A MISTURA DAS CAUSAS E A TEORIA DAS FORMAS DE ARISTÓTELES - 2009

VERBETE

Segunda-Feira, 19 de Julho de 2021 20:05:56

VERBETE

AUTOR: Luís Afonso Heck

Semestre de inverno de 2009

Para uso em sala de aula – UFRGS – Faculdade de Direito

Anexos: 07

Prof. Dr. Luís Afonso Heck
Semestre de inverno de 2009
Para uso em aula - UFRGS - Faculdade de Direito

A MISTURA DAS CAUSAS E A TEORIA DAS FORMAS DE ARISTÓTELES

1. Apresentação

"Informativo STF 197 (7 a 11 de agosto de 2000)
Prova Ilícita: Inadmissibilidade (Transcrições)
RE 251.445-GO*
RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

Cabe referir, neste ponto, o magistério de *ADA PELLEGRINI GRINOVER ("Liberdades Públicas e Processo Penal", p. 151, itens ns. 7 e 8, 2ª ed., 1982, RT)* (realçado por *L. A. H.*), para quem - tratando-se de prova ilícita, especialmente daquela cuja produção derivar de ofensa a cláusulas de ordem constitucional - não se revelará aceitável, para efeito de sua admissibilidade, a invocação do critério de razoabilidade do direito norte-americano, que corresponde ao princípio da proporcionalidade do direito germânico, mostrando-se indiferente a indagação sobre quem praticou o ato ilícito de que se originou o dado probatório questionado:

"A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na *violação de uma norma constitucional* (realçado por *L. A. H.*), em prejuízo das partes ou de terceiros.
Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será,

por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil.

.....

Nesta colocação, *não parece aceitável* (embora sugestivo) o critério de 'razoabilidade' do direito norte-americano, correspondente ao *princípio de 'proporcionalidade' do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas* (realçado, lá e aqui, por *L. A. H.*), fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana.

A mitigação do rigor da admissibilidade das provas ilícitas deve ser feita através da análise da própria norma material violada: (...) sempre que a violação se der com relação aos direitos fundamentais e a suas garantias, não haverá como invocar-se o princípio da proporcionalidade." (grifei)

Essa mesma orientação é registrada por VÂNIA SICILIANO AIETA ("A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental", p. 191, item n. 4.4.6.4, 1999, Lumen Juris), que, embora destacando a possibilidade de incidência excepcional do princípio da proporcionalidade em situações extraordinárias que exijam a preservação do equilíbrio entre valores fundamentais em antagonismo (como ocorre, por exemplo, no caso de interceptação telefônica, judicialmente não autorizada, das negociações entre seqüestradores e familiares da vítima, com o conhecimento destes últimos: RTJ 163/759, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI), reconhece que "Atualmente, a teoria majoritariamente aceita é a da inadmissibilidade processual das provas ilícitas (colhidas com lesões a princípios constitucionais), sendo irrelevante a averiguação, se o ilícito foi cometido por agente público, ou por agente particular, porque, em ambos os casos, lesa princípios constitucionais" (grifei).

Por isso mesmo, assume inegável relevo, na repulsa à "crescente predisposição para flexibilização dos comandos constitucionais aplicáveis na matéria", a advertência de *LUIS ROBERTO BARROSO,* que, em texto escrito com a colaboração de *ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas" in RDA 213/149-163)* (realçado por *L. A. H.*), rejeita qualquer tipo de prova obtida por meio ilícito, demonstrando, ainda, o gravíssimo risco de se admitir essa espécie de evidência com apoio no princípio da proporcionalidade:

"O *entendimento flexibilizador* dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, *é de todo inconveniente* (realçado, lá e aqui, por *L. A. H.*) em se considerando a realidade político-institucional do País.

.....

Embora a idéia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os *antecedentes de País*, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da *trajetória inconsistente do respeito aos* direitos individuais e da *ausência de um sentimento constitucional consolidado*, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de lege ferenda, *enveredar por flexibilizações arriscadas* (realçado, a cada vez, por *L. A. H.*)." (grifei)"

2. Apreciação: considere-se, agora, para exemplo didático, o que segue:

1. direito constitucional como avião;
2. subsunção e ponderação como painel de instrumentos de vôo;
3. aplicadores do direito como pilotos.

Assim, temos: os aplicadores do *constitucionalismo legalista* dizem que o "entendimento flexibilizador" das normas constitucionais "é de todo inconveniente" e, assim, "nem oportuno" (...) "enveredar por flexibilizações arriscadas"; os pilotos do teco-teco afirmam, igualmente, que uma aterrissagem por instrumentos é inconveniente, e portanto, nem oportuna e, ainda, arriscada. Isso se torna compreensível de imediato, se se supõe que o painel de instrumentos do teco-teco é a subsunção. Se se supõe, mais além, que o painel de instrumentos do Boeing é a ponderação, então resulta que os aplicadores do *constitucionalismo discursivo* (neoconstitucionalismo?) irão impugnar aquilo que os aplicadores do constitucionalismo legalista dizem, da mesma forma como os pilotos do Boeing irão impugnar o que afirmam os pilotos do teco-teco.

3. Conseqüência: subsunção como painel de instrumentos significa ser piloto (e formar pilotos) somente de teco-teco.

4. Em forma de silogismo aristotélico, mostra-se o seguinte:

1. Todo progresso é uma ruptura das formas;
2. X é um progresso;
3. portanto, X é uma ruptura.

Para isso, seja mencionado, uma vez:

Kuhn, Thomas S. The Structure of Scientific Revolutions. Third Edition. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1996, p. 163. Versão brasileira: A estrutura das revoluções científicas. 6 ed. São Paulo: Editora Perspectiva S. A., 2001, página 204 e seguinte. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. "O homem que afirma que a filosofia, por exemplo, não fez progressos enfatiza que existem ainda aristotélicos, não que o aristotelismo malogrou para o progresso."

Outra vez:

Weber, Alfred. Kulturgeschichte als Kultursoziologie. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Büchergilde Gutenberg, 1950, S. 162 f. Versão espanhola: Historia de la cultura. 4. ed. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1956, página 120 e seguinte. Tradução: Luis Recaséns Siches. "... pelo fato de ele [Aristóteles] ter substituído a transcendência platônica por uma outra, pela sua doutrina das formas (Eidoi) que, segundo sua concepção e, no fundo, a grega, não se comportam para com o mundo material como conceitos vazios, que estão atrás ou sob ele, mas como seu existente primevo, do qual as formas visíveis derivam sua existência pelo fato de elas terem parte nele e assim, no fundo, primeiro, realmente estão aí. (...) Também nesse representante, certamente mais concreto e mais sóbrio, da concepção de mundo grega, une-se, como se vê, em tipo peculiar, interpretação do mundo mecânico-racional com, em última instância, meta-racional e domina, nesse quadro, um cosmos de formas firmes únicas que, em um sentido mais profundo, somente pode ser compreendido simbolicamente;"

Nessa conexão: "antecedentes de País" (sic), "trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais" e "ausência de um sentimento constitucional consolidado" equivalem à não-dação de horas de instrução de vôo e não, como se costuma fazer crer, ao progresso do painel de instrumentos. Portanto, não se elimina este (progresso) pela falta daquela (instrução) ao classificar-se este

(progresso) como ruptura. Impede-se, simplesmente, a aplicação do progresso. Assim:

a) efeito: não-aplicação;

b) causa: falta de treinamento e não a ponderação, ou seja, o progresso do painel de instrumentos.

Portanto: os dois tipos de aviões existem. A falta de treinamento não faz desaparecer um deles, apenas impede o seu uso.

Como exemplo que expressa a falta de treinamento pode ser citado, uma vez, o próprio Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, mencionados na decisão, pelos realces por mim feitos.

E outra vez, Dimoulis, Dimitri. Anotações sobre o "neoconstitucionalismo" (e sua crítica), in: artigos direito gv, mar. 2008, página 15: "A prevalência da Constituição e a necessidade de levar a sério, isto é, de implementar seus mandamentos, reconhecendo, em particular, a relevância normativa de seus princípios é uma *obviedade, da qual nenhum jurista moderno discordaria*" (realçado por L. A. H.). "Se é (só) isso que o neoconstitucionalismo deseja, *não temos novidade nem necessidade de debater*" (realçado por L. A. H.). (...) "O primeiro passo consiste em identificar os autores "neoconstitucionalistas". Costumam ser indicados como pertencentes a essa tendência filósofos do direito especializados no direito público tais como *Ralf Dreier e Robert Alexy na Alemanha*, Dworkin nos EUA ..." (realçado por L. A. H.).

Página 17: "Segundo, considerar que o neoconstitucionalismo aplica os ensinamentos do moralismo jurídico no campo do direito constitucional, formulando uma proposta teórica baseada em análises das últimas décadas que *modernizam o jusnaturalismo*" (realçado por L. A. H.).

Para a comprovação disso, seja apenas mencionada a seguinte passagem de Robert Alexy:

"A questão sobre a racionalidade do fundamentar jurídico leva, assim, à questão sobre a fundamentabilidade geral de sentenças práticas gerais ou morais. A discussão dessa questão foi longamente prejudicada por uma contraposição infrutífera de duas posições fundamentais, que se apresentam em variantes sempre novas, de posições subjetivistas, relativistas, decisionistas e/ou irracionalistas, por um lado, e posições objetivistas, absolutistas e/ou racionalistas, por outro. Para uma tal postura-tudo-ou-nada, contudo, não existe

motivo. A discussão ética mais recente, que metodologicamente essencialmente está influenciada pela lógica moderna, filosofia do idioma, teoria da argumentação, da decisão e da ciência e quanto ao conteúdo orientada fortemente por idéias kantianas, mostrou que teorias morais *materiais*, que a cada questão moral dão rigorosamente uma resposta com certeza coercitiva intersubjetivamente, sem dúvida, não são possíveis, que, porém, teorias morais *procedimentais* são possíveis, que formulam regras ou condições do argumentar prático racional. Uma versão particularmente prometedora de uma teoria moral procedimental é a do discurso prático racional" (Alexy, R. Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 499. Versão espanhola: Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 530. Tradução: Ernesto Garzón Valdes).

Deve ser chamada a atenção, ainda, sobre isto, que esse artigo de Dimitri Dimoulis toma por base justamente um trabalho de Luís Roberto Barroso, intitulado: "Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito".

Como exemplo que expressa o impedimento do uso pode ser indicada também a própria Ada Pelegrini Grinover, mencionada na decisão, por meio do realçado por mim, aqui em apontamentos: "violação" e "critérios subjetivos". Aquilo (violação) pode ser comprovado, uma vez: "A violação de um direito fundamental, porém, é algo completamente diferente que sua limitação" (Alexy, R. Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 252. Versão espanhola: Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 270. Tradução: Ernesto Garzón Valdes).

Isto (critérios subjetivos), pode ser comprovado, outra vez: "Ele [o modelo de fundamentação apresentado] torna claro que a ponderação não é um procedimento no qual um bem »precipitadamente« à custa do outro é realizado [cita, aqui, Hesse, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 14. Aufl., Heidelberg: C. C. Müller Verlag, 1994, Rdnr. 72. Versão brasileira. Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, número de margem 72. Tradução: Luís Afonso Heck. *Primeira edição: 1967*, ver página 11]. Segundo ele, a ponderação é tudo menos um procedimento abstrato ou em conjunto. Seu resultado é uma proposição de preferência condicionada, à qual,

segundo a lei da colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada" (mesmo autor, mesma obra, S. 151 f.; página 166). (...) "Sob esse aspecto, o modelo de ponderação aqui sustentado corresponde ao chamado princípio da concordância prática" [cita Hesse, K., mesma obra, mesmo local] (mesmo autor, mesma obra, S. 152; página 166 e seguinte). (...) "Sem dúvida, a *lei da ponderação, como tal*, não formula nenhum critério, com cujo auxílio casos podem ser decididos definitivamente. O *modelo de ponderação como todo* apresentado oferece, porém, um critério ao ele enlaçar a lei da ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional. A lei da ponderação diz o que tem de ser fundamentado racionalmente" (mesmo autor, mesma obra, S. 152; página 167).

Ver sobre isso, ainda:

Alexy, Robert. Constitucionalismo discursivo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. Tradução: Luís Afonso Heck.

Alexy, Robert. Theorie der juristischen Argumentation. 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1991. Versão espanhola: Teoría de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo.

Ver, ainda, para o conjunto:

Alexy, R. Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, S. 327 ff. Versão espanhola: Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 349 e seguintes. Tradução: Ernesto Garzón Valdes.

Cachapuz, Maria Cláudia. Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro. Uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

AUTORES VINCULADOS

MARCADORES

Direito natural, direito positivo, direito discursivo | Verbetes |