudo da **teoria da democracia** para compreensão de uma nova **ÉTICA** na modernidade suplica passagem pela **TEORIA DO PROCESSO**. (LEAL,R., 2005:100)

A objetivação dos conteúdos da **licitude** e **ilicitude** por meio do PROCESSO é que permitirá divisar esses campos de reflexão para evitar que o direito funcione como uma extensão institucionalizada da responsabilidade moral, mantendo a **ilicitude** nos limites jurídico-normativos em sua “*gênese discursiva, e não axiológica ou prescritivamente deôntica*” (LEAL,R., 2002:154).

Como forma de aproximação da objetivação dos conteúdos do **ilícito** tomamos como ponto de partida o conceito de norma na Teoria Neo-institucionalista do processo, qual seja, como “*categoria de logicidade de todo o*

*sistema jurídico como um único corolário, que é a fixação hermenêutica da **licitude** como a síntese de permissão, dever e vedação” (LEAL,R., 2008:125 – o sublinhado é nosso), para uma análise da **licitude** como dever, permissão e vedação de condutas **qualificadas** e não **valoradas**. Nessa ordem de idéias a **ilicitude** indica “*situação de contraposição ao âmbito de liberdade permissível*” (LEAL.R., 2008:294).*

Nesse contexto, será na responsabilização que a **ilicitude** poderá se desgarrar da moral. É o que vamos discorrer no próximo subtítulo.

1.7 A Ilicitude e a resposta da ordem jurídica

Ao discorrermos sobre o Fato Jurídico (item 1.1) apontamos com Mazzeaud e Mazzeaud que o estado de **obrigado** surgiu da reação do prejudicado à prática de um ato danoso, o que hoje concebemos como ato **ilícito**. Os termos **obrigado** e **ato ilícito**, entretanto, são concepções desenvolvidas em uma sociedade já bem mais evoluída que passa a utilizar fundamentos racionais na **resposta** dada pelo ordenamento jurídico ao agente infrator de suas determinações (MAZZEAUD e MAZZEAUD, 1997:51).

Essa resposta racional da ordem jurídica não significou o afastamento de outras normatividades na fundamentação de seus propósitos, sejam eles

correcionais ou de estabilidade social, senão que ainda hoje se procura estabelecer quais são as medidas eficientes para conduzir nossas ações. Não há dúvida de que o Direito Privado Brasileiro se mostra sincrético a comandos morais e concede elevado peso ao dado *valorativo* na “*justificação pública de escolhas e decisões*” (CANTO-SPERBER, 2005:106); a questão é saber se no Estado Democrático de Direito há sustentação jurídica para adoção dessa postura ou se o que se tem, como *pano de fundo* e, nesse caso, ao arripio da Constituição Brasileira, é somente o atendimento a critérios de conveniência política e econômica de uma minoria detentora do poder.

Pensamos ser importante nesse ponto indagar por quais razões uma pessoa é obrigada a reparar o dano causado a outra. Entre os que se dedicam ao estudo da Responsabilidade é comum a preocupação em determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida está obrigada a repará-lo, mais do que “por que” está obrigada. Já entre penalistas há grande preocupação em se buscar justificações para a existência e finalidade da “pena”, por isso iniciaremos esse debate por esse caminho.

Levantando a questão da utilização do tempo como pena, Messuti (2003) ressalta que a multiplicidade de teorias que pretendem justificar os termos “pena” e “retribuição” revela um problema de *consciência*, já que a pena corresponde a

sentimentos muito arraigados como o de culpa. Com apoio em Benveniste, conta a autora que a origem do termo em grego era *poine*, e correspondia ao significado de vingança, ódio, retribuição destinada a compensar um crime, a expiação de sangue, e arremata:

O conceito de retribuição tem uma importância fundamental para a vida social, responde à estrutura do intercâmbio, sem o qual a vida social não existiria. Cada prestação dá lugar a uma contraprestação. E, ao aceitar com toda naturalidade que a prestação qualificada como positiva dê lugar a uma contraprestação qualificada como positiva, haveria também que se aceitar que uma prestação negativa dê lugar a uma contraprestação negativa. (MESSUTI, 2003:20)

Já Pound (1965:77-78) usa o termo “responsabilidade” para definir a situação em que uma pessoa possa exigir legalmente e a outra está legalmente sujeita à exigência. Conta que os Gregos e os Romanos mais antigos deram o nome inicial de “*insulto*” a atitude de uma pessoa que implicasse em ofensa a um vizinho por um dano causado a ele ou aos de sua casa, ou aos deuses pela violação de uma promessa feita pois, “*o insulto ao povo, por considerado desrespeito do compromisso solenemente lavrado em presença dele, ameaçam a paz e a ordem sociais e requerem solução legal*” (1965:79).

Pound assinala ainda que a resposta a um ato considerado danoso, o que hoje denominamos **ato ilícito**, sempre existiu entre os homens desde os tempos primitivos, iniciando-se por uma vingança e quem comete uma ofensa ou situa-se

entre uma pessoa ofendida e sua vingança, ao proteger um parente, uma criança ou um animal doméstico que causou o dano, deve tentar ajustar uma solução ou sujeitar-se à vingança do ofendido (POUND, 1965:77), o que certamente levou o “Estado” a avocar para si a condução dos processos de ajustamento de uma solução, evitando a perniciosa prática particular da vingança.

Daí que num estágio mais evoluído, o passo seguinte foi avaliar as condições do ajuste, não em termos de vingança a resgatar, mas em termos do dano ou ofensa causados e o passo final fora converter o ajuste em termos de compensação ou indenização, relatando esse autor que:

[...] Esses passos são dados espaçadamente e fundem-se entre eles, de maneira que possamos ouvir algo sobre uma “penalidade de reparação”. Mas o resultado é transformar um arranjo para obstar à vingança em reparação pelos danos. Assim, a recuperação de uma soma em dinheiro, por meio de penalidade para um delito, constitui o ponto histórico de partida para a responsabilidade legal (POUND, 1965:79).

A responsabilidade passa a ser refletida em duas categorias essenciais: cumprimento de compromissos ajustados e reparação de ofensas ou danos, ambos configurando **atos ilícitos**, porque em ambos há um direito a ser protegido. A razão ou os motivos pelos quais isso deveria ser feito faz parte, segundo Pound (1965), de uma fase posterior, a medida em que as relações tratadas pelo direito se tornam mais numerosas exigindo um tratamento mais complexo.

Pasukanis vai dizer que a vingança não começa a ser regulamentada pelo costume e a se transformar em reparação com a lei de talião, mas quando começa a consolidar-se a ideia de reparação como equivalência que só se realiza objetivamente no estágio de desenvolvimento econômico mais avançado (PASUKANIS, 1989:147).

A prática de um ato **ilícito**, seja no âmbito penal seja no âmbito civil desencadeará uma resposta do ordenamento jurídico; conforme seja o bem juridicamente protegido, será o tipo de obrigação a ser cumprida pelo infrator ou *imputada* a um *responsável* (no caso das indenizações cujo dano foi causado sem culpa do responsável pela sua reparação).

Resgatamos aqui a conexão estabelecida no título anterior: a conduta danosa (também entendida como *falta* no Direito Francês), seja ela caracterizada pelo descumprimento de um dever contratual, seja ela resultado de um ato culposo ou doloso causador de dano, ambas condutas contrárias à norma, ambas **atos ilícitos**, invocam a ideia de responsabilidade. O fundamento maior da *responsabilidade* civil está no **dever** de cuidado que impõe a toda pessoa que se comporte de tal modo a não causar prejuízo a ninguém, mas a responsabilidade entendida como **resposta** do ordenamento jurídico às condutas contrárias ou de acordo com suas prescrições também têm em sua base o **dever** de cumprir a tudo que é estabelecido pelo direito.

Esse conceito tradicional de responsabilidade chamou a atenção de Ricoeur (2008:33) que ensaiou uma análise semântica do termo, verificando que o emprego difuso do vocábulo hoje alcança o campo da filosofia moral pois *“tornou-se a obrigação de cumprir certos deveres, de assumir certos encargos, de atender a certos compromissos. Em suma, é uma obrigação de fazer que extrapola o âmbito da reparação e da punição”*. (RICOEUR, 2008:34).

Intrigado com a proximidade que a responsabilidade guarda com a filosofia moral, Ricoeur analisa a passagem da idéia de *imputação*, de sentido religioso para a idéia de *retribuição*, de sentido jurídico, diz ele:

O termo imputação é bem conhecido numa época em que o termo responsabilidade não tem emprego reconhecido fora da teoria política em que se fala da responsabilidade do soberano perante o Parlamento britânico. É verdade que a referência a esse emprego extrajurídico não deixa de ser interessante, uma vez que aparece a idéia de prestar contas, idéia cujo lugar na estrutura conceitual da imputação será visto. Esse emprego adjacente do termo responsabilidade desempenhou algum papel na evolução que levou o conceito de responsabilidade, tomado em sentido jurídico, a identificar-se com o sentido moral de imputação.

E prossegue:

Imputar – dizem nossos melhores dicionários – é atribuir a alguém uma ação condenável, um delito, portanto uma ação confrontada previamente com uma obrigação ou uma proibição que essa ação infringe. (RICOEUR, 2008:40)

Prossegue Ricoeur dizendo que é essa moralização da responsabilidade que, no direito vai se desdobrar para atribuir a uma a pessoa a responsabilidade pela ação de outra, como os pais pelas ações dos filhos, os patrões pelas ações dos empregados a seus serviços. O mesmo raciocínio pode ser aplicado no que diz respeito aos fundamentos que obrigam uma pessoa a cumprir um contrato, a usar convenientemente da propriedade. (RICOEUR, 2008:40)

Entretanto, essa idéia de responsabilização que está na base das concepções de **ilicitude** e que permitem o seu emprego para variadas funções, não é capaz de sustentar o dever de reparação quando o dano é causado pela prática de um ato **lícito**, pois a invocação de valores morais e critérios de justiça levaria a um raciocínio que só encontraria fim por um critério de autoridade (incompatível com o Estado Democrático de Direito).

A dificuldade de fixar hermêneuticamente a **licitude** como síntese de permissão, dever e vedação reside na dificuldade apontada por Rosemiro Leal (2008:126), de se afastar do conceito de **licitude** a idéia de “*valor ou qualidade adequada e ideal, pura e justa, criada pela norma jurídica*” para manter coerência entre o que é permitido e o que é vedado.

Esse afastamento permitiria que a **juridicidade** passasse a ser o único atributo da norma jurídica capaz de torná-la vinculante, “*em conexão com outras*

normas, com outros atos, com outras posições jurídicas”
(FAZZALARI,2006:86).

Mas o ordenamento jurídico brasileiro emprega, como vimos os termos **licito** e **ilícito**, e a própria Constituição Federal Brasileira utiliza o vocábulo *ilícito* quando disciplina o direito fundamental de inadmissibilidade no processo da prova obtida por meios *ilícitos*. Assim, afirmar a propriedade ou impropriedade do uso em Direito pelo variado grau de significação que ele permite exige ainda uma análise no âmbito da Teoria do Processo Civil. É este o objeto do próximo capítulo.

2 ENUNCIÇÃO DE LICITUDE NA TEORIA DO PROCESSO

A enunciação de **licitude** na teoria do processo merece inicial abordagem acerca da problemática distinção entre norma material e norma processual, uma vez que desta dicotomia parece se destacar a figura do **ilícito processual**, como categoria distinta do **ilícito material**, ou mais comumente, do **ilícito civil**.

A cisão (direito material – direito processual) teria se tornado nítida a partir da obra de Oscar von Bulow publicada em 1868 sob o título “*Teoria das Exceções Dilatórias e dos Pressupostos Processuais*” cujo desenvolvimento possibilitara a desvinculação do “processo” do direito material⁶⁷. Até então o processo era tido apenas como “*um conjunto de estilos e preceitos práticos, e mero apêndice do direito material.*” (MARQUES, 1962:46), por isso não se falava em “Direito Processual” mas apenas em “processo civil” e “processo penal” como retrata José Frederico Marques:

⁶⁷ Não teria sido Bulow o primeiro a manifestar-se sobre o assunto. Segundo Dinamarco (2000:41) antes de Bulow, Bethmann-Hollweg já teria mencionado a existência de uma “relação jurídica processual”. E Leal (LEAL, R., 2008:78) informa que para construção da teoria dos pressupostos processuais Bulow valeu-se da máxima de Bulgaro, um jurista italiano do século XII que dizia: *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei* (o processo é o ato de três personagens: do juiz, do autor e do réu). São todos acordos entretanto em atribuir à Bulow a iniciativa do debate que viria permitir a desvinculação dos estudos do direito processual do direito material. Atente-se entretanto que André Cordeiro Leal, com fundamentos colhidos na Teoria Neo-Institucionalista do Processo, demonstrou de que “*Bulow não propôs o que se poderia denominar atualmente de teoria do processo, sequer fundou a ciência do processo (a qual suporia crítica incessante), havendo apenas formulado teorias das técnicas de atuação judicial salvadora. Em outros termos, pretendemos demonstrar que elaborou uma tecnologia da jurisdição*”. (LEAL, A., 2008:32-33).

Os autores franceses de Direito Civil ainda hoje se referem ao Direito Processual como *direito prático*, uma vez que restringem o processo à formas procedimentais.

Os italianos empregavam o vocábulo *procedura*, de importação francesa, pois que estes usavam da palavra *procédure*. Os autores portugueses e os nossos antigos praxistas falavam em *processo*, mas com o mesmo sentido da *procedura* dos italianos e da *procédure* dos franceses.

A escola procedimentalista italiana empregou também a expressão “direito judiciário”, entre nós adotada por João Monteiro e João Mendes Júnior, e que é a designação oficial da cadeira no currículo universitário. A expressão é, porém, defeituosa: ou abrange tão-só o processo que se desenvolve em torno do juízo (ficando de fora, por exemplo, o processo de execução), ou ampla em excesso, para conter tudo o que se refira ao Poder Judiciário. (MARQUES, 1962: 46-47)

A partir das enunciações do século XIX é que foi possível engendrar a sistematização de institutos de Direito Processual com prescrições próprias e distintas dos demais *ramos* do direito. Em sua origem assumiu o caráter de disciplina voltada a regulamentar a “*atividade dos juízes*” sendo referido como “*direito adjetivo*” e “*instrumental*” destinado a dar realização ao “*direito material*” (ASCENÇÃO, 2001:369). Ressalta José Frederico Marques que:

Quando o processo não passava de designação de complemento ou acessório do direito material ou substantivo, o processo civil, definido como direito privado formal, era «*un servo del diritto privato, così come il processo penale era un servo della legge penal*». Só aos poucos, difundiu-se o entendimento de que o processo civil tem função autônoma e, portanto, é regulado por leis próprias. Para isto, contribuíram as grandes codificações processuais do século passado,

que permitiram formar-se um sistema orgânico dos preceitos do processo civil, libertando o Direito Processual das normas jurídico-privadas que o envolviam. (MARQUES, 1969:60)

Observa-se que ao sistematizar-se a Ciência do Processo, cuidou-se incisivamente da estruturação de institutos processuais de atuação do Poder Judiciário sem que houvesse a preocupação de ressemantizar os conceitos fundamentais do Direito Privado, dentre os quais o de **licitude** e **ilicitude**, que foram simplesmente compreendidos pelo Direito Processual em que **processo** indicava apenas o sentido semântico de *marcha adiante*.

O **ilícito** processual assentava-se na figura da *emulação* que visava a garantir a ética da prática processual enfeixadas no sentido de probidade das partes⁶⁸. A ressemantização era necessária, embora seja evidente que a dicotomia que permitiu se caminhar para a construção de uma ciência do Processo, não tenha operado a cisão do próprio ordenamento jurídico. As normas materiais e as normas processuais se completam mutuamente sendo ambas “*plenas de substancia, de conteúdo, de matéria*” (GONÇALVES, 1992:49).

⁶⁸ Aponta Albuquerque que no Brasil, no tempo da autonomia dos Estados, alguns Códigos estaduais de processo continham normas de repressão ao abuso do direito. Já no Código de Processo Civil de 1939 (Lei 1.608), dois artigos definiam expressamente o conceito e a consequência do então denominado “espírito de emulação” nos seguintes termos: Art. 3º. *Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro. Parágrafo único: O abuso do direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.* (ALBUQUERQUE, 2002:26)

Nesse sentido, Rosemiro Leal também sustenta a unicidade do ordenamento jurídico o que permite se reconheça a existência de uma Teoria Geral do Processo “*pelo estudo convergente dos princípios fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia [...]*” (LEAL.R.,2008:75) reconhecendo, por outro lado, a dualidade de normas conforme o comando de disciplinação a que visem, sendo essa distinção interessante para delimitação da **licitude** e **ilicitude** e respectivas consequências jurídicas.

Entende Rosemiro Leal (2008) que todo direito é pessoal, porém é possível oferecer critérios distintivos das normas denominadas de “direito material” e de “direito processual”. Acrescenta a essa dicotomia clássica a necessidade de se distinguir dentre as normas de direito processual aquelas de “direito procedimental” dizendo que:

[...] o direito material expressa-se num **bem da vida jurídica**, corpóreo ou incorpóreo, que, no âmbito do debate jurisdicional, será o objeto para cuja proteção se requer um provimento (sentença). O equívoco do juiz ao aplicar o chamado direito material se denomina *error in iudicando*. A **norma processual** compreende comandos de disciplinação da jurisdição, e do procedimento como estrutura e instrumento jurídico de exame e debate dos arcaicamente denominados direitos materiais e até processuais. As normas processuais estabelecem **critérios de poder** para todos e especialmente para os que exerçam a jurisdição em nome do Estado. [...] A **norma processual**, em se definindo pelos conteúdos dos princípios da ampla defesa e contraditório, distinguir-se-ia, a rigor, da **norma procedimental** que corresponderia a comandos de construção dos

procedimentos em que fossem dispensáveis o contraditório e a ampla defesa. (LEAL.R, 2008:127)

Essa distinção de normas procedimentais dentro da categoria das normas processuais se apoia na distinção entre “processo” como espécie do gênero “procedimento” a partir da Teoria Fazzalariana de processo, o que traz à configuração dos chamados **ilícitos processuais** uma conformação bastante peculiar.

Acontece que se tomamos como exemplo a leitura de José Frederico Marques, também ele apresenta o procedimento como distinto do processo agrupando as normas processuais em três diferentes classes: *a) normas processuais civis em sentido estrito; b) normas de organização judiciária e c) normas estritamente procedimentais* (MARQUES, 1969:69). Entretanto, nessa visão o processo ainda é visto como “*instrumento de atuação estatal vinculado*” e o litígio se resolve através de um ato de autoridade (MARQUES, 1969:27), o que o distancia da concepção de processo a partir de uma Teoria Constitucional de Direito Democrático que no Brasil, só a partir da Constituição Brasileira de 1988 possibilitou a reorientação dos conceitos de Processo e Jurisdição na feliz expressão de Cordeiro Leal:

A jurisdição, a partir das propostas científicas do processo tematizado no âmbito do paradigma procedimental do Estado Democrático de

Direito, não mais pode ser considerada atividade do juiz ou da magistratura em dizer o direito, mas o *resultado* da interpretação compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) – principiologia essa que se apresenta exatamente como viabilizadora da clarificação discursiva de conteúdos fático-normativos pelos destinatários da decisão. [...] Como decorrência teórica da compreensão discursiva da democracia, não se pode mais falar, portanto, em órgãos jurisdicionais, mas em articulações técnicas constitucionalmente construídas para atuação dos conteúdos processuais no acertamento interpretativo das normas hauridas dos textos legais e de estados de coisas por argumentos internos ao ordenamento. (LEAL,A., 2008:151).

Com isso, aqueles que partilham da visão esposada por Marques, permanecem vinculados à Teoria do Processo como Relação Jurídica cujo incremento de decisionismo em tempos mais recentes resultou na Instrumentalidade do Processo, o que faz com que a chamada **ilicitude** processual ganhe contornos conceituais bastante flexíveis e ostente o mesmo grau de indefinição e conteúdos extra jurídicos como ocorre com o tratamento do **ilícito** no Direito Privado. Basta uma superficial leitura dos artigos 14 e 17 do Código de Processo Civil para se perceber o elevado grau de subjetividade dos comandos normativos ali inscritos, tais como as referências à lealdade e boa-fé.

Também é necessário considerar que não é possível simplesmente trasladar o conceito de **ilícito** do direito privado para o campo do Direito Processual sem

atentar para a diversidade de normas que integram o chamado Direito Processual. Explicamos isso: afirmar com Telles Jr., como fizemos no capítulo precedente, que “*o ato só é ilícito se violar norma jurídica*” (TELLES JR:2001) e que essa violação acarretará consequências desfavoráveis ao autor do **ilícito** merece maior investigação ante a constatação de que há diversidade de consequências da violação ou não observância de uma norma “processual” e até da possibilidade de convalidação do ato.

Nesse contexto, a adoção de uma teoria democrática do PROCESSO é que permite reconhecer que “*quem pode avaliar o prejuízo que o ato irregular provoca, em cada processo, é a parte que tem a sua atuação por ele atingida*” pois “*os atos processuais não são isolados e não são submetidos apenas ao controle do juiz, na direção do processo. São encadeados na estrutura processual e submetidos também ao controle das partes.*” (GONÇALVES, 1992:63), pois ao entender que o PROCESSO é espécie de procedimento realizado em contraditório torna-se inafastável a participação das partes na construção do provimento, garantida a oportunidade de ampla defesa toda vez que seus poderes e faculdades forem afetados por qualquer vício do ato processual. Além disso, esse acréscimo teórico à Ciência do Processo é que permite o salto epistemológico necessário para adequá-lo ao Devido Processo Legal previsto na Constituição Brasileira de 1988, impedindo que **ilicitude** seja um conceito aberto a ser definido pelo julgador.

A necessidade de divisar essas categorias de atos e respectivas consequências para enunciação da **ilicitude** no processo assume ainda especial importância na configuração da prova obtida por meios **ilícitos** e na configuração do **ilícito** que resulta da denominada **litigância de má-fé**, do **abuso do exercício do direito** e do exercício mesmo do direito-de-ação, pelo autor e pelo réu “*para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei*” na dicção do art. 129 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Para enunciar o que tem sido denominado de **ilícito processual** é preciso explicitar o que se entende por “processo”, diferenciá-lo do “procedimento” e neste contexto situar os “atos jurídicos processuais” para demarcar o **ilícito** como ato contrário a direito, é o que buscaremos realizar nos próximos itens.

2.1 Direito Privado como matriz do Processo e primeiras idéias para um Direito Processual

Quando em 1806 surge o *Code de Procédure Civile* na França, inicia-se o período denominado “*procedimentalismo*” que se situava a meio caminho do praxismo e do direito processual científico (ALVIM, 2006:35). Napoleão separara a legislação processual civil e processual penal e estas da legislação civil e penal (direito material) e sua iniciativa exerceu grande influencia sobre ordenamentos processuais de toda a Europa continental (LIEBMAN, 2003:51-

53). Não havia, entretanto, preocupação em teorizar o processo, apenas em torná-lo eficiente no seu objetivo: resolver os conflitos.

Segundo André Ramos Tavares com apoio em Gilissen, houve a cristalização do sistema individualista vigente na época, sendo certo que o Direito não poderia ficar imune a influência da Revolução Francesa em cujo núcleo teve início o movimento de codificação do direito, ressaltando o renomado constitucionalista que:

O Jusnaturalismo e seu Direito natural, os costumes e todas as demais fontes do Direito até então reconhecidas são (eliminados e) reduzidos à palavra escrita e codificada. O Direito passa a ter como única morada o *Codex* [...]" (TAVARES, A. 2006:23).

Entretanto, não se pode dizer que **Licitude** e **Ilicitude** são categorias perfeitamente delimitadas nas codificações napoleônicas e nas que lhe foram contemporâneas embora, como bem salienta Menezes Cordeiro “*O Código Napoleão contem referências múltiplas à boa-fé.*”. Tal fato era inevitável, ressalta o autor lusitano, uma vez que “*as transferências culturais que estão na sua base, com primazia para a tradição romanística, jogaram, aquando de sua elaboração.*” (CORDEIRO MENEZES, 2007:246)⁶⁹. O **ilícito processual** na

⁶⁹ Cordeiro Menezes aponta a existência de dispositivos no Código Civil Francês de 1804 que fazem referência tanto à boa-fé objetiva quanto a boa fé subjetiva o que trouxe aos estudiosos franceses “*problemas consideráveis, intransponíveis mesmo, quando se tratou de, com a instrumentação própria da exegese, desbravar o sentido da sua consagração na letra do Codex.*” (CORDEIRO MENEZES, 2007:257).

figura da *aemulatio* também encontrava previsão, mas o sistema de direitos absolutos não foi favorável ao desenvolvimento da noção de abuso do direito (ALBUQUEQUE, 2002:22).

Como o modelo Romano permanecera como matriz da concepção de processo, prevalecia um estado de imanência deste em relação ao direito material onde se esgotava a figura do **ato ilícito**; sem gozar de nenhuma autonomia o “direito processual” destinava-se a aprimorar a “técnica judiciária”⁷⁰.

Relacionando o fenômeno da codificação ao constitucionalismo, André Ramos Tavares ressalta que a aproximação de ambas é apenas cronológica pois o Direito Privado detinha ainda especial relevo na ordem jurídica. Segundo Tavares:

Ressalve-se porém, que a Constituição não obteve uma relevante popularidade desde o seu aparecimento inicial. Todas as atenções ainda convergiam para o Direito Privado, mais precisamente em seu ramo do Direito Civil. Nesse exato momento histórico, iniciado pela Revolução Francesa, a ordem do dia era o liberalismo e, conseqüentemente, um Estado minimalista, projetado e programado para rarear, abstendo-se inclusive, no âmbito normativo. Esse enfraquecimento do Estado repercutiria, inevitavelmente, nos primórdios do Direito público, que pouca tarefa assumiu além daquela

⁷⁰ Como toda discussão acerca do “ser” do processo (ou direito processual) se fazia na área do direito material (em especial do direito civil), as teorias do processo se serviam dessa matriz, primeiro como Contrato (ano de 1800 – França – Pothier) e depois como Quase-contrato (ano 1850 – Alemanha – Savigny).

de negar as possibilidades intervencionistas do Estado. (TAVARES, 2006:36-37)

Para Nunes (2008) a própria estrutura do estado liberal conduzia a visão privatística do processo “*visualizado como instrumento privado, delineado em benefício das partes (Sache der Parteien)*”. De acordo com esse mesmo processualista:

O juiz, nessa perspectiva liberal, apresentava-se como um estranho em relação ao objeto litigioso, cumprindo a função de expectador passivo e imparcial do debate, sem quaisquer ingerências interpretativas que pudessem causar embaraços às partes e às relações (especialmente contratuais e econômicas) que as envolviam. (NUNES, 2008:77)

Uma primeira visão do processo desvinculada do direito material, que em abalizada opinião marca o início do processualismo científico, tem início em 1856 com a polêmica entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther sobre a *actio romana*⁷¹, que teria despertado “*a doutrina para a existência de dois planos a observar, o substancial e o processual*” já que até então a palavra processo era

⁷¹ Windscheid pretendia distinguir a ação romana da ação moderna. Dizia que o sistema romano era um sistema de *actiones* e não de *jura* (direito). Só se chegava ao direito através da *actio*. As *actiones* representam no direito moderno a pretensão (*anspruch*), e a ação seria só modernamente conhecida (*klage-recht*) como direito subjetivo (faculdade) de impor a própria vontade em via judiciária, dizia Windscheid. Muther fez o contrário, aproximou os dois sistemas (o romano e o moderno) dizendo que em Roma reconheciam-se o direito à emissão da fórmula (tutela jurídica), sendo titular passivo o magistrado e não o adversário. Com a lesão do direito subjetivo substancial, dizia Muther, nascem dois direitos, ambos de natureza pública: o direito do ofendido à concessão da tutela estatal (ação) e o direito do Estado, contra o autor da lesão, à eliminação desta. (DINANARCO, 2000:42-43).

entendida em sentido estritamente etimológico, formal: o sentido de marcha adiante (DINAMARCO, 2000:44). Com essa nova idéia teve origem duas teorias do ordenamento jurídico: unitarista⁷² e dualista⁷³.

A importância dessas teorias para a enunciação de **licitude** reside no fato de que no desenvolvimento dessas idéias acentuam-se as possibilidades de inovação ou afirmação no **processo**, dos direitos e deveres previstos no direito material pelo qual os litigantes constituíram a relação jurídica. Tal inovação se faz de forma arbitrária (*o juiz diz o direito*), e a figura do **ilícito processual** vai ganhar relevo como forma de incentivar a subordinação aos pronunciamentos judiciais⁷⁴.

Com efeito, em 1868 Bulow (um defensor da tese unitarista - *a vontade da lei surge com a jurisdição*) publica a *Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais* cuja tese afirma a existência de uma mutação do direito conforme a relação jurídica se passe dentro ou fora do âmbito do processo.

⁷² Para a Teoria Unitarista o direito material é incompleto e depende do mandato do julgador para se tornar pleno (LEAL, A. 2008:70). O direito subjetivo nasce mediante o exercício da atividade desenvolvida no processo. As normas de direito material se aliam as normas processuais para produzir a norma concreta e o direito subjetivo. A vontade da lei surge com a jurisdição – *juris dictio* – o juiz **diz** a lei. Há um só plano, por isso a teoria é unitarista. O legislador não cria o direito, quem faz isso é o juiz no processo.

⁷³ Para a Teoria Dualista o direito material é um direito pronto que fundamenta a decisão, não passando a interpretação de um ato de descoberta desse direito por meio do instrumental fornecido pelas normas processuais que, ao contrário das materiais não criam direito (LEAL, A., 2008:70). O direito subjetivo é anterior a atividade desenvolvida no processo havendo distinção entre as atividades legislativa e jurisdicional. Já existe uma vontade concreta na lei feita pelo legislador - a atividade jurisdicional vai fazer atuar essa vontade. Há dois planos a observar: um objetivo material e outro que será acertado no processo, por isso a teoria é dualista.

⁷⁴ Tome-se como exemplo a figura do “ato atentatório à dignidade da justiça” previsto no Processo de Execução Brasileiro, visando a incondicional colaboração do devedor executado na expropriação de seus bens (artigo 600 do Código de Processo Civil Brasileiro).

Quando apresentada ao tribunal uma *relação jurídica de direito privado* ocorre a mutação que a torna *relação jurídica de direito público*. Isso se passa assim porque, segundo Bulow:

No processo dá-se uma transformação em cada relação, pois por causa dele a relação litigiosa – que, de modo algum, deve ser identificada com a relação processual – também sofre uma metamorfose (*dare portere ... condemnare oportere iudicatum facere oportere* [convém dar ... convém condenar ... convém emitir um juízo]). Porém, não somente o direito subjetivo mas também o objetivo experimenta uma transformação por meio do processo: a lei vai do mandato jurídico abstrato (*lex generalis*) ao concreto (*lex specialis* contida na sentença) e finalmente a efetiva realização deste (a execução). (BULOW, 2005:7 – nota 4).

Podemos dizer que em Bulow, a **licitude** de uma conduta determinada na lei material que pautou a relação jurídica das partes não guarda qualquer grau de vinculação com a decisão que será proferida no desenvolvimento do processo (aqui ainda visto como sequência de atos) porque, em Bulow não só o denominado direito subjetivo como também o objetivo sofre uma fundamental transformação instaurando-se entre as partes uma relação jurídica nova; Bulow afirma que não se duvida que o processo seja uma relação jurídica porque estabelece direitos e obrigações recíprocas, porém, sendo esses direitos e obrigações processuais desenvolvidos entre os funcionários do estado e os

cidadãos, a relação jurídica é pública e portanto, distinta da relação jurídica privada, e ressalta:

A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, ao desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Somente se aperfeiçoa com a litiscontestaç o, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar colabora o indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum. (BULOW, 2006:6)

Com esse entendimento Bulow esboça o fenômeno “processo” como fator de dinamicidade do exercício da função estatal jurisdicional (que para Rosemiro Leal   judicacional) intitulado de “*rela o jurídica processual*”, quer dizer, uma liga o entre as partes e o juiz, sujeitos processuais, que evolui por atos procedimentais tendo como finalidade a decisão onde se distingue o Direito Processual do chamado Direito Material. O que existe em termos de pautas de conduta determinadas pelo direito material - padrões de **licitude** -   apenas uma expectativa a ser ou não confirmada no desenrolar da rela o jurídica processual a cujo resultado estão as partes subordinadas. Aliás, ao visualizar o processo como

uma relação jurídica distinta da relação jurídica material, Bulow prevê a existência também de novas categorias jurídicas correlatas às do direito privado e do direito penal, v.g.:

Com a idéia desenvolvida ganhou-se um ponto de vista muito proveitoso para o domínio científico processual civil, semelhante ao que já possuem o direito privado e o direito penal nas categorias correlatas de “requisitos constitutivos de uma relação jurídica privada” e “delito-tipo”. (BULOW, 2005:9-10)

Os institutos característicos do Direito Processual foram engenhosamente elaborados e voltados a garantir subordinação à declaração de direitos advindas do pronunciamento judicial. Essa subordinação ainda é resultado do pensamento liberal dos séculos XVIII e XIX e se faz em bases eminentemente privatísticas na idéia de “direito subjetivo” conceituado como poder sobre a conduta alheia. É um reflexo da construção da obrigação do direito privado que estabelece um estado de sujeição entre credor e devedor.

O que se seguiu entretanto foi o contínuo esgotamento das propostas liberais no campo processual tendentes ao enfraquecimento do papel das partes e reforço do papel dos magistrados. Para André Tavares (2008) a inculcação da idéia de supremacia da constituição juntamente com a possibilidade do Judiciário realizar direta e imediatamente o controle de constitucionalidade das leis tiveram

preponderante força na crise do Estado legalista, ao lado do “*declínio da confiança nos parlamentos*”:

Os abusos praticados pela lei (pelo legislador) foram responsáveis pela mudança do modelo “legalista”. O abuso, em boa parte, decorria do excesso de leis na regulamentação da vida social, de sua indesejada intromissão nos mais recônditos círculos da vida humana, do emaranhado e dispersividade das leis, bem como da falência qualitativa verificada como constantes materiais das leis. (TAVARES, 2008:38)

E segundo André Leal “*Diante da importância dos magistrados, o controle da relação processual permitira, em última análise, o controle de todo o direito vigente, e somente mesmo a relação jurídica e a subordinação nela pressuposta poderiam dar sustentação a esse projeto.*” (LEAL,A., 2008:60).

2.2 O Processo como Relação Jurídica

A Teoria do Processo como Relação Jurídica esboçada por Bulow teve continuidade nos subsequentes estudos do Direito Processual, agora então visto como ciência autônoma endossada pela idéia de incompletude da lei material que provocou a insuficiência do direito escrito para realização da justiça social. O processo se põe então como o instrumento através do qual se dará efetivação dos princípios fundamentais previstos nas Constituições e a “nova” ciência do

processo virá subsidiar essa aposta ampliando de forma significativa (política e jurídica) o papel do Poder Judiciário⁷⁵.

Sem embargo da grande contribuição que à Ciência do Processo trouxeram os processualistas do primeiro século de desenvolvimento do Direito Processual Civil, sob dois aspectos podemos apontar a incompatibilidade dessas teorias com o paradigma do Estado Democrático de Direito, razão pela qual a defesa que no Brasil ainda se fazem dela merecem ser repensadas.

Num primeiro plano, a radicalização da necessidade de distanciamento do Direito Processual do Direito Privado não permitiu se desvinculasse ou ao menos revisitasse os conceitos jusmoralistas que lhe são característicos desde as primeiras codificações verificando-se, outrossim, que houve adoção e incorporação aos conceitos ali erigidos; num segundo plano, a teorização do Direito Processual e a legislação processual “*conectaram o Processo à jurisdição, em escopos metajurídicos, definindo o processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica da Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade.*”, nas melhores palavras de Rosemiro Leal (LEAL, R., 2008:79).

⁷⁵ Uma análise detalhada do movimento de incrementação dos poderes do Judiciário no Brasil pode ser encontrada na pesquisa de Luiz Werneck Vianna: A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil (Rio de Janeiro: Revan, 1999). Ressalta o autor que “*a indeterminação do direito, por sua vez, repercutiria sobre as relações entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigira o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da “certeza jurídica”. Assim, o Poder Judiciário seria investido pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de “legislador implícito”.* (VIANNA, 1999:21).

Os estudos de Direito Processual Civil desenvolvidos no Brasil são tributários fiéis dessa idéia e que podem ser sintetizadas a partir dos posicionamentos de Enrico Túlio Liebman pela enorme influência de seu pensamento na formação de processualistas dos primeiros tempos da legislação processual brasileira⁷⁶. É o que vamos expor em seguida objetivando demonstrar que a figura do **ilícito** processual corresponde com a mesma figura do **ilícito** do Direito Privado, e que tal como lá ocorre sua configuração é de cláusula aberta, de conteúdo indefinido, valendo-se de conceitos extra-jurídicos. Essa configuração é resultado da adoção e desenvolvimento da Teoria do Processo da Relação Jurídica.

Para Liebman, “*a atividade com a qual se desenvolve em concreto a função jurisdicional se chama processo*” e essa atividade se cumpre por meio de uma série coordenada de atos que se desenvolvem no tempo e tendem à formação

⁷⁶ Enrico Tulio Liebman (1903 – 1986), jurista italiano graduado pela Faculdade de Direito de Roma que teve como mestre Giuseppe Chiovenda (1872-1937); chegou ao Brasil em 1939, ano em que foi editado o primeiro Código de Processo Civil Brasileiro, inspirado nos códigos da Alemanha, Áustria e de Portugal. Lecionou na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde apresentou idéias extremamente revolucionárias para a época. Seu pensamento influenciou inúmeros juristas brasileiros, tais como Alfredo Buzaid, Moacir Amaral dos Santos, José Frederico Marques, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. Em virtude disso, costuma-se dizer que Liebman fundou uma verdadeira Escola - a Escola Processual de São Paulo. Tal Escola, por meio de um de seus mais destacados integrantes, o Prof. Alfredo Buzaid, foi a maior motivadora da substituição do Código de Processo Civil de 1939 por um novo. A prevalência do pensamento *liebmaniano* pode ser claramente percebida no Código de Processo Civil de 1973, em diversos momentos, como, por exemplo, na disciplina do julgamento antecipado do mérito (art. 330 do CPC), na equiparação da eficácia dos títulos executivos extrajudiciais à dos títulos judiciais, no conceito que o Código fornece para a coisa julgada, definindo-a como imutabilidade da sentença, e não como seu efeito (art. 468 do CPC), bem como na adoção das três condições da ação propostas por Liebman (interesse de agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido). (<http://www.abdpc.org.br/abdpc/imortal.asp?id=10> – acesso em 15.07.2008)

de um ato final. Todas as atividades desenvolvidas no processo “*são minuciosamente regulamentadas pela lei*”, entendendo-se que o processo é a atividade com a qual se desenvolve concretamente a função jurisdicional. Segundo Liebman, o conjunto da atividade jurisdicional ordena-se no “*esquema de uma demanda que uma parte dirige ao órgão jurisdicional em confronto com a parte contrária, à qual o órgão jurisdicional responde com uma decisão*” (LIEBMAN, 2003:45).

O Direito Processual Civil regula um mecanismo em movimento do qual resultam “posições subjetivas” diferentes das **obrigações** do direito substancial. Há um “direito subjetivo processual” que consiste no poder de provocar uma atividade do órgão e é constituído por: potestade e poderes dos órgãos judiciários, direitos subjetivos de iniciativa e impulso, ônus e sujeições das partes. O ônus consiste “*na necessidade de realizar uma certa atividade, se se quer evitar um certo efeito danoso ou conseguir um determinado resultado útil*” (LIEBMAN, 2003:47).

O **ilícito** processual ancora-se no *princípio da probidade* e diversas normas são destinadas a sujeitar a conduta das partes no processo a conceitos gerais indeterminados e de configuração moral a exemplo da litigância de má-fé.

Processo e procedimento não se distinguem, enquadrando-se em uma disciplina legal do processo onde se estabelecem uma relação *a*) entre os atos que

serão praticados, e outra relação *b*) entre os sujeitos. Liebman identifica a relação entre os atos como “*diversas etapas de um caminho que se percorre para chegar ao ato final, no qual se identificam a meta do itinerário pré-fixado e, inclusive o resultado da inteira operação*” (2003:48). O conjunto inteiro desses atos leva o nome de **procedimento**.

Essa relação jurídica é disciplinada formalmente por normas relativas ao procedimento (rito), e no que diz respeito ao que hoje se denomina **ilícito processual**, por normas de Direito Privado já que o **ilícito** aí referido consiste basicamente na conduta de utilização fraudulenta do processo que Chiovenda chama de “*processo simulado*” (CHIOVENDA, 1969:50).

A relação entre os sujeitos se identifica por *uma série de posições e relações recíprocas, que são juridicamente reguladas e formam em seu conjunto a relação jurídica processual*. A relação jurídica processual se baseia “*na potestade do órgão judiciário de solucionar o confronto das partes; esta potestade é por certo conferida ao órgão diretamente pela lei como sua finalidade institucional, mas se torna efetiva e pode ser exercida em concreto apenas em seguida a uma demanda judicial que seja proposta*”. (LIEBMAN, 2003:49).

As partes têm direitos subjetivos processuais que consistem em “*poderes que a lei lhes reconhece de provocar a atividade judicial e de determinar que ela se desenvolva numa ou noutra direção*” (LIEBMAN, 2003:49).

Estes direitos subjetivos são abstratos, ou seja, têm por objeto a atividade do juiz; o resultado favorável ou desfavorável desta atividade dependerá, por sua vez, da convicção do juiz sobre a existência ou não de fundamento das razões de uma e da outra parte e portanto de seu julgamento do mérito da causa (LIEBMAN, 2003:49). Essa configuração das posições jurídicas subjetivas no processo é que permitem distingui-las da relação litigiosa:

[...] o processo com todo o seu conteúdo jurídico da relação litigiosa que é seu objeto; ele é o *iudicium*, que é claramente distinto da *res in iudicium deducta*. [...] **o processo é feito para dar razão a quem a tem**; mas exatamente por isso no processo é garantida a ambas as partes a possibilidade de defender as próprias razões e de lutar com armas iguais para fazê-las triunfar. (LIEBMAN, 2003:49)

Em que pese a ilustração do processo como um espaço de *luta* onde as partes utilizam *armas* para fazer valer os elementos e argumentos que lhe são favoráveis, adianta Liebman que “*a habilidade e a sagacidade devem ter um freio e não podem ultrapassar certos limites, que o costume e a moral social estabelecem (...)*” (LIEBMAN, 2003:113). Embora não levasse a nomenclatura de **ilícito processual** o esboço é o mesmo do tempo presente, voltado para o

comportamento das partes na prática de atos do processo o qual se faz, segundo Liebman, de acordo com “*uma rigorosa disciplina moralista*” expressa em fórmulas legais que serão “*adaptadas pelo intérprete à variedade de casos e circunstâncias*” (LIEBMAN, 2003:112-113).

A noção do processo atado a “poderes” resultantes da atividade do juiz ainda é a base da concepção de processo sustentada pela grande maioria dos processualistas modernos, numa incrível sobrevivência de concepções formuladas em períodos de autoritarismo e desrespeito a direitos fundamentais. Ainda que se encontrem referências a um Devido Processo Legal, seus corolários (contraditório, isonomia, ampla defesa) e se evitem o emprego das expressões *potestade e subordinação* largamente utilizadas pelos primeiros processualistas, o poder de *decisão* resta concentrado nas mãos de um soberano. Na denúncia de Rosemiro Leal (2002) fica bastante nítida a manutenção do *status quo* de um Estado autoritário elaborado pela *astúcia interpretativa ou pela habilidade em manejar jogos de linguagem procedimental*, salientando que:

Entendem, por uma unanimidade silenciosa e culturalmente jurisprudencializada, que a ordem jurídica social, moral ou ética decidida pela autoridade judicante, legislativa ou executiva é sempre legítima, desejável e legal, se obtiver, em caso de controvérsia, aprovação do Judiciário como única ou última instância orgânica de discussão e decisão exaurientes de quaisquer dúvidas. Para eles, a interpretação é sempre autopoietica, porque, considerando ou não o ordenamento jurídico completo ou lacunoso e a própria lei estabelecendo que, em caso de insuficiência ou lacuna (omissão) da

lei, o juiz suprirá a falha do legislativo, também seria norma jurídica a que determinasse o juiz preencher com suas próprias normas a lacuna da lei, resultando, portanto, atendido o princípio da reserva legal (LEAL,R., 2002:108).

Com efeito, mesmo reconhecendo a importância e o caráter científico da distinção feita pelo jurista italiano Elio Fazzalari entre processo e procedimento, e que permitiu uma ressemantização do instituto do **processo** (como será melhor explicitada no próximo tópico), persiste em abalizadas defesas a idéia do processo como instrumento da jurisdição.

Por todos tomamos a exposição de Theodoro Jr. (2007) ao salientar que a inovação trazida por Fazzalari não encontrou acolhida na doutrina processual brasileira e que aliás, não teria a teoria fazzalariana refletido de qualquer modo no Processo Civil Brasileiro já que o próprio conceito de obrigação do direito privado aprimorou-se a partir da concepção de processo como relação jurídica, reafirmando-a como teoria do processo no direito brasileiro. Declara o autor que:

Fazzalari tentou inovar a concepção de processo, negando-lhe a natureza de relação jurídica e, conseqüentemente, negando ao procedimento a qualidade de sistematização prática dos diversos atos que compõem a marcha processual. [...]. Porém, as concepções de processo e procedimento apresentadas por Fazzalari – como registra Luciano Fialho de Pinho – não encontram ressonância na obra da grande maioria da doutrina processual brasileira, que continua a ver no processo uma relação jurídica e no procedimento sua “manifestação

extrínseca”, ou seja, “sua realidade fenomenológica perceptível”. Explicam Cintra-Grinover-Dinamarco que não existe razão para abandonar a teoria tradicional, em face das objeções de Fazzalari, pois o fato de as partes terem poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, “significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório. Não há qualquer incompatibilidade entre essas duas facetas da mesma realidade”. De tal sorte, concluem os processualistas aludidos, “é lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório”. (THEODORO JR., 2007:50)

A “realidade fenomenológica perceptível” na conjuntura decisionista que vem sendo conduzida no Brasil nos tempos atuais representa a negação do contraditório no sentido constitucional-democrático, pois a apontada “realidade” está a conferir poderes soberanos a um decisor, que definirá padrões de **licitude** por critérios de condutas ideais ou justas a margem de qualquer possibilidade de participação e fiscalização em contraditório dos destinatários da norma. Tomar-se o “*real como racional*”, na denúncia de Popper a Hegel (POPPER, 1993:70), transforma a Constituição “*num livro de orações que o soberano (chefe de Estado) pode ou não acatar a fim de, a seu alvitre e possibilidades, ajudar a sociedade política em sua angustiosa viagem contingencial na história para alcançar o Estado Espiritual da unidade absoluta.*” (LEAL, R., 2005:163)⁷⁷.

⁷⁷ Veja-se a propósito o voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros (Agravo Regimental em Embargos de Divergência Recurso Especial n. 279.889-AL, 2001/0154059-3)

Por seu turno, ressalta Theodoro Jr. que *“Processo e procedimento são conceitos diversos e que os processualistas não confundem. Processo, como já se afirmou, é o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto.”* (THEODORO JR., 2007:49).

Nesse viés pode ser observada a tentativa de ajustar a co-existência de categorias incompatíveis entre si, quais sejam, PROCESSO DEMOCRÁTICO e decisionismo judicial enraizado na idéia de processo como relação jurídica. A conformação dos conteúdos de **licitude** e **ilicitude** na forma como se encontram

citado por André Leal (2008:24): *“Não me importa o pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade de minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Careneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”*. E ainda como apontado na obra de Dimoulis (2006:223), o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau na Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 3.367, rel. Min. Cezar Peluzo) movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e voltada contra os arts. 1º e 2º da EC 45/2004 sobre normas relativas ao Conselho Nacional de justiça: *“[...] É que esta Corte é um tribunal político. Político, sim, no sentido de que provê a viabilidade da polis. Cumpre-nos compreender a singularidade de cada situação no âmbito da polis, isto é, do Estado. Por isso não estamos aqui para sacrificar a realidade em benefício de doutrinas. Não interpretamos apenas textos normativos, mas também a realidade, de modo que o significado da Constituição é produzido, pelo intérprete, temporaneamente à realidade. A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade. **Daí porque tenho afirmado que não existe a Constituição de 1988. O que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte”**”. (ADI 3367/DF pgs. 282-283) (grifo nosso) .*

positivados no Direito Privado Brasileiro (cláusulas abertas e conceitos gerais indeterminados) transplantados para o Direito Processual nos mesmos moldes é que viabiliza o amalgamar dessa prática que resulta, inevitavelmente, na função legisladora do judiciário.

A idéia de processo como “forma” ou “instrumento” de resolução de conflitos explica-se até onde o indivíduo se classifique como recebedor de uma justiça produzida após o cumprimento de ritos e formalidades que propiciam um embate retórico de seus representantes, cujo resultado imprevisível é entregue por meio de sentença, a qual pode ou não espelhar as “razões” das partes (depuradas em diversos graus por vários canais de transmissão) apelando por direitos que entende são conferidos por lei mas que podem não sê-lo, ao arbítrio do decisor. O **ilícito** processual funcionará como o grilhão da conduta das partes minando o exercício do contraditório pleno.

Por mais que se queira “constitucionalizar” esse concepção, é difícil sua desvinculação do viés praxista dos berços da Escola de Bolonha no século XI cujo objetivo era aprimorar a técnica judiciária como prática dos juízes.

Quando a Constituição Federal garante que o PROCESSO é devido não está a ratificar a instituição dos trâmites procedimentais previstos no Código de Processo Civil Brasileiro, mas antes, está já em seu texto instituindo os critérios definidores do Estado de Direito Democrático ou seja, o paradigma Democrático

de resolução de conflitos pelo PROCESSO como direito fundamental ao contraditório, isonomia e ampla defesa.

A teoria fazzalariana trouxe subsídios importantes para esclarecimento do PROCESSO como instituição constitucionalizada ao “*descolar*” o processo, na expressão André Leal, “*da jurisdição legitimada a priori*” afastando o critério teleológico e adotando o critério lógico na distinção entre processo e procedimento (LEAL,A. 2008:112). Nesse viés será possível objetivar as regras de conduta do desenvolvimento do procedimento em PROCESSO, prevendo-se permissões e deveres desvinculados “*das virtudes intrinsecas das partes ou de seus procuradores*” (LEAL,R., 2008:113), *descolando* a **ilicitude** de preceitos morais, conferindo ao **ilícito**, tanto no Direito Privado quanto no PROCESSO ,os contornos específicos de ato contrário ao direito. É o que explanaremos em seguida visando encaminhar a distinção entre **ilícito processual** e **ato ilegítimo**, sendo que este último será melhor desenvolvido no capítulo seguinte ao tratarmos da Enunciação de Licidade na Teoria da Prova.

2.3 O Processo como espécie do gênero Procedimento

Segundo Rosemiro Leal (2008:83) a partir de Fazzalari o instituto do **Processo** ganhou a ressemantização que propiciou a necessária distinção do procedimento. Fazzalari inicia o seu “*Instituições de Direito Processual*” exatamente com a definição de “processo” onde identifica a existência de

“deveres” do Estado o qual os executa sempre em obediência à lei que lhe impõe a obrigação de fazê-lo. A jurisdição é indicada como “*atividade de administração da justiça*” cujo dever é “*tutelar o interesse na repressão às violações de leis*”. (FAZZALARI, 1996:30).

Observa o jurista italiano que em todas as esferas de atuação o Estado e os órgãos públicos emitem «provimentos»⁷⁸, ou seja, “*atos com os quais os órgãos do Estado (os órgãos que legislam, os que governam em sentido lato, os que fazem justiça, e assim por diante) emanam, cada um no âmbito da própria competência, disposições imperativas*” (FAZZALARI, 1996:30). A emissão do provimento requer uma preparação prévia obedecendo-se uma série de atividades previamente estabelecidas em lei. O provimento encerra essa série de atividades. Sempre que para emissão desse provimento, além do autor do ato, forem chamados a participar em contraditório entre si os “interessados” tem-se o PROCESSO.

⁷⁸ É certamente proposital o vocábulo “provimento” utilizado por Fazzalari ao invés de “sentença”, posto que seus significados revelam óticas bastante diferenciadas da legitimidade *do ato de decidir*. Prover, do latim *providere* “ver antes”, “de prever”, “fornecer-se”, “à ser providente”. No francês *pouvoir* e no italiano *provvedere* com o mesmo sentido de “providenciar”. Sentença, do latim “*sententia*”, maneira de ver, opinião. No francês *sentence* («*maxime, opinion exprimée d'une manière dogmatique*» : disponível em: <http://www.cnrtl.fr/etymologie/sentence>), no italiano *sentenza* significando *máxima* . Abbagnano refere-se a dois sentidos do vocábulo “sentença” na terminologia medieval: um sentido genérico de *juízo, opinião* e outro “*mais específico, de definição autêntica do significado das Escrituras Sagradas e, em geral, de “concepção definida e certíssima*”. (ABBAGNANO, 1998:873). A instrumentalidade do processo emprega o vocábulo “sentença” no sentido de “tutela jurisdicional”, quer dizer, atividade do julgador. Na Democracia “*a tutela é do conteúdo da lei e não de uma pessoa para outra porque não há vínculo de sujeição entre pessoas – a não ser no Estado Liberal e no Estado Social de Direito, onde a tutela é aquela da actio Romana*” (anotações de aula proferidas pelo Prof. Dr. Rosemiro Pereir Leal no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito entre os anos de 2006-2007).

É a análise do provimento que vai indicar quando há processo e, deverá haver “*o modelo processual (isto é, a participação dos “interessados”, em contraditório, ao iter de formação do ato final)*”, o que ocorrerá sempre “*que a atividade a ser desenvolvida deva lidar com interesses em contraste*” (FAZZALARI, 2006:37).

Objetivando alcançar clareza metodológica em sua exposição, Fazzalari explicita alguns fundamentos do direito dentre os quais o de **ilicitude**. Sob o plano lógico-formal compreende a norma como *padrão de valoração de uma conduta* que se articula i) *pela descrição do comportamento do ato que se queira regular e ii) pela ligação do ato, de uma das qualificações de “lícito” ou de “obrigatório”* (2006:77). O **ilícito**, para Fazzalari é uma qualidade que se liga à conduta concretamente realizada pelo sujeito, e não àquela abstratamente contemplada pela norma, pois o direito não regulamenta o que é **ilícito** e sim o que é **lícito**. Daí dizer Fazzalari que matar alguém não é um ilícito normativo, pois o que se tem na consideração jurídica do homicídio é o “dever de não matar”, portanto, a conduta **lícita** não matar. Com isso Fazzalari constrói a “rede” de normas que vão compor o procedimento e o processo (se houver contraditório) dizendo:

[...] o “procedimento” se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada um das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada

por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um “ato final” (FAZZALARI, 2006:77-79).

Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos “*interessados*” em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os “*contra-interessados*”) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o “contraditório”, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* “procedimento” é possível extrair a *species* “processo”. (FAZZALARI, 2006:93-94)

De acordo com Fazzalari a distinção entre processo e procedimento é muito recente e emergiu no âmbito da atividade administrativa, quando este setor do Estado passou a admitir a participação dos interessados no procedimento administrativo. Entretanto, os estudiosos do processo tinham grande dificuldade de separar essas duas categorias porque estavam ligados “*ao velho e inadequado clichê pandetístico da «relação jurídica»*”, por isso não enxergavam “*a trave no próprio olho*”, e o processo acabou absorvido na genérica fisionomia do procedimento (FAZZALARI, 2006:110-112).

A fusão de processo e procedimento gerara a fusão no conceito de **ilícito** de todo e qualquer ato praticado em desacordo com a norma *processual*, ainda que seus efeitos e consequências sejam distintos, como acontece com aqueles atos

que embora irregulares admitem repetição ou aproveitamento. Em socorro criam-se novos princípios para concretização dos conteúdos regulativos pautados por novas valorações (LARENZ, 1997:693-695). O distanciamento dos conceitos de processo e procedimento vai abrir o caminho de exclusão de valores subjetivos da conduta das partes, e permitir divisar a irregularidade do ato conforme sirva a condução do procedimento ou do PROCESSO, então visto como direito garantia constitucional.

Fazzalari enxergou que o procedimento tem um percurso regido por normas que prevê uma sequência de “atos” e de “posições subjetivas” visando o ato final – o provimento. A regularidade dessa sequência de normas é definidora da validade e da eficácia do ato final, quer dizer, deve o procedimento observar cada uma das normas da cadeia procedimental:

De fato, a norma singular – que regula um singular ato procedimental – fixa-lhe o conteúdo (isto é, a conduta na qual ele consiste) em relação ao papel que o ato deva desenvolver na série procedimental; coloca-o em um determinado ponto daquela sequência, entre outros atos, alguns dos quais servem de pressuposto e outros de efeitos do ato de *quo*; determina-lhe o tempo de cumprimento sempre em relação ao ato ou aos atos que o precedem e que o sucedem; estabelece-lhe a forma (por exemplo, impõe a forma escrita), a valoração do ato (qualificando-o como direito ou como obrigação/dever), sempre em vista da função que o ato deve desenvolver na sequência no qual ele está. Ainda: o regime de validade e eficácia de cada ato do procedimento, e daquele final, depende da regularidade ou irregularidade do ato que o precede e influi sobre a validade e sobre a

eficácia do ato e dos atos dependentes que o seguem (compreendido aquele final). Em tudo isso está a confirmação da validade teórica da noção de procedimento e da sua necessidade. (FAZZALARI, 2006:117)

Os atos que compõem o procedimento estão numa relação de necessária sequência, de modo que o ato seguinte da cadeia procedimental pressupõe a realização completa do antecedente, consequência de viciar a estrutura dessa construção do provimento. O que faz com que haja PROCESSO no PROCEDIMENTO é a participação dos interessados no provimento, em contraditório entre eles. Haverá interessados sempre que o provimento interfira de alguma forma no universo jurídico dessas pessoas, quer dizer, sempre que afete sua liberdade ou patrimônio. (GONÇALVES, 1992:113).

Como esboço para uma Teoria Geral do Processo, Fazzalari aponta a existência de um procedimento (estatal ou não estatal) sempre que uma “providência” é requerida; quando houver necessidade de contraditório deve haver **processo**. Há situações em que o procedimento em processo atinge a esfera jurídica de um dos contraditores, como ocorre no recinto de decisões de uma empresa privada. Nesses casos o autor do provimento “*está entre um dos protagonistas do iter*”. Quando, entretanto, o procedimento se passa na esfera estatal da “jurisdição”, o autor do ato final é um terceiro imparcial e não é um contraditor. Essa co-relação que estampa a necessidade da “participação em

contraditório” permitiu a Fazzalari perceber que o “ato final”, ou seja, o provimento emerge do **processo** e não do **emissor do provimento**.

A teoria fazzalariana é um marco significativo para a compreensão Constitucional do PROCESSO e também para enunciação de **licitude** ao permitir o afastamento dos vínculos de subordinação importados do Direito Privado para o Direito Processual, abrindo caminho para que o provimento seja construído em contraditório. Porém, como acentua Rosemiro Leal, a reflexão fazzalariana careceu dos ganhos teóricos da constitucionalidade democrática que só foram engendrados posteriormente (LEAL., R. 2008:84) e que permitiram a retirada do **processo** do recinto privilegiado da Assembléia de especialistas para situá-lo no espaço processualizado “*em que o povo total da comunidade Política é, por direito-de-ação coextenso ao procedimento, a **causalidade** dos princípios e regras de criação, alteração e aplicação de direito*” (LEAL,R., 2008:86), o que segundo pensamos foi alcançado pela Teoria Neo-Institucionalista do Processo.

É que enquanto se entender que compete ao decisor dar conteúdo valorativo à conduta das partes, o **ilícito** processual (ou mesmo aquele do direito privado), será compreendido como uma ponte entre o direito e a moral, impedindo a divisão o quanto possível precisa do ato processual que implique em violação de direitos fundamentais, ou em outras palavras, que viole o Devido Processo Legal.

2.4 O PROCESSO na Teoria Neo-Institucionalista do Processo

Eixo epistemológico da teoria Neo-Institucionalista é o devido PROCESSO constitucionalizado no marco do direito democrático, pelo qual “*se pode arguir o grau de certeza das normas; todo direito que não permite o exame de sua legitimidade pelos destinatários normativos é um direito tirânico*”⁷⁹. Esse exame de legitimidade deve ser presente desde o ponto decisório de criação até o ponto decisório de aplicação do direito numa plataforma constitucionalista, quer dizer, uma plataforma “teórico-jurídico-processual” (LEAL,R., 2002:161). Cada componente dessa plataforma assume importância fundamental nessa concepção de PROCESSO.

Assim, a teorização prévia da procedimentalidade é condição inafastável na compreensão constitucional e democrática do PROCESSO **devido**, pois entende Leal (2002:168-170) que sem que o conhecimento seja antes esclarecido, escriturado e acessível a todos pela discussão de suas premissas institutivas, o que se tem é a imposição de ideias e o retorno a um direito surgido inexplicavelmente do fato da existência e da inclinação gregária do homem, em que os padrões de **licitude** são *ditos (jurisdictio)* pela compreensão privilegiada de alguns, oscilante nas “*preferências metodológicas da tradição e autoridade*” (LEAL, R.,

⁷⁹ As citações feitas nesse tópico que não indicarem o ano da obra e a página entre parênteses referem-se às anotações particulares das aulas ministradas pelo Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal no Programa de Pós-Graduação da Faculdade Mineira de Direito que tivemos oportunidade de assistir entre os anos de 2004 e 2007.

2002:164-165). A teorização é que vai estabelecer os critérios de formação da vontade impedindo que em nome do povo (como suposto detentor do poder) se legalize **licitudes** e **ilicitudes** pelo viéz da tradição e dos costumes a que não é chamado a consentir ou conferir (fiscalizar), razão pela qual não se incluem tais *fontes* no princípio constitucional da legalidade.

Legitimado ao PROCESSO é qualquer do povo que deve “*integrar-se ao controle sem qualquer paternalidade, pois não é possível qualquer transação entre desiguais (aí há subordinação e não transação); é possível transação entre diferentes.*”. Segundo Rosemiro Leal (2008:87):

O **processo**, como instituição constitucionalizada, deflui de uma Comunidade Política consciente de um projeto constitucional arbitrado pela atividade legiferante e não por órgãos de representação integral de um povo ficticiamente considerado (povo icônico). A partir do momento histórico em que a Constituição se proclama condutora de uma Sociedade Jurídico-Política sob a denominação de **Estado Democrático de Direito**, como se lê no art. 1º da CR/88 do Brasil, é inarredável que, pouco importando o que seja o existir brasileiro, o mundo jurídico institucionalizado do Brasil é o contido no ordenamento constitucional e não mais das estruturas morais, éticas e econômicas do cotidiano nacional. (LEAL,R., 2008:87)

Com isso, a Teoria Neo-Institucionalista do PROCESSO ultrapassa a distinção fazzalariana de processo e procedimento ao articular o **contraditório** como referente lógico-jurídico em uma principiologia contemporânea à lei

(partindo do texto legal e não servindo de inspiração à decisões solipsistas), de modo que os interlocutores já disponham do direito-garantia de se manifestar ou se calar, sob a regência do “*tempo finito (prazo) da lei*” que se converterá em ônus processual se não exercido (LEAL, R., 2008:97).

Na Teoria Neo-Institucionalista do processo, a norma “*indica o padrão de licitude adotado pelo Estado na criação e disciplinação de direitos*” (LEAL, 2008:124), submetendo o próprio Estado a esse padrão de modo que a qualidade da norma como devida, permitida ou vedada deve estrita observação ao princípio da legalidade.

Nesse sentido o chamado **ilícito** processual não irá diferir do **ilícito** como categoria jurídica geral compreendido como “*situação de contraposição ao âmbito de liberdade permissível*” (LEAL,R., 2008:294), desmistificando a figura do ato atentatório à dignidade da justiça (v.g. dos artigos 125, III e 599, II do Código de Processo Civil Brasileiro), em que seja garantida a ampla defesa “*em perspectivas de direito democrático, traduzindo a garantia da plenitude da defesa em tempo e modo suficiente para sustentá-la*” (LEAL,R., 2008:99 – grifo nosso).

A partir da teorização Neo-institucionalista do Processo é possível enfim apontar que a **ilicitude** no Processo, na forma como se encontra hoje positivada e doutrinariamente concebida, representa, como o disse Liebman (2003:113), um

“freio” moral a conduta das partes no processo e não um padrão de licitude construído de acordo com o Devido Processo Legal.

2.5 O Ilícito “processual”

O ilícito processual tem sido compreendido sob dois diferentes enfoques: *i)* como ato praticado em desacordo com uma norma “processual”, também identificado como ato ilegítimo; *ii)* como ato violador dos deveres das partes e de seus procuradores, e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, o que vincula diretamente a questão com o tema do abuso do direito. Trata-se da correspondência das normas de conduta das partes no processo e da forma de exercer o próprio direito ao processo.

A prática do que se denomina “ato ilegítimo” será abordada no próximo capítulo quando do tratamento da Teoria da Prova, aqui faremos referência ao denominado **ilícito processual** na órbita do *abuso do direito* e dos *deveres das partes e seus procuradores*.

A teoria do abuso do direito em tema Processual é categoria importada do Direito Privado⁸⁰. No Brasil o Código Civil de 1916 não dispôs diretamente da

⁸⁰ Segundo Orlando Gomes (1999:131-132), a teoria do abuso do direito resulta de uma concepção relativista dos direitos que se seguiu ao individualismo jurídico. Diz ainda o autor que “*embora aparentada à doutrina medieval da emulação, a teoria do abuso de direito é construção doutrinária nova. As semelhanças com brocardos do Direito Romano (summum jus, summa injuria; malitus non est*

figura do abuso de direito, mas os defensores de sua existência vislumbravam-no por via indireta nos casos de exclusão de **ilicitude** quando o ato causador de dano fosse praticado *no exercício regular de um direito* (ALBUQUERQUE, 2002:24); no vigente Código Civil Brasileiro o abuso de direito foi textualmente configurado como **ato ilícito** em seguida ao **ilícito** indenizante, consistente no ato *do titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

No Direito Civil a teoria do abuso do direito empresta ares de legitimidade ao dirigismo estatal que se apresenta como efetivação da função social da propriedade e dos contratos. No Direito Processual o abuso do direito tem como principal foco coibir a prática de fraudes *no e por meio* do processo, e ainda emprestar efetividade na satisfação de direitos reconhecidos na sentença. A propósito, Orlando Gomes, contrário à teoria do abuso, chama-o de *amortecedor* e *desabafa*:

No fundo, técnica de reanimação de uma ordem jurídica agonizante, fórmula elástica para reprimir toda ação discrepante de novo sentido que se empresta ao comportamento social. (GOMES, 1999:132).

Esse *novo sentido* mencionado por Gomes, é que na ótica de Larenz permite a coerência interna do sistema que se vale dos “*princípios e bases de valoração do ordenamento jurídico em seu conjunto.*” Alguns desses «princípios

indulgendum; male enim nostro jure uti non debemus) são acentuadas sem razão de ser. É construção do pensamento jurídico de nossos dias.”.

ético-jurídicos» estão na base do sistema e formam “*idéias jurídicas materiais*”, deduzíveis de uma cadeia de sentido pelo uso da analogia, declarados pela doutrina ou jurisprudência com base “*na consciência jurídica geral*”. (LARENZ, 1997:672-674).

O **ilícito** processual tem por base essa principiologia extra-normativa, baseada no dever geral de conduta de suporte moral que fornecerá as pautas de valor, ou em outras palavras, estabelecerá a conduta **ilícita**.

Nesse contexto, analisando especificamente a ação **ilícita**, Larenz a identifica na classe dos conceitos determinados pela função que se caracteriza não tanto pela sua referência ao comportamento, mas sobretudo pelo resultado, “*quer dizer, no sentido de ocasionar um estado reprovado pela ordem jurídica*”. (LARENZ, 1997:688), e salienta:

Alguns dos princípios vigentes do Direito privado e do Direito Processual actuais, e entre esses também os que entendemos como concretizações do princípio do Estado de Direito – como, por exemplo, a autonomia privada, a força vinculativa dos contratos, o princípio da confiança no tráfego jurídico, a equiparação das partes no processo, o direito de acesso à justiça -, pertencem desde há séculos à nossa ordem jurídica, assim como às ordens jurídicas de outras nações; [...]. Em princípios tais como, por exemplo, o requisito da observância da boa-fé – que carece de uma concretização permanente -, nos requisitos de tratar igualmente o que é igual e de agir «independentemente da pessoa de que se trata», expressam-se, decerto, ideais jurídicas de validade supratemporal. (LARENZ, 1997:694).

É nessa idéia da existência de princípios inspiradores da ordem jurídica em geral que reside a figura do *abuso de direito*. Gomes por exemplo, aponta que há distinção entre *abuso de direito* e *ato ilícito* pois “No ato ilícito, o agente infringe a lei frontalmente. No abuso de direito, **viola o princípio geral de que os direitos devem ser exercidos com certos limites, a fim de que seja atingida a finalidade em vista da qual se conferem e tutelam**”.(GOMES, 1999:135 – o grifo é nosso).

A dificuldade aqui reside em se distinguir o **ilícito** (como categoria geral) do **ilícito** indenizante, questão que se tentou levantar no Capítulo I, onde se procurou demonstrar que no Estado Democrático de Direito, o estabelecimento jurídico dos padrões de conduta se faz por critérios de **licitude**, sendo a **ilicitude** o ato contrário ao direito.

Como, entretanto, é o pensamento voltado para valores que tem informado o sistema e não as qualificações jurídicas de condutas, na tentativa de dar contornos teóricos ao abuso do direito os civilistas cindem o conceito de **ilicitude** indenizante para encontrar o conceito de abuso. Ao fazê-lo passam a admitir expressamente que o ordenamento jurídico contenha proibição de condutas não pré-vistas em lei e vinculadas a valores morais. Refere-se, por exemplo, Heloísa Carpena que:

O ilícito, sendo resultante da violação de limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente, pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus

valores fundamentais. Por este mesmo motivo pode-se afirmar que o abuso supõe o direito subjetivo lícito atribuído a seu titular, que, ao exercê-lo, o torna antijurídico. Os conceitos de ilícito e de abuso, por conseguinte, excluem-se mutuamente. (CARPENA, 2003:380)

Para enquadrar a figura do abuso de direito no ordenamento jurídico brasileiro a autora recorre ao conceito de direito subjetivo, restringe a **ilicitude** ao campo da responsabilidade civil e abre a figura da antijuridicidade para abranger todas as demais proibições de conduta em direito numa proposta de *Relativização de direitos* afirmando que:

[...] exercer legitimamente um direito não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas sim cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui este mesmo direito, que justifica seu reconhecimento pelo ordenamento, segundo o qual será aferida a validade do seu exercício. A teoria do abuso do direito passa então a rever o próprio conceito de direito subjetivo, relativizando-o (CARPENA, 2003:380).

Na opinião de Carpena, a caracterização do ato abusivo depende de limites ao exercício do direito subjetivo, limites esses que serão fixados pelo magistrado legitimado “*harmonizar a autonomia individual e a solidariedade social*” (CARPENA, 2003:394). O abuso do direito seria então definido causisticamente, enquanto para o **ilícito** haveria previsão normativa específica:

Somente se poderá falar de ilicitude quando houver “específica obrigação normativa”, isto é, um comportamento contrário a um dever jurídico determinado que o qualifica. Sempre que tal qualificação não

competir ao legislador, mas sim, casuisticamente ao julgador, estaremos tratando de abuso (CARPENA, 2003:383).

Teríamos assim uma categoria geral sob a nomenclatura de antijuridicidade que compreenderia o **ilícito** quando diante de uma conduta expressamente prevista em lei, e outra categoria *inominada* para envolver a figura do *abuso do direito*, que parece inserta no mesmo conjunto de proibições de conduta não normatizadas. Essa construção se aproxima da antijuridicidade penal tida como uma “*qualidade do injusto*” (FRAGOSO,1986:187) que caracterizaria a conduta **ilícita**.

A figura do *abuso* a que se refere Carpena é a referida no Direito Privado, consistente no excesso do exercício de um direito expressamente conferido ao seu titular, mas há outras figuras do abuso.

Tendo em vista os chamados novos direitos⁸¹ e a necessidade de conferir maior efetividade as sentenças munindo a execução de mecanismos diferenciados, Marinoni (2000) entende pela concepção de um **ilícito sem dano**,

⁸¹ Refere-se Marinoni aos denominados Direitos Difusos e Coletivos que ensejam tutelas diferenciadas (inibitória e ressarcitória). Brilhante obra sobre o assunto foi recentemente publicada por Vicente de Paula Maciel Júnior (*in Teoria das Ações Coletivas. As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006). A proposta desse processualista na matéria é a que mais se aproxima do Estado Democrático de Direito exatamente porque defende a abertura do sistema de proteção a Direitos Difusos e Coletivos, sem exclusão de qualquer do povo como se dá com as limitações impostas com a legitimação para agir. Segundo Maciel Jr. “ *O poder, não sendo mais personalizado em uma figura humana, possibilitou o surgimento do Estado Democrático de Direito, porque ele (o poder) passou a ser regulado por processos discursivos dentro da sociedade. Ocorre uma transformação significativa porque o poder passa a depender de consensos a serem obtidos não pelo decreto do soberano, mas pela confrontação dos diversos interesses dos sujeitos e grupos na sociedade. Esses sujeitos reivindicam a participação nos processos definidores dos limites do poder. Reivindicam a participação política para fixar as competências dos agentes do poder.*”. (MACIEL JR., 2006:118-119).

necessário para socorrer “*as pressões sociais por tutela jurisdicional adequada e efetiva*” (2000:20) que originaram as denominadas “tutelas cautelares”. Segundo

Marinoni:

[...] para a efetividade da tutela dos novos direitos é imprescindível a distinção entre ilícito e dano. Não importa, para a tutela dos direitos que têm conteúdo não patrimonial, o dano e, portanto, a tutela ressarcitória. É necessário, em muitos casos, evitar ou remover o ato ilícito (compreendido como simples ato contrário a direito), seja porque em alguns casos ele não tem uma identidade cronológica com o dano, seja porque o ilícito, em outros casos, ao consolidar-se, deve ser extirpado independentemente dos danos que já provocou ou ainda possa provocar. (MARINONI, 2000:23).

Um dos reflexos desse pensamento resultou na proibição de resistência do devedor executado à expropriação de seus bens, na forma como ficou positivado no Código de Processo Civil Brasileiro (artigo 600, inciso III) segundo o qual é **ilícita** a conduta do executado que *resiste injustificadamente às ordens judiciais*.

A defesa dessa classe de **ilícitos** é forjada na proposta de munir o juiz das insígnias da autoridade para se alcançar a efetividade das decisões judiciais e fazer com o processo atinja finalidades supremas: conservar ou restabelecer a paz social ameaçada. Essa ideia é reforçada em tempos mais recentes pelo denominado “princípio da duração razoável do processo” inserto na Constituição Federal. Todavia, e como bem acentua Fernando Horta Tavares (2007) referido direito não se volta para a melhor “*operacionalização e gerenciamento da*

máquina estruturada para conhecer e processar a solução dos conflitos e da aplicabilidade da sanção penal” (TAVARES,F., 2007:117), voltando-se eminentemente para a supressão do contraditório e da ampla defesa, e ainda acentua:

A obediência à legalidade estrita, contudo, inexplicavelmente não ocorre com a atividade desenvolvida pelo Estado-Juiz, não só porque o instituto da preclusão não o alcança como, a sua vez, recebe justificação da doutrina tradicional que classifica os prazos endereçados ao mesmo Estado-Juiz como “prazos impróprios”, em clara dissonância com o princípio da isonomia, constante do *caput* do art. 5º da lei, não excluindo na escrituração do princípio, a sujeição do próprio Estado que é pessoa jurídica de direito público e, portanto, como qualquer outro, não autorizado a desrespeitar os prazos criados por lei. (TAVARES, F., 2007:114).

Aponta ainda Fernando Horta Tavares que eficácia “*pode ser definida como a força normativa dos direitos fundamentais, de aplicação imediata, de poder ser implementada na processualidade, no contexto das chamadas tutelas de urgência*”, o que leva a concluir que ao endereçar normas de sujeição moral às partes abandona-se a força do argumento para usar o argumento da força no endosso do papel de legislador de que se apropria o Judiciário.

Ainda outra dimensão do **ilícito** processual é a que determina os *standards* de correção, probidade, lealdade, verdade e honestidade das partes no processo cuja realizabilidade se faz por meio dos conceitos gerais indeterminados presentes na legislação processual civil e que se movimenta no que Carneiro da Frada

(2001:890) denomina de “*espaço livre de normas*” onde repousa a *Teoria da Confiança*.

Referindo-se ao abuso de defesa e fraude processual Rosemiro Leal (2005) lembra, que só excepcionalmente a parte produz em juízo sua própria defesa, de modo que grande parte das normas éticas de conduta das partes previstas na lei processual são questões ético-profissional “*não sendo estrutural do procedimento judicial alheio ao advogado, porque o mau uso da defesa torna inválida a defesa por não revestir requisitos preconizados em lei*”. (LEAL,R., 2005:58).

Conclui-se que o chamado **ilícito** processual é construção jurídica que serve à Teoria da Relação Jurídica, na medida que se tem um processo do tipo autoritário em que os padrões de **licitude** se definem por cânones de valorações extra-jurídicas visando o cerceamento das atividades das partes, conferindo-lhes ônus e deveres sob a forma de conceitos indeterminados e casuísticos objetivando, não só estabelecer um regime de subordinação irrestrita às decisões aí proferidas sem observância do devido PROCESSO.

Assim, no Direito Processual como no Direito Privado, **ilícito** é o elo que se faz entre o direito e a moral pelo alargamento de sua compreensão e pela imprecisão de seus contornos. Os padrões de honestidade (conduta moral *esperada*) estão transpostos, em especial, para o artigo 17 do Código de Processo Civil Brasileiro, em forma de cláusulas abertas e, portanto, sujeitas ao “julgamento moral” do decisor.

Essa é a formatação que ordinariamente é conferida ao meio **ilícito** na obtenção da prova a que se refere o inciso LVI da Constituição Federal Brasileira. Acontece que o emprego do vocábulo não foi antes tematizado, e os juristas pátrios tratam cada um a seu modo de conferir o seu conteúdo na ausência de norma.

Como o conceito de **ilicitude** é importado do Direito Privado para o Direito Processual repleto de carga valorativa, segue-se o reflexo dessa concepção na Teoria da Prova como veremos no próximo capítulo.

3 ENUNCIACÃO DE LICITUDE NA TEORIA DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

São inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios **ilícitos**, garante o inciso LVI da vigente Constituição Brasileira, definindo os padrões jurídicos de conduta na atividade probatória.

A investigação que fizemos nos capítulos anteriores contextualizando a **ilicitude** na teoria do direito privado e na teoria do processo, permite afirmar que no Estado Democrático de Direito a **licitude** é fixada na norma cuja elaboração se faz por meio do PROCESSO, a qual estabelece os limites de *permissão, dever e vedação* (LEAL:2008). Nesse contexto, a inadmissibilidade de utilização de *meios ilícitos* tem seus fundamentos na ausência de observância irrestrita do *devido processo* na admissão e produção da prova. Os *meios* lícitos de obtenção da prova estão fixados em lei.

Essa compreensão objetivadora dos conteúdos da **licitude** servirão de auxílio ao esclarecimento de diversas ordens de indagação que a apontada garantia constitucional tem suscitado nos estudos do direito probatório, quais sejam: *i*) a quais violações de direitos se refere a **ilicitude** dos meios de obtenção da prova (fundamentais, constitucionais, legais ou materiais); *ii*) a busca da

verdade e a existência de mais de uma verdade (real e formal); *iii*) a produção ou não de efeitos da prova **ilicitamente** obtida.

Tem-se apontado que a Constituição Brasileira editou regra de ordem geral ao declarar a inadmissibilidade das provas obtidas por meios **ilícitos**, não definindo exatamente qual violação de direitos configuraria a **ilicitude** da prova (SILVA, 2002:357), ou que a referência Constitucional visa o resguardo à liberdade e à intimidade das pessoas (DINAMARCO, 2002:49), ou ainda que o tema se prende sempre à questão das liberdades públicas, configurando-se a **ilicitude** da prova quando há violação de direitos materiais (AVOLIO, 1999:44).

A diversidade de entendimentos no que respeita à **ilicitude** da prova advém da inesclarecida divisão do ordenamento jurídico em normas de direito “material” e normas de direito “processual” mencionada no capítulo precedente, e uma compreensão sincrética de PROCESSO e procedimento que conferem ao denominado **ilícito processual** funcionalidades variadas com recurso às cláusulas gerais e conceitos gerais indeterminados.

No encaminhamento deste capítulo que visa situar o instituto da prova no PROCESSO Democrático, procederemos a uma sucinta contextualização dos estudos de direito probatório visando assinalar o momento que nos pareceu ter ensejado a necessidade de dar à atividade probatória um tratamento científico - o momento da superação do modelo inquisitório por outros mecanismos de prova e

de julgamento. A trajetória dos estudos científicos da prova até ser erigido a Instituto Jurídico (ainda dependente de teorização), darão auxílio a distinção que se pretende fazer em seguida de prova obtida por meios *ilícitos* e atos processuais irregulares, denominados de *atos ilegítimos*.

Pretende-se demonstrar nessa abordagem precedente que o contexto social, político e econômico dos primeiros estudos científicos da prova judicial eram bastante diferentes do atual, e que o completo afastamento do decisionismo na atividade probatória passa pela adequação da prova como Instituto Jurídico ao modelo do Estado Democrático de Direito.

3.1 Fases da Atividade Probatória

Os meios de obtenção da prova e os sistemas de valoração da prova aparecerem entrelaçados nos estudos de direito probatório embora não devam ser confundidos. *Meios de obtenção*⁸² indicam os atos de apreensão e coleta da prova e, sistemas de valoração referem-se ao grau de liberdade do juiz na apreciação da prova, e mesmo a vinculação da sentença a ela.

⁸² Segundo Rosemiro Leal, *Meio* de prova “*é o exercício intelectual da apreensão dos elementos pelos meios do pensar no tempo*”, categoria que o autor denomina *ideação*, ou seja, o meio intelectual da coleta da prova no tempo do pensar. No PROCESSO, a demonstração dos elementos de prova se faz por diversos *meios* previstos em lei (depoimento pessoal, exibição de documento ou coisa, testemunho, realização de perícia, vistoria), que serão instrumentalizados (formalizados) pela forma legal (escrituração do depoimento pessoal ou testemunhal (termo), laudo pericial, relatória da vistoria). (LEAL.R.,:2008).

A confusão pode ser devida ao arraigado entendimento de que a prova se destina ao convencimento do julgador, daí relacionar-se a maior ou menor participação deste na fase de coleta da prova com os sistemas de valoração que resultarão na sentença, ou seja, os meios empregados na obtenção da prova têm ligação direta com os níveis de certeza que formarão a *convicção íntima* do juiz.

Partindo da Roma antiga até os nossos dias, percebemos que a prova jurídica ganhou contornos diferentes em matéria civil e em matéria penal, sendo o principal fator deste distanciamento a prevalência do *princípio dispositivo* em matéria civil, e do *princípio inquisitivo*⁸³ em matéria penal. Pelo princípio dispositivo às partes compete a iniciativa da instauração e do prosseguimento ou não do processo bem como da interposição de recursos inerentes à causa⁸⁴. No direito probatório o princípio dispositivo serviria como limitador dos poderes instrutórios do juiz, razão pela qual ganha grande relevo as discussões acerca da *verdade real* presidindo o processo penal, e da *verdade formal* presidindo o processo civil que será objeto de comentário adiante. Em torno da *busca da verdade* há defesas no sentido de relativizar a admissão da prova obtida por meios

ilícitos.

⁸³ O que hoje se denomina *princípio inquisitivo* liga-se a liberdade de iniciativa do juiz na produção de provas como decorrência do dever constitucional de fundamentação das decisões. Funciona como uma visão mitigada do *sistema inquisitório* que presidia em especial o sistema penal medieval, “*marcado pela intolerância e sacralização das práticas judiciárias dos séculos XI a XVI*” (CARVALHO, 2005). Baseado no princípio da autoridade, o inquisidor atuava simultaneamente como acusador, defensor e juiz. A Constituição Brasileira de 1988 faz clara opção pelo sistema acusatório, mas a legislação processual penal mantém características do modelo inquisitorial fundada na *busca da verdade real*.

⁸⁴ A faculdade de disposição dos direitos em matéria penal teria sido afastada nos primeiros tempos da realeza quando surge a distinção entre os crimes públicos e privados em que o *ius puniendi* passa a competir ao Estado. (ver FRAGOSO:1986 e BITENCOURT:1999)

Com efeito, leciona Echandia (1974) que em nenhum dos períodos que marcaram a resolução de conflitos no Direito Romano se desenvolveu um sistema completo e detalhado de regras probatórias⁸⁵. No período da “*per legis actiones*” e no período “*formulario*” competia exclusivamente às partes a produção da prova, e o juiz poderia apreciá-las livremente. Marca essa fase a admissão de documentos, do juramento e do reconhecimento pessoal pelo juiz (o que atualmente se denomina *vistoria*). Na fase do procedimento “*extra ordinem*” em que o juiz deixa de ser árbitro privado para representar o “Estado”, além de lhe serem conferidas maiores faculdades para interrogar as partes, ele passa a determinar a qual delas correspondia o ônus da prova. (ECHANDIA, 1974:57).

O que hoje denominamos **prova ilícita**, no período *formulario* estaria contida nas chamadas *iudicia bonae fidei* (ações de boa fé) que indicavam os poderes atribuídos ao *iudex* para decidir o litígio. Segundo informa Moreira:

As ações de boa-fé (iudicia bonae fidei) são aquelas que dão ao iudex poder para apreciar, mais livremente, os fatos, porquanto deverá julgar ex fide bona (de acordo com a boa fé). Essa liberdade de apreciação do iudex se traduz, principalmente, nos seguintes poderes:

a) o de levar em consideração o dolo de um dos litigantes, ainda que o réu não tenha inserido, na fórmula, a *exceptio doli*, ou ainda que o autor, ao invés de agir mediante a *actio doli* se utilize da ação que protege a relação objeto do litígio; [...]. (MOREIRA,2002:232)

⁸⁵ Segundo Mittermaier, durante a república a lei romana em matéria criminal nada dispunha a respeito de provas pois nesse tempo “*era o povo quem pronunciava reunido, nos comícios por centúrias ou por tribos, e bem se vê, portanto, que não era coisa possível uma apreciação jurídica das provas*” (MITTERMAIER, 2004:27).

No período Justiniano haviam regras legais sobre o ônus da prova visando a defesa contra a arbitrariedade dos juízes, mas em geral os textos favorecem a sua apreciação pessoal (ECHANDIA, 1974:58-59). Também Gian Antonio Micheli (1961) confirma que no período pós-clássico e justiniano vigia o princípio segundo o qual quem afirma um fato se incumbe de prová-lo mas sempre sujeitas a valoração que o juiz fizer (MICHELI, 1961:23).

Com o fim do império romano iniciou-se uma fase denominada primitiva na história das provas em que não se perseguia a verdade real ou material, senão um convencimento puramente formal que resultava de meios artificiais baseados na crença da intervenção de divindades por meio das *ordálias* ou *Juízos de Deus*⁸⁶.

Será a expansão do âmbito da jurisdição eclesiástica que oferecerá aos tribunais civis inúmeras soluções em matéria de prova, em especial o chamado sistema legal de provas ou sistema tarifado de provas, assinalando Echandia que:

Os juízes eclesiásticos são verdadeiros magistrados, muito diferentes dos escabinos, já não é sua livre convicção que prevalece, senão uma verdadeira apreciação jurídica da prova, sujeita a regras cada vez mais numerosas: freia-se o exagerado formalismo do direito germano

⁸⁶ Os estudos desenvolvidos no âmbito da história do direito acerca dos ordálios não fornecem elementos suficientes para identificação dessa prática como atividade probatória, os modos de sua execução e a atribuição de competência a uma autoridade. Tal investigação desviaria o núcleo de nossa pesquisa e por essa razão apenas repetimos a referência que ordinariamente é feita nas obras jurídicas.

antigo, que cada dia vai diminuindo junto com seus métodos bárbaros. (ECHANDIA, 1974:60 tradução nossa⁸⁷)

A Igreja não abandona as ordálias totalmente admitindo sejam utilizadas como instrumento subsidiário de convencimento. O direito canônico trata então de dar uma detalhada regulação aos meios de prova e aos meios de sua apreciação mas a sentença era proferida *secundum conscientiam* do juiz. (TUCCI e AZEVEDO, 2001:39).

O período chamado de “renascimento do direito romano” é marcado pelos estudos de Bolonha onde se investigam simultaneamente o direito canônico e o direito justiniano. Esse período assinala também o alargamento da igreja como *ordem jurídica* com o abandono do processo acusatório e o surgimento do inquisitório como assinala Carvalho:

Sob o signo da intolerância e mascarada pela sacralização, a fase inquisitorial que se inicia com os Concílios de Verona (1184) e Latrão (1215) e que ganha subsistência com as Bulas Papais de Gregório IX (1232) e Inocêncio IV (1252). (CARVALHO, 2005:202).

⁸⁷ *Los jueces eclesiásticos son verdaderos magistrados, muy diferentes de los escabinos, ya no es su libre convicción la que rige, sino una verdadera apreciación jurídica de la prueba, sujeta a reglas cada vez más numerosas; empero, se frena el exagerado formulismo del derecho germano antiguo, que cada día va disminuyendo, junto con sus métodos bárbaros.*

Os glosadores estabelecem regras sobre o ônus da prova no processo civil de acordo com os textos romanos e introduzem a necessidade do juiz julgar conforme o que for alegado e provado, mas guiados pelo método escolástico mesclam as tradições romanas com princípios bíblicos, como por exemplo o número de testemunhas necessários para formar a convicção. (ECHANDIA, 1974:61-62).

A prova testemunhal tem enorme importância posto que a valorização da prova se baseia em conceitos éticos (conduta *moral* da testemunha, sua posição social). Só a partir do século XIII é que se começa a fixar os graus de importância das diversas modalidades de prova baseados em critérios objetivos de probabilidade. É o início do Sistema da Prova Legal ou Prova Tarifada que, de acordo com Echandia, receberá definitivos contornos de objetividade com Jeremías Bentham⁸⁸ (ECHANDIA, 1974:69). Sobre os meios de coleta da prova permanece o sistema inquisitório cujos métodos elevam o valor da confissão. Essa fase só será vencida a partir da Revolução Francesa como assinala Foucault:

A confissão pública dos crimes tinha sido abolida na França pela primeira vez em 1791, depois novamente em 1830 após ter sido restabelecida por breve tempo; o pelourinho foi supresso em 1789; a Inglaterra aboliu-o em 1837. As obras públicas que a Áustria, a Suíça e algumas províncias americanas como a Pensilvânia obrigavam a fazer

⁸⁸ A base de Benthan era a filosofia indutiva segundo a qual a essência da prova consiste em passar de um fato conhecido a outro desconhecido. A razão natural é que permitirá apreciar os diversos graus de probabilidade existente em cada prova, daí sua defesa da tarifa legal da prova no qual o trabalho do juiz é exclusivamente lógico (ECHANDIA, 1974:69).

em plena rua ou nas estradas – condenados com coleiras de ferro, em vestes multicores, grilhetas nos pés, trocando com o povo desafios, injúrias, zombarias, pancadas, sinais de rancor ou com cumplicidade – são eliminados mais ou menos em toda parte no fim do século XVIII, ou na primeira metade do século XIX. O suplício de exposição do condenado foi mantido na França até 1831, apesar das críticas violentas – “cena repugnante”, dizia Réal; ela é finalmente abolida em Abril de 1848. Quando às cadeias que arrastavam os condenados a serviços forçados através de toda a França, até Brest ou Toulon, foram substituídas em 1837 por decentes carruagens celulares, pintadas de preto. A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. [...] A marca a ferro quente foi abolida na Inglaterra (1834) e na França (1832); o grande suplício dos traidores já a Inglaterra não ousava aplicá-lo plenamente em 1820 (Thistlewood não foi esquartejado). Unicamente o chicote ainda permanecia em alguns sistemas penais (Rússia, Inglaterra, Prússia). Mas de modo geral, as práticas punitivas se tornaram pudicas. (FOCAULT, 2004:13)

Essa passagem trouxe, entretanto, preocupações profundas no que concerne à forma de se chegar ao esclarecimento cabal e irrefutável dos fatos para determinação do castigo, diz Foucault:

Agora a prática penal vai se encontrar submetida a um regime comum da verdade, ou antes a um regime complexo em que se misturam para formar “intima convicção” do juiz elementos heterogêneos de demonstração científica, de evidências sensíveis e de senso comum. A justiça penal, se conserva formas que garantem sua equidade, pode-se abrir agora às verdades de todos os ventos, desde que sejam evidentes, bem estabelecidas, aceitáveis por todos. O ritual judiciário não é mais em si mesmo formador de uma verdade partilhada. É recolocado no

campo de referência das provas comuns. Estabelece-se então, com a multiplicidade dos discursos científicos, uma relação difícil e infinita, que a justiça penal hoje ainda não está apta a controlar. O senhor de justiça não é mais senhor de sua verdade. (FOCAULT, 2004:82)

Não sem propósito então que dessa virada conceitual surgem os grandes tratados sobre a prova, especialmente sobre provas em matéria penal, preocupação antes secundária pois como lembra Tonini “[..] *em razão de o juiz inquisidor acumular todas as funções atinentes ao processo, não há necessidade de regulamentação da matéria da prova. Aliás, uma eventual regulamentação traduzir-se ia imediatamente em um limite ao acerto da verdade*”. (TONINI: 2001).

O processo civil nesse período, como ficou registrado no título anterior, não passava de designação de complemento ou acessório do direito material ou substantivo. As regras de processo são objetivas e funcionais visando sobretudo a técnica, apontando Echandia diversas características inquisitórias presentes no processo civil, vejamos:

- a) O juiz é permanente e representa o Estado;
- b) É um processo escrito e lento, ainda hoje em muitos países, mas há firme tendência a oralidade em quase todos os países;
- c) Rege total ou parcialmente o sistema da tarifa legal de provas, em muitos países mas está em vias de desaparecer;
- d) Se conserva o princípio do ônus da prova, mas se dá a ele um sentido e alcance mais técnico (cfr., ns. 126-127)
- e) Se considera de interesse público e com finalidade pública: a reta administração da justiça;

- f) Em alguns países, como Itália, se autoriza ao ministério público provocar o juízo se a questão é de interesse geral, e na Rússia, ainda que se trate de direito privados, inclusive, por via executiva;
- g) Existe na atualidade a tendência de outorgar ao juiz faculdades para decretar e praticar provas oficiosamente, como o demonstra as legislações da Alemanha, Itália, México, Brasil, Argentina, Colombia, Austria, Rússia, França; e de forma moderada pelo sistema das providências para melhor prover, em muitos outros países, como Espanha e Venezuela. A generalização daquele sistema é inevitável, ainda deve advertir-se que a atividade probatória não deixa de ser fundamental às partes, já que só se trata de reparti-las, e não de um sistema rigorosamente inquisitivo, próprio somente do direito penal; [...] (ECHANDIA, 1974:78)

Ao Sistema da Tarifa Legal seguiu-se o Sistema da Livre Convicção caracterizado pela liberdade do juiz na apreciação das provas. Segundo Leal (2008):

O **sistema da livre convicção**, que orientou o sistema de *common law*, tem suas bases em juízos de **equidade e conveniência** pela apologia dos julgadores nobre e magnânimos, em que o interesse coletivo é regido *secundum conscientiam* por temperamentos cívicos e humanitários e pela discricionariedade na escolha da melhor conduta, legal ou não para a solução dos conflitos. (LEAL,R., 2008:199).

O Sistema da Livre Convicção é resultado da reação ao positivismo legal “*que negava ao juiz a possibilidade de uma criação livre do direito, ao remetê-lo*

para uma tarefa de subsunção em relação à lei ou aos conceitos científicos – que a decisão jurisprudencial se baseava não em processos intelectuais mas em processos intuitivos, sobretudo assentes nos sentimentos do juiz” (WIEACKER, 1967:671).

Hespanha (2007) assinala que o avanço da burguesia e a ascensão do capitalismo dão sequência a sucessão de crises de fins do século XIX e início do século XX; essa crise, relata o autor, combatia o monopólio do direito pela lei:

[...] ou na base da existência de um direito natural (fundado na religião, na natureza ou na razão, “jusnaturalismo), ou na da força das tradições jurídicas de um povo (“romantismo jurídico”), ou, finalmente, na das exigências científicas de um saber especializado, cultivado pelos juristas (“cientismo”, “positivismo conceitual” [Begriffsjurisprudenz])” (HESPANHA, 2007:258).

Mas adverte:

[...] a verdade é que a insistência na idéia de que existe mais direito do que aquele que está na lei, é inevitavelmente arriscada do ponto de vista da democraticidade do direito. Restringindo a questão ao âmbito dos Estados democráticos – em que as leis são feitas por órgãos, directa ou indirectamente representativos do povo -, a hipótese de reconhecer formas de manifestação do direito concorrentes ou superiores à lei, põe o delicado problema da fiabilidade e controlo dos modos pelos quais elas se manifestam. Quem pode definir “a justiça”, “a natureza das coisas”, os “grandes princípios jurídico-morais”, as consequências da “dignidade humana” para o direito? (HESPANHA, 2007:260)

Com efeito e, como acentua André Leal (2008), a grande questão posta aos estudiosos do direito, da sociologia e da filosofia na segunda metade do século XX, foi “*a crise do direito indicadora do déficit de legitimidade normativa em sociedades multiculturais e descentradas*”, e referindo-se ao arcabouço principiológico que tem sido desenvolvido para uma reflexão do paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito conclui com pesar que, “*no plano da decisão judicial, no entanto, e apesar de todo esse adensamento teórico, tradição e autoridade continuam a impregnar a jurisprudência e os debates da dogmática jurídica*” (ANDRÉ LEAL, 2008:22).

A correspondência dessa estagnação teórica no plano da decisão judicial reflete imediatamente na Teoria da Prova, ainda legislada e conceitualmente concebida em moldes autoritários, como se denota das configurações mitigadas que o vigente Sistema da Persuasão Racional recebe no Direito Brasileiro e da indeterminação dos meios **lícitos** de prova no Código de Processo Civil Brasileiro, v.g. ao indicar a admissibilidade de provas “*moralmente legítimas*” (art. 332).

Impõe o Sistema da Persuasão Racional a fundamentação de todas as decisões jurídicas. A ordem é de natureza constitucional (Constituição Brasileira de 1988, art. 93, IX) devendo ser entendida como decorrência do Devido Processo Legal, o que afasta a admissão de uma fundamentação por critérios não jurídicos. Além disso, em sendo a prova “*fator de visibilidade da argumentação*”

jurídica” (LEAL, 2008:206), decorrente do exercício da ampla defesa com base em normas que prescrevem as condutas vedadas, permitidas ou devidas a enunciação de **licitude** na atividade probatória deve partir de uma teoria democrática do PROCESSO que permita manter as permissões e proibições normativas, dirigidas tanto às partes quanto ao Estado legislador e Estado juiz, dentro dos limites constitucionais dos meios **lícitos** de obtenção da prova, já que a inadmissibilidade das provas obtidas por meio **ilícitos** é uma restrição dirigida a todos indistintamente. É o que intentamos enunciar nos próximos títulos na proposta da Teoria Neo-institucionalista do processo.

3.2 A Prova Ilícita – colocação do problema

Determinar a quais violações de direitos se dirige a proibição das provas obtidas por meios **ilícitos** é um desafio que se instalou desde a promulgação da Constituição Brasileira de 1988. Tem-se procurado distinguir esses direitos ora partindo de uma taxionomia das normas jurídicas por critérios de importância dos bens juridicamente protegidos, ora estabelecendo graus de violação de direitos para se determinar quando uma prova foi obtida por meios **ilícitos**.

Anota Elena Burgoa que o vigente Direito Constitucional Português reduziu bastante a complexidade do tema ao determinar expressamente no artigo 32, n. 8º a nulidade de “*todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa*

a integridade física ou moral da pessoa, intromissão abusiva na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. (BURGOA, 2008).

No Brasil uma tentativa de afastar a problemática veio recentemente com a alteração do capítulo que trata das provas no Código de Processo Penal Brasileiro pela Lei 11.690/2008. As alterações intencionam adequar a atividade probatória à garantia constitucional de inadmissibilidade no processo da prova obtida por meio **ilícito**.

De acordo com a nova lei as provas **ilícitas**, bem como as provas derivadas dessas, devem ser desentranhadas do processo; e mais, o texto legal apresenta uma definição de “prova ilícita” como sendo aquela obtida em violação a normas “*constitucionais*” ou “*legais*”⁸⁹. Como o dispositivo visa regulamentar um direito constitucionalmente garantido, servirá de modelo ao Processo Civil em cuja lei infraconstitucional não se empreendeu nenhuma alteração nesse sentido.

⁸⁹ INTEGRA DE ALGUNS DOS DISPOSITIVOS SANCIONADOS: - Código de Processo Penal. Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – TÍTULO VII – DA PROVA – CAPÍTULO I – DAS DISPOSIÇÕES GERAIS. Art. 155. *O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.* Art. 156. *A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.* Art. 157. *São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. § 4º* [\(VETADO\) \(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

Em matéria penal se decidiu expressamente pela não aceitação da teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruit of poisonous tree*) criada pela Suprema Corte norte-americana entendendo que o *vício da planta se transmite a todos os seus frutos*, o que significa dizer que as provas derivadas de uma prova **ilícita** também é **ilícita** e não pode ser aproveitada (*salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras*); entretanto, além de ainda não se ter definido em bases teóricas o que seja *ilicitude*, a alteração legislativa reafirmou a supressão do devido processo legal na institucionalização da prova especialmente ao reafirmar que o “juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial [...]”, o que mantém o Processo sob condução exclusiva do juiz e não pela construção do provimento em contraditório.

No Código Processual Civil o capítulo que trata das provas tem seu núcleo sistematizado no artigo 332 que dispõe que *todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*.

Se agora o Código de Processo Penal comete a impropriedade de divisar a **ilicitude** como violação de normas “*constitucionais ou legais*”, como se a norma constitucional não fosse também uma norma legal, o Código de Processo Civil mantém o inexplicável “*moralmente legítimo*” ao referir-se aos meios de prova,

perpetuando-se a excrecência da linguagem jurídica aumentando a confusão terminológica em torno do termo **ilícito**, que permanece vinculado a enunciados de ordem moral impossíveis de serem racionalmente refutados, razão pela qual não podem constituir nem permissões nem proibições de ordem jurídica.

No esclarecimento do tema parece-nos necessário situar o instituto da prova e da atividade probatória no PROCESSO para a partir daí enunciar a **licitude** na teoria da prova.

3.3 O Ato Jurídico Processual e a Atividade Probatória

Os estudos de Direito Processual Civil fundados na teoria do Processo como Relação Jurídica não socorrem nosso objetivo de situar a atividade probatória no contexto Constitucional Democrático do Devido Processo Legal. Isso porque nessa concepção o Processo continua figurando como uma mera sequência de atos “processuais” indistintos dos atos “procedimentais” obscurecendo os conceitos de ato **ilícito**, ato ilegítimo e ato irregular. A **licitude** do ato probatório na Teoria da Relação Jurídica não se enuncia em padrões legais (resultante do Devido Processo Legislativo) e sim em padrões extranormativos (morais).

Será a distinção fazzalariana entre Processo e procedimento que permitirá divisar as categorias do ato **ilícito** que resultará na prova obtida por meios **ilícitos**, e o ato irregular sujeito a efeitos diversos.

Em primeiro lugar esclareça-se que o ato jurídico processual probatório tem regulamentação no Instituto Jurídico da Prova, entendido por um conjunto de princípios que se unificam pela conexão normativa estruturadora do procedimento, cuja finalidade é a fixação dos fatos no PROCESSO (LEAL,R., 2008:200-202).

O PROCESSO se caracteriza como uma espécie do gênero procedimento com a especificidade do contraditório entre as partes, em simétrica paridade, e é *“disciplinado por uma estrutura normativa, em que cada norma disciplina um ato específico e tem como pressuposto de sua própria incidência o cumprimento de outro ato regulado por outra norma da série, até o advento do ato final sob a disciplina da norma que o rege”*. (GONÇALVES, 2000:36).

Com efeito, a própria norma é resultante de um PROCESSO de elaboração legislativa – ato legislativo que só tem validade se observado o procedimento em PROCESSO que lhe deu vigência. Para Fazzalari, o Estado ao exercer as diversas funções estatais pratica atos jurídicos conforme diretrizes traçadas em lei a qual está integralmente vinculado.

A prática desses atos não se faz aleatoriamente havendo uma série de atividades preparatórias e encaminhadoras do ato final. Por exigência do ordenamento jurídico, devem figurar como protagonistas desse encaminhamento preparatório do provimento, em contraditório entre eles, os sujeitos em cuja esfera jurídica o ato é destinado a produzir efeitos, de modo que:

[...] indicamos como “provimento” os atos com os quais os órgãos do Estado (os órgãos que legislam, os que governam em sentido lato, os que fazem justiça, e assim por diante) emanam, cada um no âmbito da própria competência, disposições imperativas, e como “procedimento” a sequência de atividades que precede o provimento, o prepara e é concluída com ele; se acolhemos essas primeiras e sumárias noções, estamos em condições de constatar que, em regra, o provimento de um órgão do Estado constitui, justamente a conclusão de um procedimento, o ato final do mesmo: no sentido que a lei não reconhece ao provimento validade e/ou eficácia, se ele não foi, entre outras coisas, precedido da série de atividades preparatórias pela própria lei estabelecida. (FAZZALARI, 2006:33)

Como “todos” os atos praticados pelo Estado (legislação, administração e jurisdição) estão vinculados às diretrizes legais, todas as normas jurídicas podem ser designadas por normas de “direito público”⁹⁰. Essas normas jurídicas se destacam intrinsecamente pelo atributo da “avaliação” que qualifica uma conduta

⁹⁰ Fazzalari não descarta a utilização da insígnia “normas de direito privado”, reservando-a para indicar aquelas situações em que o privado tem autonomia para exercer o ato, posto que a forma de exercê-la seja disciplinada em lei, o ato reflete apenas no universo jurídico do sujeito ou sujeitos privados, a exemplo da disposição do próprio patrimônio. (FAZZALARI, 2006:35). A histórica distinção entre “direito público” e “direito privado” é de origem inesclarecida. Observe-se que o enquadramento que Fazzalari faz das chamadas “normas de direito privado” é bastante distinto da noção que hoje é veiculada. Em algum momento as “normas de direito público” ganharam a característica de normas protetivas do “interesse público” abrindo os caminhos da dominação pelo viéz do paternalismo estatal.

como **lícita** – permitida, devida ou vedada⁹¹. Em sua estrutura lógico-formal a norma jurídica articula:

- 1) pela descrição do comportamento do ato que se queira regular (nela os varios elementos e requisitos do ato são apontados);
- 2) pela ligação do ato, de uma das qualificações de “lícito” ou de “obrigatório”(FAZZALARI, 2006:78)

Em outras palavras o ato jurídico **lícito** é colocado em evidência quando se extrai da norma a conduta que ela descreve e a qualificação normativa ligada a ela: permitida, devida ou vedada. O **ilícito** para Fazzalari não é característica da norma jurídica pois ele indica que a conduta concretamente mantida pelo sujeito é contrário a conduta devida.

Fazzalari conecta a norma que qualifica a conduta a um padrão que refletirá em *operações exercitáveis sobre a norma* onde se distingue a posição do sujeito a que ela se dirige: *posição jurídica subjetiva facultada ou lícita, e posição jurídica subjetiva devida ou obrigatória*.

Essas normas encontram-se no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, em conexão com outras normas, com outros atos e com outras posições

⁹¹ Emprega Fazzalari os termos «*valore*» e «*valutazione*» no seguinte contexto: “*Abbiamo rilevato la «natura» della norma, quale «valore»; qui acceniamo alla sua «struttura», Sul piano lógico formale la norma consiste nel canone di valutazione di una condotta*” (Temos destacado a « natureza » da norma, com «avaliação»; aqui destacaremos a sua «estrutura»; No plano lógico-formal a norma consiste em um cânone de qualificação de uma conduta). A opção pela tradução dos termos *valore e valutazione* como *avaliação e qualificação* encontra respaldo no esclarecimento que Fazzalari faz em nota dizendo: “*Qualsiasi regola di condotta si pone come canone che valuta, qualifica la medesima: la regola giuridica è, in più, canone esclusivo.*” (Qualquer regra de conduta se coloca como padrão de avaliação, a qualifica mesmo: a norma jurídica é, no mais, canone exclusivo) (FAZZALARI, 1996:46 nota 94)

jurídicas. Outros agregados podem ainda ser extraídos da qualificação jurídica da norma que servem para o seu funcionamento, quer dizer, “*usadas nos limites e para os fins assinalados ex positivo iure*”⁹² (FAZZALARI, 2006:90). Nesse esquema de normas, posições subjetivas e atos é que se encontra o procedimento com PROCESSO (contraditório) que se verifica:

[...] quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um “ato final”. (FAZZALARI, 2006:93).

De extrema clareza a sintentização feita por Aroldo Plínio Gonçalves em sua análise acerca da contribuição de Fazzalari ao Processo Democrático assinalando que:

O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como sequência de normas, de atos e de posições subjetivas.

[...]

⁹² Cumpre aqui transcrever um importante esclarecimento que Fazzalari faz a respeito da noção jurídica de ordenamento como complexo de normas que se inscreve no normativismo geral que serve de base à sua concepção de norma e de ilícito. Segundo Fazzalari: “O «normativismo» aqui professado é entretanto distinto daquilo que ele considera a «norma» não somente em abstrato, mas também na sua atuação concreta e, portanto, permite apanhar, na tríade «normas – posição subjetiva – ato jurídico», a variedade e riqueza do real. Trata-se justamente do real reportado à «norma», definido por esta; assim, a conduta real não tem significado se não em relação à norma que a qualifica: o discurso se desenvolve, portanto, no interior do aspecto normativo, não como aquele sociológico, no exterior” (FAZZALARI, 2006:98 nota 131)

A observância da incidência da norma significa que os atos que ela permite são realizados ou têm a possibilidade de sua realização garantida, e os atos que ela estatui como devidos são realizados, quando não se permite a sua conversão em ônus. (GONÇALVES, 1992:111).

Há casos, entretanto, alerta Gonçalves em que o ato jurídico processual é praticado sem observância da *forma* legal prevista e, nesses casos a irregularidade : i) *pode ser desprovida de qualquer consequência jurídica*, ou ii) *a norma jurídica prevê que as irregularidades sejam corrigidas*, ou ainda iii) *determina a declaração de nulidade do ato e sua repetição de maneira regular*. (GONÇALVES, 2000:15).

É a disciplina e o conceito de nulidade em matéria processual que tem provocado dificuldades na distinção do ato **ilícito** e o denominado *ato ilegítimo* gerando em consequência as chamadas *provas ilícitas e provas ilegítimas*. De plano vamos afastar a palavra *ilegítima* e emprestar o vocábulo *irregular* utilizado por Aroldo Plínio Gonçalves entendendo ser este mais apropriado para indicar desobediência à *forma* prevista na lei e não desobediência ou contrariedade à própria lei – conduta contrária à lei. Com isso, no próximo item vamos tentar esclarecer o ato probatório no que se refere à sua forma para aproximação da enunciação de **licitude** na teoria da prova.

3.4 Irregularidade na prática do Ato Jurídico Processual Probatório e consequências

Como ato jurídico processual o ato probatório insere-se no iter procedimental caracterizado pelo PROCESSO (em contraditório), e tem sua validade “*condicionada à regularidade dos atos que nele se realizam e esta depende dos elementos de cada ato, considerado em sua particularidade, e da observância de seus pressupostos, que são as condições prévias para sua regular existência*”. (GONÇALVES, 2000:36).

A atividade probatória é, ela mesma um ato jurídico processual complexo integrada pelos princípios da *indiciariedade (elementos)*, *ideação (meios)* e *formalização (forma legal)*, criados e desenvolvidos⁹³ no núcleo da Teoria Neo-Institucionalista do Processo por seu autor Rosemiro Pereira Leal (LEAL,R., 2008:200). Esses elementos, meios e instrumentos na prática do ato jurídico processual requerem a qualificação jurídica dada pela norma como **lícito** (permitido, devido) na coleta (meio intelectual legal) e na formalização (instrumento) da prova para fixação dos fatos no PROCESSO. (LEAL,R.: 2008).

⁹³ Para maior clareza transcrevemos a exposição do autor: “*Por instituto jurídico, entende-se um conjunto de princípios que se unificam pela conexão normativa determinante de seu significado e aplicação. A prova, portanto, como instituto jurídico, para cumprir sua finalidade de “fixação dos fatos no processo”, enuncia-se pelos conteúdos lógicos de aproximação dos seguintes princípios: a) indiciariedade (caracterizada pelos elementos integrativos da realidade objetivada no espaço); b) ideação (exercício intelectual da apreensão dos elementos pelos meios do pensar no tempo); c) formalização (significa a instrumentação da realidade pensada pela forma legal)*”. (LEAL, R., 2008:200)

A *forma* do ato jurídico processual probatório (atividade probatória) é a cartularizada, isto é, registrada documentalmente para que atenda todos os requisitos do exercício do contraditório em especial o da publicidade dos atos. A ausência da forma cartularizada (se fosse concebível já que a formatação dos *autos do processo* é cartular) é obstáculo ao exercício do contraditório constituindo ato **ilícito** na instrumentação da prova⁹⁴.

A irregularidade na cartularização da prova (*forma da atividade probatória*) é que poderia ser averiguada de acordo com o sistema de nulidades preconizados no Direito Processual Civil Brasileiro⁹⁵, o que deve ser feito em contraditório. Explicamos isso: os critérios que a lei processual civil estabelece para configuração do vício que pode acarretar a nulidade, anulabilidade ou convalidação do ato devem ser fiscalizáveis pelas partes. Esses requisitos dizem respeito à finalidade essencial do ato e existência de prejuízo à defesa, ambos com implicação direta no exercício do contraditório e, como bem apontado por

⁹⁴ Em Leal a seguinte definição de “autos”: “*Conjunto cartular registrador dos atos procedimentais em sequência (numérica e temporal) determinada pela Lei Processual*” (LEAL, R., 2008:328)

⁹⁵ Os principais dispositivos que compõe a disciplina do ato irregular e suas consequências no Código de Processo Civil Brasileiro são como o próprio código, arcaicos e inadequados a concepção de PROCESSO prevista na Constituição Brasileira, dificultando partir das normas ali elencadas para divisar o ato **ilícito** do ato irregular. Na lei processual infraconstitucional encontram-se as seguintes determinações: - *os atos praticados que não resultem prejuízo à defesa serão aproveitados (parágrafo único do artigo 150); - serão válidos os atos realizados de forma diferente daquela exigida expressamente na lei se a finalidade essencial do ato for alcançada (artigo 154) ; - Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa (artigo 243); - quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade (artigo 244); - verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las (2ª parte do artigo 327); - anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam (1ª parte do artigo 248); - a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam dependentes (2ª parte do artigo 248).*

Aroldo Plínio Gonçalves “*quem pode avaliar o prejuízo que o ato irregular provoca, em cada processo, é a parte que tem a sua atuação atingida por ele*”. (GONÇALVES, 2000:63).

Uma última outra ordem de esclarecimentos deve ser feita para a enunciação de **licitude** dos meios de prova, referente aos *meios moralmente legítimos* de prova na redação do artigo 332 do Código de Processo Civil Brasileiro que tem sido utilizado para ampliação do conceito de **ilícito**. No próximo item vamos situar essa questão encerrando esse último capítulo com o alcance da inadmissibilidade da prova obtida por meios **ilícitos**.

3.5 Meios Moralmente Ilegítimos

A amplitude que o conceito de **ilícito** alcança nas normas de Direito Privado e nas normas de Direito Processual como vimos nos capítulos precedentes – reflexo das teorias que vem sustentando a necessidade de *vazios normativos* a serem complementados em cada caso concreto - para abranger conceitos de ordem moral, recebe em matéria de Direito Probatório o reforço dos *meios de prova moralmente legítimos* na redação do artigo 332 do Código de Processo Civil que divide as posições doutrinárias acerca de seu alcance ⁹⁶.

⁹⁶ Para Ovídio Batista da Silva, moralmente legítimo é indicativo de “*todos os meios que a lei expressamente preveja e regule*”(BATISTA, 2003:54). Em sentido diametralmente oposto, Luiz

Lembramos que o Código de Processo Civil Brasileiro data de 1973 e foi elaborado em um contexto sócio político não comprometido com a Democracia que só foi instituída no Brasil com a Constituição Federal de 1988. A teoria do Processo que influenciou a elaboração do Código de Processo Civil tinha como objetivo apenas a otimização da técnica procedimental expresso na exposição de motivos que acompanhou o projeto, *in verbis*:

Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de *meios racionais*, tendentes a obter a atuação do direito.

No contexto em que foi cunhada (*meios racionais*) a expressão *moralmente legítimos*, não teria outra aplicação que a de salientar o teor político do processo pela indeterminação dos poderes do juiz sob o pretexto de pacificação de conflitos e promoção da paz social.

Meios *moralmente legítimos* não são *meios* previamente conhecidos, não são escriturados e sua **licitude** fica a cargo do poder discricionário do juiz tornando o dispositivo inconstitucional. Nesse sentido a valiosa lição do constitucionalista brasileiro André Ramos Tavares:

Como consectário lógico do princípio da supremacia da constituição, tem-se que a interpretação de toda e qualquer norma, especialmente aquela infraconstitucional, haverá de ter como parâmetro a

Guilherme Marinoni liga a expressão às chamadas “provas atípicas” pois segundo esse autor, “quando o art. 332 alude a meios moralmente legítimos, não está contrapondo o que é legal com o que é moral, mas sim dizendo que esses meios (moralmente legítimos) são aqueles que não estão expressamente tipificados na lei” (MARINONI, 2006:383).

Constituição. [...] Em outras palavras, a Constituição desempenha, nessa linha, um papel de *standard interpretativo*. Quando se fala, portanto, da constitucionalização do Direito, não se está apenas querendo fazer referência à supremacia formal da Constituição. Evidentemente que ela é um pressuposto necessário. Sem se admitir que as leis e todos atos normativos devem conformação à Constituição (uma das dimensões da supremacia da Constituição), não haveria como falar em constitucionalização do Direito. (TAVARES, A., 2006:134)

Possível sustentar então que o artigo 332 do Código de Processo Civil Brasileiro é inconstitucional pela incompatibilidade com a garantia do Devido Processo Legal cujos desdobramentos – contraditório e ampla defesa – não podem sofrer cerceamento baseado em critérios morais de proibição ou admissão do meio prova.

3.6 Obtenção da Prova por Meios Ilícitos

A enunciação da **licitude** da prova causa dissenso entre os juristas brasileiros que, pela múltipla função que o **ilícito** assume no Direito Privado e no Direito Processual brasileiro, ainda procuram apontar a quais violações de direitos se dirige o inciso LVI da Constituição Brasileira de 1988.

A idéia de **ilicitude** da prova ora se dirige à violação de direitos “fundamentais” ora à violação de direitos “materiais” para configuração das situações de ilicitude. A complexidade do tema ganha o reforço da Lei 11.690 de

2008 ao caracterizar que **ilícita** é a prova obtida com violação de normas constitucionais ou legais, setorizando as proibições de prova.

A questão prende-se ainda à visão do Processo como Relação Jurídica, pois essa Teoria do Processo mantém fora da processualidade democrática o *poder de decisão* em nome de uma justiça instrumental (LEAL,R.,2002:93).

É que o direito ao Devido PROCESSO integra um rol de direitos fundamentais no qual se compreende o contraditório, a ampla defesa e a inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios *ilícitos* de tal forma que no Instituto da Prova Constitucionalizado os **meios lícitos** de prova são aqueles expressamente determinados em lei.

Para uma definição de Direitos Fundamentais apontamos Dimoulis e Martins que, após analisarem que o termo não é o único existente no direito constitucional e nas Constituições, havendo uma série de outros termos incluindo “liberdades individuais”, “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais” entre outros apresentam a seguinte definição:

“Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. (2008:53)

Sendo o PROCESSO um direito fundamental, o conceito de **ilicitude** é único para indicar que *ilícitos* serão os meios de prova que contrariarem os **meios** lícitos determinados em lei.

A **licitude** dos meios de prova deve ser ainda verificada pela demarcação dos limites do tema da prova, dentro do qual as partes exercerão ampla defesa em simétrica paridade. A construção do provimento final circunscreve os limites da proteção de direitos requerida em juízo, e diz respeito aos seus limites, ou seja, sobre quais fatos deve recair a prova: se todos os fatos referentes às questões postas em juízo, ou se somente os fatos alegados pelas partes, é o que Echandia (1974) denomina de “tema” da prova em juízo, ou seja, a proposição que vai ser demonstrada.

Pela diretriz da segunda parte do artigo 332 do Código de Processo Civil Brasileiro, a prova versará sobre “*a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*”⁹⁷. Não adentrando à questão da *verdade*, parece-nos aceitável a limitação temática assinalada pelo Código, cingindo a prova àquilo que foi proposto (dito e contradito) em juízo. José Marcos Vieira (2002) oferece boa base de sustentação para essa limitação, ao discorrer sobre a natureza dialética da lide. Segundo Vieira:

⁹⁷ Outro subsídio oferecido pela lei processual em reforço a essa assertiva pode ser encontrado no procedimento de produção antecipada de prova, a vista do que dispõe o artigo 848 do Código de Processo Civil ao determinar que o requerente, justificando a necessidade da antecipação da prova mencione “*com precisão os fatos sobre que há de recair a prova*”.

Toda investigação concernente à natureza jurídica da ação não pode perder de vista que, na transposição da lide, do mundo dos fatos, pré-processual, para os autos, algo pode modificar-se. Sendo ideal que coincidam a verdade formal e a verdade real, como se estabelece sempre em ficção de resultado, na coisa julgada, o fato é que o provimento jurisdicional não se debruça, por assim dizer, direta e imediatamente, sobre o direito material do litigante, o que muitas vezes se quer fazer crer por erro de lógica. A sentença ou qualquer outro provimento jurisdicional debruça-se, sim, direta e imediatamente, sobre o requerido em juízo. E aí se tem, na generalidade do tratamento que é de feição de todo trabalho científico, o necessário compromisso com um aspecto interferente na concepção do direito de ação: o juiz, mesmo quando aprecia o mérito, não deixa de fazê-lo segundo o pedido formulado em juízo e, por isso, o provimento que expede a respeito do direito material passa pelo pedido, pela petição, e enfrenta o direito material tal como posto em juízo. (VIEIRA, 2002:62)

Com efeito, na petição inicial deve o autor indicar o fato, o pedido com suas especificações e os fundamentos jurídicos do pedido, e ao réu compete alegar na contestação toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor especificando as provas que pretende produzir, o que Aroldo Plínio Gonçalves (1992:160) chama de *existência do ilícito e do direito lesado ou ameaçado*, para os quais é pedida reparação ou para determinar a cessação da ameaça. “*Os atos e as alegações lógico-jurídicas, segundo o modelo legal*”, leciona Leal (2008:132), “*vão gerar a estrutura (fenômeno jurídico) dos procedimentos até o provimento final*”.

O pensamento de José Marcos Vieira converge para essa mesma conclusão ao aduzir:

Então chegamos ao ponto em que encontramos a conjunção, no pedido deduzido, do direito processual e do direito material, ponderando que, quando o juiz se detém sobre o “*meritum causae*”, percorre um trâmite cujas condições são ditadas conforme o pedido deduzido em juízo. E que é nas características do pedido, que transporta, com a relação processual, a relação material controvertida, que o juiz encontra o procedimento, o modo como deverá exercer a jurisdição sobre o caso concreto. **As condições a que se submete o provimento jurisdicional decorrem dos termos das proposições apresentadas no pedido.** (VIEIRA, 2002:63)

A construção do provimento final, entretanto, não está restrita a prova das alegações feitas pelo autor e réu nas peças iniciais. Diversos outros momentos demandam produção de prova no exercício do direito de ampla defesa, *v.g.*, o direito de provar a justa causa que afastará a preclusão (CPC, art. 183). O binômio espaço-elemento como categoria teórica-processual indica que a “*prova em juízo não se limita a uma fase instrutória, mas, na acepção de instituto jurídico, é estruturadora do procedimento*” (LEAL, 2008:203), indica também a escrituração (cartularização) do procedimento processualizado sujeitando-o à fiscalização das partes e a testificação do provimento final.

CONCLUSÃO

Desde os primeiros estudos de Direito Processual no Brasil, o Processo assumiu o *standard* de pacificação de conflitos e realização da paz social. Essa proposta atravessou os diversos contextos de totalitarismo e concentração de poder político e econômico que o país enfrentou (e ainda enfrenta), com o mesmo arcabouço teórico que fez do processo mais um instrumento de operacionalização do autoritarismo pela *pena* do decisor.

O vocábulo **ilícito**, introduzido na linguagem legislativa e jurídica nacional já imbuído dos significados moralizantes cunhados na construção do Direito Privado, foi transportado para o Direito Processual pátrio desde as origens sustentado pela Teoria da Relação Jurídica, e é invocado sempre que, arbitrariamente, se quer impor decisões não processualizadas fundadas em valores extrajurídicos.

Essa postura é insustentável face a nova configuração do PROCESSO instituído pela Constituição Federal de 1988 que passa a garantir o **Devido Processo Legal** num Estado Democrático de Direito. Com esse novo paradigma constitucional o PROCESSO só pode ser concebido por intermédio de uma teoria onde a decisão jurídica (legislativa, judicial e administrativo-executiva) seja

encaminhada num espaço-tempo procedimental processualizado sem o qual não terá legitimidade (a teoria Neo-Institucionalista do Processo).

Nesse contexto, a inadmissibilidade de utilização de *meios ilícitos* tem seus fundamentos na ausência de observância irrestrita do *devido processo* na admissão e produção da prova.

A enunciação de *licitude* no Direito Democrático consiste na admissão exclusiva de padrões de conduta juridicamente permitidos, proibidos ou devidos se essa *decisão* tiver sido construída no espaço processual constitucionalizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALBUQUERQUE, Leedsônia Campos Ranieri de. **O abuso do Direito no Processo de Conhecimento**. São Paulo: LTr, 2002.

ALEXANDRE, Isabel. **Provas Ilícitas em Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 1988.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações**. http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bugallo_n.29.pdf acesso em 15.07.2008.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2001.

BARROS, Roque Spencer Maciel de. **Razão e Racionalidade. Ensaios de Filosofia**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1993.

BAUDRILLARD, Jean. **O Sistema dos Objetos**. Tradução Zulmira Ribeiro Tavares. São Paulo: Perspectiva, 2008.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato: Teoria Geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Campinas: LZN Editora, 2003.

BEVILACQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: Red Livros,

2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal. Parte Geral.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos Ilícitos Civis.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BULOW, Oskar von. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais.** Campinas, LZN Editora, 2005.

BURGOA, Elena. **La Prueba Ilícita En el Proceso Penal Portugués.** Separata da Obra: *“Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa”* – Volume II. Lisboa: Almeida, 2008.

CANTO-SPERBER, Monique. **A inquietude moral e a vida humana. Tít. Orig. L'inquiétude morale et la vie humaine.** Tradução Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. **Teoria da Confiança e da Responsabilidade Civil.** Coimbra: Edições Almedina, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil.** Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bokseller, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil.** Volume 1. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CARPENA, Heloisa. **O abuso de direito no Código Civil de 2002. In A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional.** TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro, 2003, pgs. 377-396.

CARVALHO, Salo de. **Da Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitoria. In**

Fundamentos de História do Direito. WOLKMER, Antonio Carlos (org.) Belo Horizonte:Del Rey, 2005, p. 201-220.

Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL). <http://www.cnrtl.fr> (acesso em 2008)

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Volume I. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Para entender Kelsen.** São Paulo: Saraiva,2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. **O novo Código Civil e o seu completamento pela jurisprudência.** In ALVIM, Arruda *e tal* (COORD). **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil. Estudos em Homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 325-334.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DE LA TAILLE. Ives, **Moral e Ética: Dimensões Intelectuais e Afetivas.** Porto Alegre: Artmed, 2006.

DELIUS, Christoph. GATZEMEIER, Matthias. SERTCAN, Deniz. WUNSCHER, Kathleen. **História da Filosofia. Da Antiguidade aos dias de hoje.** Germany: Koneman, 2000.

DELLEPIANE, Antonio. **Nova Teoria da Prova.** Tradução da 5ª edição argentina por Erico Maciel. Campinas: Editora Minelli, 2004.

DELLEPIANE, Antonio. **Teoria da Prova.** Campinas: ME Editora e Distribuidora, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos**

Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.** São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** Tomo 1. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de La Prueba Judicial.** Buenos Aires: Victor P. De Zavalía Editor, 1974.

FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação Econômica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni Di Diritto Processuale.** 8ª ed. Padova: Cedam, 1996.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil: curso completo.** 8ª ed. rev. atual. ampl. De acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal. A nova parte geral.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O Fundamento de Validade do Direito. Kant e Kelsen.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no Processo.** Rio de Janeiro: Aide Ed., 2000.

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

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Liberdades Públicas e processo penal: as interceptações telefónicas.** 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal* . 7ª ed. São Paulo: RT, 2001.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade. Volume II.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESPANHA, Antonio Manoel. **O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje.** Coimbra: Almeida, 2007.

HESPANHA, Antonio Manoel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia.** 2ª ed. Portugal: Publicações Europa America, Ltda, 1998.

KELSEN, Hans. **¿Qué es un acto jurídico?**. Edição digital a partir de Isonomia: Revista de Teoria Y Filosofia del Derecho, num 4 (Abril 1996) pp. 65-76. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

KELSEN, Hans. **A Democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

KELSEN, Hans. **Una fundamentación de la sociología del derecho**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001. Edição Digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Num. 12(1992), pp. 213-256.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbknian, 1997.

LASSARD, Yves. **Histoire du droit dès obligations**. Disponível em : <http://www.upmf-grenoble.fr/Haiti/cours/intro.html> - acesso em 01.03.2008.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e Mercado Mundial. A Crise Jurídica das Economias Nacionais**. 2ª edição. São Paulo: Editora de Direito, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Volume V. São Paulo: IOB Thonsom, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Volume VI. Porto Alegre: Síntese, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada. Temática Processual e Reflexões Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 7ª ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume 1. Tocantins: Intellectus Editora, 2003.

MACIEL JR., Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas. As ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MAGALHÃES, Joseli Lima. **Da Recodificação do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. 6ª edição. Campinas: Bookseller, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARKI, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. volume 1. São Paulo: Forense, 1962.

MAZEAUD, Henri. MAZEAUD, Jean. MAZEAUD, Léon. CHABAS, François. **Leçons de droit civil**. Tome II, premier volume. Buenos Aires: Edition Montchrestien, 1997.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Lisboa: Almedina, 2007.

MESSUTI, Ana. **O Tempo como Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Lisboa: Ed. Estampa., 2005.

MICHELI, Gian Antonio. **La carga de La Prueba**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

MIRANDA, Francisco Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

MIRANDA, Francisco Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada. Dos princípios da prova em matéria criminal etc., de suas diversas aplicações na Alemanha, França, Inglaterra etc.** Tradução para o português por Herbert Wuntzel Heinrichi. 4ª edição. Campinas: Bookseller, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. 5ª. Edição revista e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1966.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. 39ª. Edição revista e atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Volumes I . Rio de Janeiro: Forense, 2002a.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Volumes I e II. Rio de Janeiro: Forense, 2002b.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. v.3: Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente.** In TEPEDINO, Gustavo (Coord.) **Problemas de Direito Civil-Constitucional.** Rio Janeiro: São Paulo, 2000. p.17-54.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Juridicional Democrático. Uma Análise Crítica das Reformas Processuais.** Curitiba: Juruá, 2008.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo.** Tradução, apresentação e notas por Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PAULSON, Stnaley L. **La Distinción entre Hecho y Valor: La Doctrina de los Dos Mundos y el Sentido Imanente. Hans Kelsen como Neokantiano.** Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Edição Digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Num. 26(2003), pp. 547-582.

PAULSON, Stnaley L. **La Distinción Entre Hecho Y Valor: La Doctrina de Los Dos Mundos Y El Sentido Inmanente. Hans Kelsen como neokantiano.** Puclicación Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Cuadernos de Filosofía Del Derecho. Num.26 (2003) pp. 547-582.

PEITIT, Paul. **História Antiga.** Trad. Pedro Moacyr Campos. São Paulo: Difel, 1976.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil.** Volume I. 19ª edição Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil.** Volume III. 11ª edição Revista e

atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos**. Volume I. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987.

POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos**. Volume 2. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento Objetivo: uma abordagem evolucionária**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl Raimund. **O Mito do Contexto. Em defesa da ciência e da racionalidade**. Lisboa: Edições 70, 1993.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações**. Tradução de Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001.

POUND, Roscoe. **Introdução à Filosofia do Direito**. Tradução Alvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1965.

REALE JR., Miguel. **Atinjuridicidade Concreta**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1974.

REALE JR., Miguel. **Teoria do delito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999a.

REALE, Miguel. **O Direito Como Experiência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999b.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição.** Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RICOEUR, Paul. **O Justo 2: justiça e verdade e outros estudos.** Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RIPERT, George. BOULANGER, Jean. **Tratado de Derecho Civil. Segun el Tratado de Planiol.** Tomo V. Obligaciones (2ª parte). Buenos Aires: La Ley, 1965.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano.** 2ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.** volume IV: arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, 1986

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil. Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos.** Volume I. 7ª edição revista e atualizada pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil – Volume I – Processo de Conhecimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Teoria Geral do Processo Civil.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Constituição do Brasil Integrada. De acordo com a Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional n. 45/2004).** São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed. rev. e atual.

São Paulo: Saraiva, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

TAVARES, Fernando Horta. **O Direito da União Européia: autonomia e princípios**. in TAVARES, Fernando Horta (Coord.) **Constituição, Direito e Processo. Princípios Constitucionais do Processo**. Curitiba: Juruá, 2007, pgs. 111-118.

TAVARES, Fernando Horta. **Tempo e Processo**. In **Urgências de Tutela. Processo Cautelar e Tutela Antecipada. Reflexões sobre a efetividade do Processo no Estado Democrático do Direito**. Curitiba: Juruá, 2007, pgs. 111-118.

TELLES JR., Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Tradução Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos Contratos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Da Ação Cível**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VILELLA, João Batista. **Do Fato ao Negócio: em busca da precisão conceitual**.

In DIA, Adahyl Lourenço *et all.* **Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro.** São Paulo: Saraiva, 1982, p. 251-266.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito. Definições e fins do direito. Os meios do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WARRAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. Epistemologia Jurídica da Modernidade.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995 (reimpressão 2002).

WIEAKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 2ª edição Revista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil.** 3ª edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.