

Notas acerca de um processo civil pragmático

Flávio Jaime de Moraes Jardim e
Paulo Frederico Rodrigues Paiva

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. A técnica da ponderação como parte do *iter* procedimental no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. 2.1. Considerações preliminares. 2.2. Juízo de ponderação e pragmatismo. 2.3. A norma processual civil: entre incidência e aplicação. 2.4. A inclinação pragmática na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a aplicação do direito constitucional. 2.5. Limites à lógica da aplicação no âmbito do direito processual civil. 3. Considerações finais.

1. Considerações preliminares

No Brasil, é comum a maior parte da sociedade ser surpreendida com a edição de uma nova lei, sem que sequer tenha tomado parte das discussões do projeto no âmbito do Congresso Nacional. O processo legislativo, embora público, na maioria das vezes, não é acompanhado de perto pelos mais diversos segmentos que, ao final, acabam afetados pela promulgação da nova norma legal.

A situação é mais sensível quando se encontra em debate o texto de um novo Código de Processo Civil. Trata-se da lei que rege a tramitação dos processos e estabelece os procedimentos que, em última análise, viabilizam o exercício efetivo dos direitos individuais.

É certo que o Anteprojeto tema deste estudo foi fruto de um processo elaborado

Flávio Jaime de Moraes Jardim é Mestre em Direito Americano pela Universidade de Boston, Procurador do Distrito Federal, advogado admitido no Third Judicial Department do Estado de Nova York, EUA, e integrante do Escritório de Advocacia Sérgio Bermudes.

Paulo Frederico Rodrigues Paiva é Professor Assistente de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

de discussões e exposições públicas – foram várias as audiências públicas sobre a nova disciplina processual civil, por todo o Brasil –, mas, uma vez divulgada a consolidação logicamente organizada da matéria, abre-se um novo estágio de reflexão sobre a sistemática processual que nos vai reger doravante.

Nesse sentido, é preciso afirmar que cumpre à comunidade jurídica examinar atentamente o texto proposto e submetê-lo a um debate público racional, que inclusive deverá abranger o seu cotejo com o texto constitucional.

O escopo do presente trabalho é justamente chamar a atenção para uma das inovações mais significativas do novo Código de Processo Civil: a preocupação primordial com a ponderação de interesses¹.

Embora a ponderação de interesses constitucionais já esteja consagrada no direito constitucional, a sua explícita adoção, no âmbito de uma lei processual civil, particularmente em determinadas hipóteses, requer, quando menos, uma acurada análise teórica, com vistas a aferir sua compatibilidade com níveis mínimos de segurança que, assim como a efetividade, é uma das condições de subsistência do devido processo legal.

Cabe lembrar as palavras do Ministro Gilmar Mendes no sentido de que “é a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual – aqui merece destaque a proteção judicial efetiva – que permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial!”².

¹ Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: “Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência”. Observe-se, ademais, o parágrafo único do art. 257, destinado, é de se esperar, às mais vivas polêmicas: “A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação de princípios e dos direitos fundamentais envolvidos”.

² STF, Ext n. 986, Rel. Min. Eros Grau, DJ 5.10.2007. Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes.

2. A técnica da ponderação como parte do iter procedimental no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil

2.1. Considerações preliminares

Lido como um todo orgânico, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil revela esforços notáveis para, ao mesmo tempo, garantir o alcance célere e eficaz do fim dos processos³ e torná-los mais seguros e abertos à atuação de tantos quantos forem titulares dos interesses a serem atingidos com a decisão judicial⁴.

³ Nesse sentido pode-se referir a disposição segundo a qual “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução da lide, incluída a atividade satisfativa” (art. 4º). Os esforços por manter, com vistas à utilidade do processo, os atos conduzidos por juiz incompetente (art. 28 e parágrafo único e, principalmente, art. 49, § 3º, que dispõe: “Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos das decisões proferidas pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”). A previsão da universal e recíproca colaboração entre os órgãos de jurisdição (arts. 52 a 54). A pléiade de dispositivos que, de maneira enérgica, buscam coibir a conduta processual protelatória (art. 66, § 1º; art. 69, incs. IV, VI e VII; art. 70, § 2º; art. 73, §§ 6º e 7º XXX). As incumbências enfeixadas na figura do juiz (art. 107, incs. I, II, IV, V, VI, VII, VIII e IX), entre elas a que lhe faculta considerar válido o ato que, ainda que não atendida a forma prescrita em lei, alcançar sua finalidade (art. 240), aquela outra, em que fica autorizado a utilizar “prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório” (art. 260) e, ainda, a que lhe autoriza a, “considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridade do fato a ser provado”, “distribuir de modo diverso o ônus da prova” (art. 262). Some-se, por fim, a todas as disposições referidas, a disciplina do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 895 a 906 e 953 a 956).

⁴ Acerca desse aspecto do Anteprojeto, devem ser referidas as seguintes disposições: art. 5º, segundo o qual as “partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”, e os arts. 320 e 847, § 2º. Em disposições análogas aos arts. 9º, § 1º, da Lei 9.868/99 e 6º, § 1º, da Lei 9.882/99, assentou o Anteprojeto, no art. 320, que o “juiz ou relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecurável, de ofício ou a requerimento das

Como exsurge evidente da leitura do texto apresentado, são diversas as hipóteses em que o juiz é induzido a prolatar decisões que, levados em conta os parâmetros civilizatórios estabelecidos no texto constitucional, maximizem a eficácia e a capacidade de pacificação social, inerentes ao processo.

Exemplificativamente, podem ser listados os seguintes artigos, os quais tornam extrema de dúvidas a inclusão, na nova disciplina processual, do juízo de ponderação, como parte do *iter* decisório por qual deve passar o juiz:

“Art. 257. As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz.

Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos⁵.

Art. 472. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa.

Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das

partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada” e, no art. 847, § 2º, que “os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria”.

⁵ Grifou-se.

peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes.

Art. 944.

[...]

§ 2º Quando o recurso tempestivo for inadmissível por defeito formal que não se repute grave, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderar o vício e julgar o mérito de casos repetitivos ou sempre que a decisão da questão de mérito contribua para o aperfeiçoamento do sistema jurídico.”

É possível observar, assim, que um importante instituto do processo constitucional contemporâneo⁶ foi incorporado pela nova disciplina processual civil ordenada no Anteprojeto. Poder-se-ia dizer, a esse respeito, que se tem proposto um processo civil eminentemente instrumental, e, portanto, primordialmente pragmático. Veja-se que, para Robert Summers (1981, p. 863), Professor da Faculdade de Direito de Cornell, “a visão do direito como instrumento é imediatamente pragmática”.

Cumprido examinar, contudo, se as normas processuais – assim como as normas constitucionais – são passíveis de um deslinde hermenêutico que empresta atenção e importância, principalmente, à *área* e não ao *programa* das normas jurídicas.

2.2. Juízo de ponderação e pragmatismo

Como se delineou acima, ainda que desafie as primeiras noções que a intuição

⁶ Ainda que seja levada em conta sua origem no direito administrativo alemão, o juízo de ponderação tem sido considerado uma via privilegiada para a flexibilização da lógica substantiva com que foi posta em ato a ideia de Estado de direito, daí ter-se falado, a seu respeito, em um “princípio transversal” (MOOR, 2001, p. 319). De outra sorte, logrou converter-se, ao longo dos anos, em instrumento igualmente adequado ao controle da atividade legislativa e composição entre interesses fundamentais conflitantes, de molde que seus desenvolvimentos dentro da literatura constitucionalista contemporânea têm razões funcionais bastante evidentes.

apresenta ao raciocínio, impõe reconhecer que, integrando o juízo de ponderação ao afazer processual do juiz civil, o Anteprojeto se insere em um campo teórico eminentemente pragmático.

O apoio que a literatura especializada empresta à ideia segundo a qual o juízo de ponderação vincula-se, imediatamente, a posturas realistas e pragmáticas parece bastante sólido.

Esta é a visão de Ann Woolhandler (1988, p. 115-116), Professora da Faculdade de Direito da Universidade da Virgínia, para quem “a aplicação lógico-doutrinária dessa visão pragmática do direito [...] é o juízo de ponderação (*balancing*)”.

A ponderação judicial de interesses, nos Estados Unidos, encontra suas raízes nos autores realistas da virada do século. Holmes e Pound são prova dessa assertiva. Em 1897, o primeiro afirmou que, diante do “presente estado da economia política”, a Suprema Corte é intimada a “considerar e ponderar os objetivos da legislação, os meios dispostos para alcançá-los e o seu custo” (HOLMES, 2007, p. 195).

“Talvez o avanço mais importante da moderna ciência jurídica – destacou Pound (1919, p. 441) – seja a mudança da atitude analítica para a funcional”. E, em outro estudo, asseverou que a ênfase havia mudado “do conteúdo do preceito e existência de um remédio” para “o efeito do preceito em sua aplicação e a viabilidade e eficiência do remédio para se alcançar o objetivo ao qual se destina” (POUND, 1908, p. 603).

Paulo Branco (2009, p. 90-91) parece ter sido quem mais claramente expôs a existência dessa relação no âmbito da cultura jurídica norteamericana:

“O juízo de balanço passou a enxergar a lei como um meio para um propósito, exigindo o escrutínio dos interesses sociais em jogo, quando se estivesse diante de um conflito constitucional. Desse modo, as mudanças no mundo real poderiam encontrar espelho na evolução da

doutrina constitucional, permitindo flexibilidade sem compromisso da legitimidade formal das decisões cambiantes. Todo um ambiente intelectual propiciava a guinada para a abordagem da ponderação. A filosofia do pragmatismo, com Willian James e John Dewey, reconhecendo limites à lógica e portando a mensagem de relativização da verdade, dava escora para visão dinâmica, funcional e experimental do Direito. No campo da ciência política, era ensinado que a lei e a política são o resultado da competição de interesses, enquanto o pensamento econômico se aprofundava na análise de custos e benefícios. A aceitação do método do balanço de interesses, com vistas a melhor atingir o fim social buscado pela norma, harmonizava-se, portanto, com o clima intelectual que se vivia.”

Como se pode observar, a relação entre ponderação e pragmatismo parece ser, ao menos nos Estados Unidos, um ponto de rara quietude doutrinária, para o qual confluem defensores e detratores da prática. Entre esses, Hashimoto (1997, p. 123) afirmou:

“Em uma Era de ponderação pragmática, um realista pode advogar que uma regra mude quando seja revelado empiricamente que não leva a consecução de seus objetivos, que pode causar danos ou que uma outra regra poderá melhor servir aos resultados desejáveis.”

Ao contrário, considerando a ponderação pragmática uma opção válida, pode-se referir à opinião de Richard Posner. Tratando da colisão entre liberdade e segurança, questão jurídica que se tornou premente após o 11/9, o Professor da Universidade de Chicago atestou que o procedimento tem sido “basicamente pragmático”. O escopo dos direitos estaria sendo determinado, no bojo da interação entre texto

e interpretação, pela “ponderação judicial dos interesses em jogo”. “Ambos são importantes – concluiu o autor –, mas sua relativa importância varia de tempos em tempos, de uma situação para outra e, por isso, a lei precisa ser flexível” (POSNER, 2005, p. 296).

No quanto pode ser resumido em um parágrafo, o juízo de ponderação (*balancing*) é nestes termos conduzido pela Suprema Corte norte-americana:

“A Corte tem interpretado ‘razoabilidade’ como a exigência de que se pondere a força do interesse governamental que dá suporte ao ato contra a natureza e o grau da intrusão na privacidade, liberdade e propriedade dos cidadãos (*omissis*). Quando as cortes evocam a ponderação como controle da razoabilidade (*reasonableness balancing*), elas examinam uma série de fatores (*omissis*). Alguns fatores levados em conta refletem o controle tanto dos objetivos quanto dos meios e meios alternativos – como no princípio da proporcionalidade. Considerações acerca do perigo acarretado pela medida, de perigos substitutos, e de outros limites à discricionariedade com que é exercido o poder de polícia” (SULLIVAN; FRASE, 2009, p. 97-98).

No mesmo sentido, ao analisar a jurisprudência da Corte Europeia de Justiça, Tridimas afirmou que “a decisão com fundamento na proporcionalidade pode ser vista como a celebração do relativismo judicial”. E concluiu que “a aplicação do princípio é melhor encapsulada no *dictum*: ‘em direito, o contexto é tudo’” (TRIDIMAS, 2006, p. 173).

Na França, quando se trata de equilibrar, por meio do princípio da proporcionalidade, as restrições aos direitos fundamentais, a literatura tem afirmado que tal equilíbrio é evidentemente variável em função da extensão real das restrições em elementos “tão sujeitos à evolução” (GOESEL-LE BIHAN, 2004, p. 1).

Afirmou-se, ademais, que a ponderação revela-se como condição da proteção dos direitos e liberdades constitucionais, e que “a liberdade individual *lato sensu* parece conhecer uma nova evolução, que consiste nas manifestações mais importantes do realismo dos juizes constitucionais” (GOESEL-LE BIHAN, 2004, p. 6).

Quanto ao papel que o princípio opera no sistema italiano, Ruggeri (2002) afirmou que esse é “o único e verdadeiro fator de fechamento do ordenamento”, por tornar “flexível o material normativo forjado rigidamente”.

2.3. A norma processual civil: entre incidência e aplicação

Como é fácil observar, o juízo de ponderação, tal como integrado à hermenêutica dos textos constitucionais, exerce a função de flexibilizar as opções de escolha do juiz, sempre em atenção ao aspecto material e à eficácia concreta da aplicação da Constituição, ou, em outras palavras, em atenção à finalidade constitucional.

Isso, contudo, como se passa a demonstrar, importará verdadeira, e manifesta, substituição da lógica da incidência⁷ – com que intuitivamente se busca compreender a legislação processual civil – pela lógica da aplicação das disposições processuais. Sem desvios, tal substituição resulta na hipertrofia do papel do juiz e em sua possibilidade

⁷ Note-se a referência do parágrafo único do art. 472 do Anteprojeto: “Art. 472. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa. *Parágrafo único.* Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes”. Tais normas não podem ser consideradas suportes fáticos hipotéticos (Pontes de Miranda) aptos a incidir. Tal espécie de norma apenas ganha operacionalidade mediante a aplicação.

de flexibilizar a norma instrumental em atenção à efetividade empírica que se busca com o processo.

Destaque-se, uma vez mais, o dispositivo do Anteprojeto que se apresenta como mais evidentemente representativo dessa orientação:

“Art. 257.

[...]

Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos⁸.”

Neste ponto, cumpre realizar uma digressão teórica de molde a justificar e esclarecer tais afirmativas.

A palavra positivismo não significa a mesma coisa quando referida a Pontes de Miranda e a Kelsen.

Enquanto no pensamento de Kelsen o positivo é alcançado com a separação radical entre *ser* e *dever ser*, em razão do que é necessário se estabelecer, posteriormente, uma teoria do encontro entre essas duas dimensões, ou seja, uma teoria da aplicação; a reflexão de Pontes de Miranda é caracterizada por uma radical negação da cisão entre o natural e o cultural, dado ser o direito visto como fenômeno natural, como física social:

“A regra jurídica foi a criação mais eficiente do homem para submeter o mundo social e, pois, os homens, às mesmas ordenação e coordenação, a que ele, como parte do mundo físico, se submete. Mais eficiente exatamente porque foi a técnica que mais de perto copiou a mecânica das leis físicas (MIRANDA, 1999, p. 55)”.

Não há relação entre direito e fato qualificadas como duas grandezas independentes, o direito é manifestação da facticidade social (MIRANDA, 1999, p. 49).

Mediante o emprego das palavras que compõem as regras jurídicas, veiculam-se

conceitos (suporte fático hipotético – ao qual está vinculado o preceito abstrato), os quais incidirão sobre os suportes fáticos reais, fatos sociais que se haviam, antes, tornado direito (a lei expressa o direito), de forma natural e automática.

A incidência em Pontes de Miranda independe de aplicador, porque não há aplicação – aqui a regra jurídica é descritiva, nega-se o *Se F, deve ser R*, mas, agora, afirma-se: *Se F, R*.

Quando o suporte fático real – a ocorrência na realidade – enquadra-se, ou seja, quando é composto dos elementos estampados no suporte fático hipotético, a lei incide, tão naturalmente quanto qualquer fenômeno de natureza causal: “a incidência das regras jurídicas não falha; o que falha é o atendimento a ela” (MIRANDA, 1973, p. 384).

É exatamente por criar a distinção entre *ser* e *dever ser*, exatamente por afastar fato e direito, que Kelsen não raciocina no sentido da incidência, e sim no da aplicação, dado que aplicar não significa outra coisa senão criar norma a partir de norma superior. A oposição entre as duas teorias do direito, e suas implicações para o campo do direito processual civil, exsurtem evidentes do trecho abaixo:

“O processo como todo é o que primeiro se tem de considerar, se se quer estudar, na sistemática do direito, o que é processo. Naturalmente, não se pode aceitar a concepção da sentença como *lex specialis*, que concretize a *lex generalis* das regras de direito material; nem, sequer, como ‘vontade concreta da lei’, à maneira de Giuseppe Chiovenda. O que faz a sentença continuar a lei é a unicidade da fonte (estatais ambas) e o serem ambas acontecimentos jurídicos, fatos da vida jurídica do grupo social. Qualquer concepção que vá mais longe peca por ignorância da distinção entre incidência e aplicação (*omissis*) O fim do processo foi principalmente

⁸ Grifou-se.

o de pacificar; tornou-se, depois, mais o de realização do direito objetivo. Isso não quer dizer que o processo tenha de ser aquela pacificação ou essa realização. A confusão entre ser e fim leva à afirmação dos formalistas, como Hans Kelsen, de 'só' se poder conhecer a essência pelo fim. Ora, o fim, se conhecemos bem o processo, é estranho ao direito processual, pelo menos em sua estrutura; o fim é pré-processual e depende de certas regras dirigidas ao juiz sobre interpretação e aplicação das leis, regras que ninguém poria no processo. O direito processual é meio, técnica; os fins, esses, pertencem ao direito público, mais ao direito constitucional que a qualquer outro ramo (*omissis*) aplicação e processo não são coextensivos" (MIRANDA, 1997, p. xvii-xviii).

A ruptura do Anteprojeto com essa maneira de entender o processo é manifesta em seus primeiros artigos:

"Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência."

Dessa forma, impressiona a circunstância de tal dispositivo estar inserto não em uma lei de introdução ao Código Civil, mas, sim, no capítulo introdutório do novo Código de Processo Civil. Assim, pelo que se pode ler, pretendem os autores do Anteprojeto que, ao aplicar a lei *processual*, o juiz atenda aos fins ali estampados.

De fato, não surgem evidentes, de outra parte, quais distinções existem entre o raciocínio levado a cabo pelo juiz constitucional e o que deve conduzir a observância, pelo juiz ordinário, do rito processual que ele deveria apenas declarar, e não constituir, a cada momento, "à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais

envolvidos" (art. 257, parágrafo único do Anteprojeto).

O que parece surgir do Anteprojeto é um novo paradigma, em que a racionalidade do direito processual não se reduz mais a um modelo de regulação global, abstrata e previsível, mas opera, em diversas oportunidades, a partir de uma normatividade particular, concreta e aleatória, esta última no sentido de sua determinação circunstancial.

Esse paradigma, que, como se buscará demonstrar abaixo, já se apresenta claramente dominante na operação do processo de controle de constitucionalidade, foi, de forma bastante ampla, transferido para o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Até onde pode ser este novo processo civil resumido em uma sentença: "*há uma nova função do juiz – do silogismo à ponderação de interesses*" (COMPERNOLLE, 1998, p. 495)⁹.

2.4. A inclinação pragmática na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a aplicação do direito constitucional

Parece ser possível concluir que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre interpretação do direito constitucional dá amplo suporte para esse instrumentalismo pragmático estampado no Anteprojeto.

No julgamento dos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.601/DF, o Ministro Dias Toffoli assentou que se faz necessário ampliar "o objeto de interpretação das normas em face da Carta Magna, ultrapassando-se a análise do ato legal frente à norma constitucional

⁹ Observe-se, em apoio ao quanto se argumentou, o seguinte dispositivo do Anteprojeto: "Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte (*omissis*) V - na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica".

parâmetro, para contemplar, ainda, os efeitos produzidos pela norma questionada frente outras normas igualmente constitucionais”¹⁰.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constituição, tem o dever de zelar pela máxima efetividade do texto constitucional, o que ultrapassa a declaração de inconstitucionalidade, alcançando toda a unidade normativa da Lei Fundamental¹¹.

As palavras do Ministro Dias Toffoli, proferidas num julgamento em que se debatia a possibilidade de modulação dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, revelam a visão de que até mesmo o princípio da nulidade da lei inconstitucional se apresenta como relativo no ordenamento, devendo ser sopesado com os demais interesses constitucionais, sobretudo os da segurança jurídica e do excepcional interesse social. Em termos concordes com a linguagem que se emprega neste estudo, o que se está a afirmar é: a Constituição deve ser aplicada pela Suprema Corte.

Para Toffoli, a máxima efetividade da Constituição impõe ultrapassar a análise do ato legal perante a norma constitucional parâmetro, para contemplar, ainda, os efeitos produzidos pela norma questionada diante de outras normas igualmente constitucionais. Ou seja, para o Ministro, a tentativa de achar um critério objetivo de justiça e moralidade – a nulidade da lei inconstitucional como regra – pode vir a ser falha, sendo que o conteúdo da Constituição, o qual alberga, implicitamente, o referido princípio, apenas pode ser identificado tendo em conta os efeitos produzidos pela norma questionada.

O Ministro Eros Grau parece ter um pensamento similar sobre a interpretação constitucional. É que, para o magistrado, “o fenômeno jurídico não é uma questão

científica, porém uma questão política; e, de outra parte, a aplicação do direito é uma prudência, e não uma ciência” (GRAU, 2008, p. 35).

O direito não é uma ciência, pois nele não há possibilidade de se definir uma solução exata, senão sempre um elenco de soluções corretas (GRAU, 2008, p. 38). A partir dessas soluções, deve o intérprete, por prudência, ou seja, por uma razão intuitiva – exercida a partir de sua formação cultural e ideológica –, que não discerne o exato, porém o correto, aplicar a norma ao caso concreto (GRAU, 2008, p. 40).

Grau é um positivista e enxerga a atividade judicante à luz da concepção kelseniana. O campo de atuação da prudência do magistrado, o qual envolve o exame do texto e os elementos da realidade, para ele, é inerente à ideia de aplicação do direito.

Dá prova jurisdicional dessa convicção o voto proferido pelo Ministro, por ocasião do julgamento da ADPF 153, em que se discutia a recepção da Lei de Anistia:

“A interpretação do direito tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão (*omissis*) A interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis [= do direito] no mundo do ser [= mundo da vida]. Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto de redação do texto. Interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

contingencial o singular. As normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto textos, enunciados, disposições, não dizem nada: elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem”¹².

Essa orientação, estampada nas passagens acima transcritas, está, em grande medida, de acordo com o que se pode compreender como pragmatismo jurídico.

Para comprovar essa assertiva, cabe conferir os ensinamentos dos Professores Neozelandeses Duncan Webb, Katherine Sanders e Paul Scott (WEBB, 2010, p. 22-23):

“Um juiz pragmatista está mais interessado em alcançar uma ‘boa’ decisão do que seguir regras preexistentes. Um juiz pragmático olhará primordialmente para as consequências da decisão. Se a consequência de uma particular decisão for boa no sentido de que incentiva um comportamento benéfico no futuro ou evita uma crise, o juiz decidirá naquele sentido. Um famoso exemplo é a defesa de Posner no julgado da Suprema Corte Americana *Bush v. Gore*, que interrompeu a recontagem dos votos na eleição presidencial do ano 2000 na Flórida. Posner defendeu a decisão, mas não os seus fundamentos. Pelo contrário, ele argumentou que a decisão era ‘boa’ pois ela afastou uma crise constitucional que teria causado um caos político. As consequências também são relevantes para o juiz pragmatista na interpretação de diplomas legais. Ele ou ela está primordialmente interessado nos objetivos da lei e nas consequências das diversas interpretações possíveis. Estas são mais importantes do que a interpretação literal do texto. O juiz pragmatista, levando em consideração as consequências, assegurará que a interpretação

que adota está consistente com o propósito do diploma legal.”

Stephen Breyer (2010, p. xiii), membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, expressamente defende a adoção da técnica do pragmatismo na interpretação constitucional:

“A chave reside na habilidade da Suprema Corte de aplicar os duradouros valores constitucionais a circunstâncias em mutação. Ao proceder a essa tarefa interpretativa, deve a Corte, de forma ponderada, se valer de técnicas interpretativas a serviço de uma abordagem pragmática de interpretação da lei. Deve entender que as suas ações geram consequências no mundo real. Deve reconhecer e respeitar as funções dos outros Poderes. Levando em conta a sua experiência e *expertise*, bem como a das outras instituições, a Corte pode auxiliar o direito a ser mais efetivo e, em consequência, atingir o objetivo básico da Constituição de criar um governo democrático e viável.”

Porém, um ponto chave é ressaltado pelos autores neozelandeses sobre o pragmatismo: “Qualquer que seja a validade da técnica do pragmatismo, esta não leva a uma grande certeza na aplicação da lei” (WEBB, 2010, p. 23).

O entendimento positivista de Eros Grau, de certa forma, ainda que restrito à atuação dentro do ordenamento, também afasta essa certeza, até por reconhecer que não há uma única resposta correta na aplicação dos direitos.

Podem ser citados vários outros precedentes em que a nossa Suprema Corte adotou uma postura pragmática na interpretação constitucional, inclusive em âmbito processual.

No julgamento da Petição n. 3.388/RR, mediante a qual se concluiu pela legitimidade do procedimento de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol,

¹² STF, ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 06.08.2010.

por exemplo, o Ministro Marco Aurélio suscitou, em questão de ordem, diversas nulidades de cunho procedimental, as quais foram rejeitadas pelo Tribunal Pleno.

Segundo Marco Aurélio, a ação popular era nula pois, entre outras razões, (a) o Presidente da República não fora citado para contestar o feito, o que é imprescindível nos termos da Lei n. 4.717/1965; (b) os Estados de Roraima e os Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia, os entes públicos prejudicados pela demarcação, não integraram a lide na qualidade de litisconsortes passivos necessários e não puderam produzir provas; (c) o Ministério Público não fora intimado para intervir oportunamente no feito; e, (d) no voto do Ministro Direito, ficou consignado ter o magistrado requerido a elaboração de mapas à FUNAI, o que não foi submetido ao contraditório das partes.

O Ministro Menezes Direito, que pediu vista e elaborou substancial voto no processo, assentou que, numa ação popular de competência originária do STF, dada a existência de um conflito federativo, “os requisitos e regras que devem ser normalmente observados no rito da Lei n. 4.717/65 somente ganham sentido se compatíveis com as finalidades da competência originária, ou seja, com a solução do conflito”¹³.

Dessa forma, requisitos processuais básicos e que, se inobservados, gerariam a nulidade de qualquer processo de ação popular, no âmbito do STF, não foram seguidos, cedendo lugar a objetivo outro determinado pela Corte mediante técnica de ponderação implícita.

Talvez a posição do Supremo tenha sido determinada em função da necessidade de se conferir uma solução final aos processos demarcatórios, os quais contrariavam interesses de ocupantes não índios da área, e do longo período que já havia transcorrido desde a promulgação da Carta, sem que uma solução tivesse sido dada ao processo demar-

catório, que, nos termos do art. 67 do ADCT, deveria ter sido encerrado no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Carta.

Mas não restam dúvidas de que a opção de se inobservar garantias e procedimentos básicos em detrimento de um deslinde mais célere do feito envolve uma opção pragmática, a qual, na visão destes autores, foi feita pelo STF no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Outro exemplo se deu com a apreciação do RE n. 556.664/RS, em que o Plenário definiu a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/91. Os referidos preceitos versaram temas relativos à prescrição e à decadência tributárias, que, por se tratarem de normas gerais de direito tributário, têm a disciplina reservada à lei complementar¹⁴.

¹⁴ EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

¹³ STF, Pet n. 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 25.9.2009.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter concluído pela inconstitucionalidade dos dispositivos, considerou legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos preceitos legais que não foram impugnados antes da data de conclusão daquele julgamento.

Em outras palavras, o STF assentou que teria direito a repetir o indébito recolhido no prazo inconstitucional apenas aquele contribuinte que houvesse ajuizado a ação de repetição antes da data de conclusão do julgamento. Assim o fez por entender que, se todos os contribuintes que arcaram com a exação propusessem demandas, a saúde financeira do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS ficaria comprometida.

É fácil identificar, no precedente, uma opção pragmatista da Corte. Veja-se que não há qualquer norma no ordenamento jurídico que impeça um contribuinte de repetir um indébito tributário inconstitucional. Contudo, o STF, de forma a evitar um colapso financeiro do INSS, optou por criá-la, constituiu-a – nas palavras do Ministro Eros –, no julgamento. Assim, contribuintes que não ingressaram com ações antes da apreciação do caso não tiveram direito à devolução dos valores indevidamente recolhidos. Contribuintes que ingressaram, por outro lado, tiveram as demandas julgadas procedentes.

Cumpra observar que tais opções pragmaticamente orientadas em nada conflitam com o positivismo kelseniano. Apenas o que vemos em operação é uma teoria da aplicação do direito que deixa ao aplicador

Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (RE 556664, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886).

o juízo sobre qual das normas extraíveis do parâmetro jurídico superior é a mais adequada e melhor atende ao equilíbrio entre os interesses em conflito. Para espanto dos que o querem ler como um pensador idealista, foi o próprio Kelsen quem o afirmou: “Do ponto de vista racional, apenas existem interesses humanos, e, logo, conflitos de interesses. Para resolvê-los, apenas existem dois métodos: o primeiro, satisfazer um às expensas de outro, ou engendrar um compromisso entre eles. E não é possível provar que uma solução, e não outra, é justa” (2000, p. 84).

Daí, inclusive, ter Posner (2005, p. 251) afirmado que “o positivismo de Kelsen é o lado jurídico do pragmatismo liberal”.

Como se pode observar, a tendência instrumentalista consolidada no Anteprojeto está em consonância com a orientação que se pode colher de uma série de decisões de nossa Suprema Corte sobre questões constitucionais, decisões que, ademais, encontram amplo supedâneo teórico no qual se apoiar. Mas isso não ajuda a decidir se essa postura pragmática é adequada à operação da disciplina processual civil.

2.5. Limites à lógica da aplicação no âmbito do direito processual civil

Ainda que sejam muitos os elementos que concorrem para apoiar a opção pragmatista pelo alargamento do quadro em que o juiz aplica – *i.e.* cria a norma processual individual – o direito processual, permanece viável o estabelecimento de limites à lógica da aplicação no âmbito da disciplina de ritos.

Em termos surpreendentemente similares aos empregados por Kelsen¹⁵, Müller (1999, p. 47) escreveu que o texto normativo

¹⁵ De fato, a ideia de “moldura da norma geral”, presente nos textos de Hans Kelsen (2003, p. 291), e aquela de “espaços normativos” [*normative Spielräume*], veiculada por Müller (1999, p. 44), parecem remeter a um mesmo fenômeno.

“dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito de seu quadro”.

Estar-se-ia a estabelecer, como se vê, um “postulado da adequação material [*Sachgerechtigkeit*]”, uma etapa “da concretização material de prescrições jurídicas e da inclusão dos elementos materiais de normatividade na concretização” (MÜLLER, 1999, p. 55).

Quanto às normas de processo civil, cumpre, contudo, perguntar: quais são os elementos materiais que devem ser levados em conta na aplicação?

De fato, sempre se almejou compreender as normas processuais como juízos hipotéticos isoláveis de qualquer âmbito empírico de aplicação. Daí a preocupação pragmática com a área de realidade ligada à norma jurídica parecer, de todo, estranha à operação do processo.

Cumpre frisar que é exatamente esse aspecto não material das normas processuais que autoriza a aplicação imediata destas a processos já em curso.

Ao contrário, as normas constitucionais apresentam-se como compostas de elementos normativos e elementos “empíricos do nexó de aplicação e fundamentação do direito que decide o caso no processo de aplicação prática do direito”. Essas duas dimensões das normas constitucionais seriam, nesse sentido e na dicção de Müller, “multiplamente interdependentes e com isso produtoras de um efeito normativo de grau hierárquico igual”: “No âmbito do processo efetivo de concretização prática do direito, ‘direito’ e ‘realidade’ não são grandezas que subsistem autonomamente e por si” (MÜLLER, 1999, p. 49).

Ao prosseguir na exposição de sua metódica estruturante – e sempre em atenção à materialidade ínsita às normas constitucionais –, Müller afirmou que a aplicação do direito impõe “a análise do âmbito da norma” e o sopesamento “dos elementos do conjunto de fatos destacados como rele-

vantes no processo de concretização por via de detalhamentos recíprocos” (MÜLLER, 1999, p. 60).

A área da norma (ou âmbito da norma), segundo o autor, “é a estrutura básica do segmento da realidade que o programa da norma ‘escolheu para si’ como ‘sua’ área de regulamentação” (MÜLLER, 1995, p. 42).

Refira-se que a distinção entre programa da norma e área (ou âmbito) da norma consubstancia-se em uma das maiores contribuições de Müller (1999, p. 49-50) para a teoria do direito e para a metódica da aplicação das normas jurídicas:

“O âmbito da norma não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos. Ele é parte integrante material da própria prescrição jurídica. Da totalidade dos dados afetados por uma prescrição, do “âmbito material”, o programa da norma destaca o âmbito da norma como componente da hipótese legal normativa [*Normativtatbestand*]. O âmbito da norma é um fator co-constitutivo da normatividade. Ele não é uma soma de fatos, mas um nexó formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma e estão via de regra conformação jurídica do âmbito da norma transcende a mera facticidade de um recorte da realidade extrajurídica. Ele não é interpretável no sentido de uma ‘força normativa do fático’. Com isso a norma jurídica prova ser um modelo de ordem materialmente caracterizado [*sachgeprägtes Ordnungsmodell*], esboço vinculante de um ordenamento parcial da comunidade jurídica que representa o enunciado jurídico em linguagem e na qual os fatores ordenante e ordenado necessariamente formam uma unidade e se complementam e reforçam reciprocamente de forma incondicional na práxis

da realização do direito. Uma regra jurídica produz o esboço vinculante de uma ordem materialmente caracterizada, que no entanto não se dissolve no fato dela ser materialmente determinada [*Sachgegebenheit*]. O âmbito da norma entra no horizonte visual da norma jurídica bem como da norma da decisão unicamente no enfoque indagativo determinado pelo programa da norma. Legislação, administração e tribunais que tratam na prática o âmbito da norma como normativo não sucumbem a nenhuma normatividade apócrifa do fáctico. O Tribunal Constitucional Federal (alemão) voltou-se com razão contra a acusação de que tal procedimento decorreria de um ‘sociologismo’ ou de que ele teria se devotado a uma metódica ‘não-jurídica’.

É importante notar que, ao introduzir o juízo de ponderação no âmbito da disciplina processual, submetendo-o à lógica da aplicação, o Anteprojeto postula a existência de um âmbito (ou área) da norma processual, em atenção ao qual o juiz está autorizado a flexibilizar a condução do processo.

Esse passo ulterior dado pelo Anteprojeto, não obstante, deve ser compreendido em consonância com o fato de a norma processual possuir um âmbito de regulação dificilmente perceptível ou, de qualquer modo, apenas distinguível do seu programa formal a partir de esforços não delineados com clareza pelo direito.

Essa peculiaridade das normas processuais, que as extremam daquelas que compõem o plexo normativo-constitucional, foi exposta com clareza por Müller (1999, p. 50-51):

“Em prescrições referentes à forma, em normas processuais ou organizacionais, em prescrições de remissão [*Verweisungsvorschriften*], definições legais [*Legaldefinitionen*] e em regulamentações com enunciado

jusdogmático-conceitual numérica ou individualmente determinado, os âmbitos das normas desaparecem por trás dos programas das normas. Quase nunca fornecem à práxis pontos de vista adicionais para a concretização. Mas quanto mais materialmente vinculada for uma norma, quanto mais partes integrantes não-geradas pelo direito contiver o seu âmbito da norma, tanto mais a sua implementação carecerá dos resultados de análises do âmbito da norma. No caso de prescrições de direito constitucional, os âmbitos da norma frequentemente são fecundos e possuem um peso decisivo para a concretização”.

O juízo de ponderação, seguindo essa forma de raciocínio, nada mais seria que o instrumento teórico com qual percorrer o espaço que medeia *programa* da norma e *área* da norma, espaço que, nas normas de direito processual, precisará ser delineado de forma precisa e controlável, exatamente em face de sua difícil identificação. Quais elementos de realidade presentes na área da norma, por exemplo, indicarão que “provas obtidas por meio ilícito” deverão ser admitidas como válidas?

A toda evidência, a ponderação prevista no art. 257, parágrafo único, do Anteprojeto não se fará em um âmbito meramente textual, visto não se tratar de considerar admissível a prova ilícita em face desta ou daquela interpretação de um princípio ou direito fundamental.

Do que se cuida é da aferição (ou previsão, prognose) de danos concretos a princípios e direitos fundamentais que podem derivar da inadmissibilidade da prova colhida por meio ilícito. Em outras palavras, os motivos que, eventualmente, justificariam a admissibilidade da prova – os quais, se admissíveis, devem ser excepcionalíssimos – devem ser auferidos na área da norma, e não a partir da construção retórica do significado de preceitos fundamentais.

Cumpra chamar atenção para o fato de a jurisprudência do STF ter orientação sendimentada no sentido de que “a ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilícitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do ‘*due process of law*’”¹⁶.

O caso relatado pelo Ministro Celso de Mello dizia respeito à apreensão de livros contábeis e documentos fiscais realizada, em escritório de contabilidade, por agentes fazendários e policiais federais sem mandado judicial. A partir da prova obtida, o Ministério Público iniciou a persecução penal, por ter constado a possível existência de ilícitos tributários.

Confira-se o que assentado pelo Ministro Celso de Mello, sobre o tema, na ementa do acórdão:

“ILICITUDE DA PROVA - INADMISIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilícitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do ‘*due process of law*’, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A ‘*Exclusionary Rule*’ consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede

processual penal. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do ‘*male captum, bene retentum*’. Doutrina. Precedentes. - A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. - Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros”.

Cumpra, ainda, verificar as palavras empregadas pelo Ministro Celso de Mello no corpo de seu voto, por meio das quais veementemente repele o uso das provas ilícitas:

¹⁶ STF - Segunda Turma - HC n. 93.050/RJ - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 1.8.2008.

“A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. A prova ilícita, qualificando-se como providência instrutória repelida pelo ordenamento constitucional, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica”¹⁷.

É factível perceber que, por meio da ponderação prevista no parágrafo único do artigo 257 do Anteprojeto, a União poderia buscar a admissão da prova ilícita numa ação judicial para cobrar o tributo cuja sonegação se apurou mediante a ilícita medida cautelar de busca e apreensão.

E o pior, o contribuinte, mesmo submetido a uma ilegal medida constritiva do Estado, ou seja, mesmo diante de um direito fundamental transgredido, pode ver o Estado se aproveitar da ilegal conduta para constrangê-lo ao pagamento do tributo.

E isso tampouco valerá para todos os contribuintes, já que caberá ao juiz, em cada caso, à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos, definir pela admissão ou não da prova.

Nesse momento, cabe reter a premissa sobre o pragmatismo de que “qualquer que seja a validade da técnica do pragmatismo, esta não leva a uma grande certeza na aplicação da lei” (WEBB, 2010, p. 23).

Brian Tamanaha (2004, P. 122), acerca da legalidade formal, destaca:

“A legalidade formal é talvez melhor apreciada em comparação a casos em que ela não se faz presente. Na falta de alguma fonte de previsibilidade (como diante de questões morais ou costumes), não saber como autoridades públicas irão reagir a uma conduta, de natureza comercial ou não, é estar permanentemente inseguro. Sociedades que implementam a legalidade formal deveriam ser

aclamadas por reduzir o desagradável estado de incerteza”.

Por fim, ainda sobre a exclusão da prova ilícita, vale observar as palavras de Laurence Tribe (1984-1985, p. 155), professor de Harvard:

“Para tornar as coisas claras, eu creio que sirva de auxílio observar mais detidamente os casos envolvendo o processamento de crimes, porque existe uma profunda falácia na abordagem custo-benefício da Corte para os casos de busca e apreensão que foram rapidamente observados na maior parte deste comentário. Deixe-me focar nestes casos. Farei isto mediante a comparação da situação antes e depois da decisão da Corte no sentido de que, apesar de a prova ter origem ilícita, deve ser admitida se a ilegalidade resultou de um erro ‘razoável’ baseado num mandado ilegal. A situação anterior que muda, é claro, é que a busca e apreensão ilegal ocorreu e que o réu, aparentemente culpado, saiu livre. E a reação da Corte para isto em substância foi: que péssimo. Isto é uma coisa horrível. Isto é um custo. Os benefícios compensam este custo?

Agora, pergunte a si mesmo o que acontece quando a Corte altera o seu ponto de vista para, pode-se dizer, tornar a situação não mais péssima. Qual é a situação que permite a prova ser admitida? Existem apenas duas possibilidades. Uma possibilidade é que buscas e apreensões ilegais continuarão a ocorrer (porque todas as previsões possíveis que nós encontraremos ou formas alternativas de detê-las serão falhas), e que réus culpados serão punidos como um resultado direto e conseqüente da violação constitucional. Nós teremos mais pessoas presas pois a Constituição foi violada. Então, há um custo médio ou um ganho médio? Isto depende do

¹⁷ Idem.

que você considera a Constituição, eu suporia.

Mas existe uma outra possibilidade, a que propõe a revogação da *exclusionary rule*. Alega-se que alternativas efetivas para esta perversa *exclusionary rule* seriam encontradas e que, assim, se deteriam as ilegais medidas de busca e apreensão: a ameaça de se processarem policiais, por exemplo, ou a modificação dos métodos educacionais que são usados no treinamento policial. Bem, vamos supor que esta proposição esteja correta. Vamos dar a ela benefício da dúvida. Se ela está correta, então o que ocorre? O que ocorre é que nenhuma medida de busca e apreensão é cometida. A Polícia não encontra provas. O réu não é preso. O criminoso, você notará, da mesma forma não será punido.

Mas o público não identifica um suspeito aparentemente criminoso saindo livre. Ninguém vê o suspeito; ele ainda não foi preso. O público está menos descontente com a regra de que as provas ilícitas não são admitidas, menos descontente com o Judiciário – mas somente está sendo enganado, somente está sendo zombado, somente o custo público de deixar um réu solto foi transmutado para um custo invisível de não prendê-lo na rua em primeiro lugar. A Corte atual está nos dizendo que o engano é um benefício. E o que diz em troca sobre a nossa concepção de nós mesmos e da Constituição? A questão real é que os casos de *exclusionary rule* não estão no balanço marginal de custos e benefícios, termos de incremento de retrocesso. É a virtude de nos enganar sobre o preço que pagamos por ter uma Constituição que diz que, em algumas circunstâncias, você não deve realizar uma busca e apreensão.

O que a Corte fez – o que a maioria dos comentadores destas decisões parecem não ter notado – foi, de uma forma sutil, redefinir a nossa concepção de nós mesmos. A Corte está dizendo que nós somos uma sociedade que quer ser enganada. Nós não queremos ver o espetáculo de o réu sair livre.

Então, a questão real em casos como o de *exclusionary rule* é: qual o tipo de sociedade que desejamos ser? Nós queremos abertamente e publicamente pagar o preço pela décima quarta emenda¹⁸ – talvez até mesmo emendar a Constituição para excluir a emenda se não gostamos do preço que pagamos por ela? Ou queremos empurrá-la para debaixo do tapete? É bastante típico, penso eu, do modelo de custo-benefício que essas questões – qual o tipo de sociedade nós nos tornamos quando declaramos o que é custo e o que é benefício? – sejam submergidas”.

Aqui, cumpriria perguntar: é menos invasiva da privacidade da pessoa humana a escuta ilegal instalada por um sócio ou pelo cônjuge do que aquela instalada pela polícia? O passar-se ao plano da sanção civil, em que as consequências podem ser tão graves quanto no plano da sanção penal (pense-se nas sanções cominadas pela lei de improbidade), justifica que seja ela apoiada na invasão da privacidade da pessoa?

Levado a esse ponto, o direito processual está a realizar o ideal da efetividade e celeridade do processo à custa da exclusão

¹⁸ O item 1 da Décima Quarta Emenda à Constituição dos EUA tem a seguinte redação: “1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.”

da influência dos direitos fundamentais sobre as relações estabelecidas sob regime de direito privado ou, até mesmo, de direito público, quando envolverem interesses patrimoniais do Estado.

Tudo está a revelar, portanto, que surgem dificuldades na transposição da lógica da aplicação mediante a ponderação pragmática do campo constitucional para a disciplina processual civil; dificuldades que não surgem de uma visão ortodoxa e formalista do processo, mas, ao contrário, da singela constatação do *gap* revelado entre a metódica constitucional e a compleição e função das normas que regulam o processo civil.

Quando menos, essa inadequação teórica importará a necessidade de discussão e estudos, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, com vistas a elaboração de fórmulas previsíveis mediante as quais se possa levar, a cabo e a controle, a operação do novo arcabouço de instrumentos procedimentais, evidentemente carreado do processo constitucional e da aplicação da Constituição para o Anteprojeto.

3. Considerações finais

De tudo quanto se vem de expor, podem ser extraídas algumas conclusões.

Em primeiro lugar, parece correto reconhecer que o Anteprojeto integra-se à corrente contemporânea consciente de que grandes teorias tendem ao colapso quando os cenários factuais se multiplicam¹⁹, importando, ademais, no reconhecimento de que a flexibilidade é uma característica positiva para o processo.

Conclui-se, além disso, que a importância do juízo de ponderação – bem como de outros institutos do processo constitucional (audiências públicas, *amici curiae*, modulação de efeitos, etc.) –, pelo Anteprojeto,

¹⁹ Rescher (1993, p. 58), a esse respeito, escreveu: “nós vivemos em um mundo de realidades recalctrantes, não em um meio de possibilidades abstratas e ideais teóricos”.

manifesta uma clara filiação à ideia de condução instrumental e pragmática do processo civil, o que, como se referiu, apenas põe em termos legislativos a prática jurisprudencial, mais ou menos consciente, de nossa Suprema Corte.

Importaria referir, por fim, que, mesmo apressada, a incursão na teoria da aplicação das normas constitucionais revela a plêiade de desafios que serão apresentados ao aplicador, agora confrontado pela obrigação de emprestar condução materialmente orientada ao processo, sem que se saiba, ao certo, em que medida se pode identificar a área de uma norma processual.

Referências

BRANCO, Paulo. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva: IDP, 2009.

BREYER, Stephen. *Making our Democracy Work*. New York: Knopf, 2010.

COMPERNOLLE, J. *Nouveaux itinéraires en droit: hommage à F. Rigaux*. Bruxelles: Bruylant, 1998.

GOESEL-LE BIHAN, Valérie. Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et l'Étranger*, Paris, v. 20, 2004.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HASHIMOTO, Dean. *Science as Mythology in Constitutional Law*. Oregon Law Review, Eugene, v. 76, n. 1, p. 111-153, Spring 1997. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/orglr76&div=10&g_sent=1&collection=journals>. Acesso em: 10 fev. 2010.

HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of Law*. In: _____. *Collected Legal Papers*. Mineola, N.Y.: Dover, 2007. p. 167.

KELSEN, Hans. *What is Justice?* In JACOBSON, Arthur et al. (Ed.) *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*. Berkeley: University of California Press, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MOOR, Pierre. *Systématique et illustration du principe de proportionnalité*. In: *LES DROITS individuels et le juge en Europe : mélanges en l'honneur de Michel*

Fromont. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. *Direito, Linguagem, Violência*. Porto Alegre: S. Fabris, 1995.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

_____. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. v. 1.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.

POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

POUND, Roscoe. Administrative Application of Legal Standards. *Reports of the American Bar Association*, Chicago, v. 44, p. 440-, 1919.

_____. Mechanical Jurisprudence. *Columbia Law Review*, New York, v. 8, n. 8, p. 605-623, 1908. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/clr8&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/clr>>. Acesso em: 11 set. 2010.

RESCHER, Nicholas. *Pluralism: Against the Demand for Consensus*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

RUGGERI, Antonio. *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretaone costituzionale*. *Ars Interpretandi*: annuario di ermeneutica giuridica, Padova, p. 261-324, 2002.

SULLIVAN, Thomas; FRASE, Richard. *Proportionality in American Law: Controlling Excessive Government Actions*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SUMMERS, Robert. Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought: a synthesis and critique of our dominant general theory about law and its use. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 66, p. 861-948, 1981. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/clq_v66&div=45&size=4&collection=journals&set_as_cursor=26&men_tab=srchresults#27_src>. Acesso em: 10 set. 2010.

TAMANAH, Brian. *On The Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

TRIBE, Laurence. Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve. *Hastings Law Journal*, v. 36, p.155-166, 1984-1985. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hastlj36&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/hastlj>>. Acesso em: 11 set. 2010.

TRIDIMAS, Takis. *The General Principles of EU Law*. New York: Oxford University Press, 2006.

WEBB, Thomas et. al. *The New Zealand Legal System*. 5. ed. Wellington: LexisNexis. 2010.

WOOLHANDLER, Ann. Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts, 41 *Vanderbilt Law Review*, v. 41, p. 111-114, 1988. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/vanlr41&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/vanlr>>. Acesso em: 15 maio 2010.