

9. ANTIGUIDADES DE DIREITO CRIMINAL

9.1

RUY BARBOSA E O PROCESSO DREYFUS

RENÉ ARIEL DOTTI

SUMÁRIO: 1. Ruy, o processo e a defesa: 1.1 Uma vasta obra; 1.2 Os tempos fecundos do exílio; 1.3 O processo Dreyfus; 1.4 A defesa de Ruy antecedeu a carta de Zolá; 1.5 A polêmica sobre a prioridade da defesa; 1.6 O reconhecimento da primazia do patrocínio de Ruy; 1.7 A revisão do processo e a reabilitação de Dreyfus; 1.8 O texto da antológica defesa de Ruy – 2. A violação de princípios fundamentais do processo penal: 2.1 Uma revisão contemporânea do processo Dreyfus; 2.2 O princípio da investigação; 2.3 O princípio da verdade material; 2.4 O princípio da livre apreciação da prova; 2.5 O princípio *in dubio pro reo*; 2.6 A proibição da prova obtida por meios ilícitos; 2.7 A publicidade dos julgamentos; 2.8 A forma como garantia de validade do processo; 2.9 O devido processo legal; 2.10 Constituição e processo penal; 2.11 O chamado *erro judiciário*; 2.12 A necessidade da revisão através da História.

Resumo: O erro judiciário, propositadamente cometido contra o Capitão Alfred Dreyfus, transformou-se em um dos mais famosos casos criminais da História. Não somente fatores externos, como o documento da suposta traição (um *dossiê* cuja autenticidade foi negada pelo acusado), o orgulho ferido da França diante de uma derrota bélica para a Alemanha, o nacionalismo popular acicatado e a dignidade ferida do Exército, conspiraram em favor da condenação. Havia também um aspecto pessoal relevante para somar-se à carga de preconceito: Dreyfus era judeu.

Tais componentes de mistério e paixão foram muito bem explorados por Ruy Barbosa em um vigoroso e antológico texto de defesa do militar injustiçado que, afinal, alcançou a reabilitação.

Palavras-chave: Reabilitação – Erro judiciário – Processo Dreyfus – Defesa de Ruy Barbosa – Crime de traição.

1. Ruy, o processo e a defesa

1.1 Uma vasta obra

Em seu ensaio “Rui¹ Barbosa e a técnica da advocacia”, o historiador e parlamentar, Professor Rubem Nogueira, pondera que a maior dificuldade que

(1) Quanto à grafia do prenome (Ruy ou Rui) preferiu-se a primeira forma que, aliás, era a grafada pelo seu titular como se poderá verificar em manuscritos e outros

oferece o exame da vida de Ruy Barbosa, como advogado forense, e dos processos em que atuou, resulta da vastidão e da complexidade dos elementos de que hoje dispõe o pesquisador de sua obra jurídica.²

Como se destacou muito bem, Ruy Barbosa “foi a vida inteira o homem do livro. Viveu do livro, com o livro e para o livro. Foi mais propriamente através do livro que se lhe revelaram a sociedade e o mundo”.³ A propósito da organização de sua biblioteca, existem páginas escritas por historiadores com os mais ricos detalhes. Ele sabia a prateleira e a fila em que estava cada livro porque cada um deles fora ali colocado por suas próprias mãos. Como narra Américo Lacombe, desde que davam entrada no velho solar da São Clemente os livros passaram a ter um contato direto com o seu senhor, a começar pelo desempacotamento ou desencaixotamento, a seguir pela abertura lenta e atenta das páginas, e as marcações dos trechos de interesse pessoal, seguindo-se o preparo dos “papagaios” e as recomendações aos encadernadores, até a colocação nas prateleiras. Tudo era feito pelo dono. “Cada livro, pois, tinha a sua história individual, bem gravada na memória do grande bibliotecário, que lhes conhecia o tom, a cor da capa, a macieza do papel, o cheiro e a consistência.”⁴ A prodigiosa capacidade de trabalho do imortal *Águia de Haia* foi sumariamente referida por Lacombe,⁵ ao informar que no ano de 1980 – quando se comemorou o cinquentenário de inauguração da Casa – nada menos que 116 tomos contendo a obra de Ruy Barbosa já haviam sido publicados. E com o detalhe expressivo de que ele não dispunha de secretárias ou auxiliares, nem mesmo, sequer, de uma máquina de escrever.

A leitura das obras jurídicas de Ruy Barbosa assemelha-se, para os profissionais e estudiosos de Direito, a uma visita aos clássicos de nossa literatura como Gonçalves Dias (1823-1864), Castro Alves (1847-1871) – seu contemporâneo no curso de Direito nas *Arcadas* –, Olavo Bilac (1865-1918) ou Machado de Assis (1839-1908).

1.2 Os tempos fecundos do exílio

A coragem cívica, o vigor dos textos jornalísticos e o ardor da advocacia em causas políticas, principalmente quanto aos princípios constitucionais, fizeram

documentos contendo a sua assinatura. O seu maior biógrafo, Rubem Nogueira, assim procedeu nas obras premiadas *O advogado Ruy Barbosa*. Rio de Janeiro : Gráfica Olímpica, 1949 e *História de Ruy Barbosa*. Salvador : Progresso, 1957. No entanto, por fidelidade às fontes mais diversas, mantém-se a forma por elas adotadas (Rui), quando se tratar de transcrição de textos ou títulos de obras.

- (2) Em *Rui Barbosa: escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro : Nova Aguilar, 1995, p. 480.
- (3) PIRES, Homero. Rui Barbosa e os livros. *Rui: sua casa e seus livros*. Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980, p. 27.
- (4) LACOMBE, Américo Jacobina. Rui e os livros. *À sombra de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1984. p. 142.
- (5) *Rui: sua casa e seus livros*. Op. cit., p. IX.

de Ruy Barbosa uma figura temida pelo vice-Presidente Floriano Peixoto (1854-1895), o famoso *Marechal de Ferro* que assumiu a presidência em face da renúncia de Marechal Deodoro (1827-1892), ocorrida em 23 de novembro de 1891. Entre os movimentos dirigidos contra o governo autoritário de Floriano, se destacou a chamada *Revolta da Armada* (1893). Mesmo não tendo participado daquela conspiração, Ruy Barbosa saiu do Rio de Janeiro, “numa aventura cheia de riscos”, para a Argentina, de onde mais tarde rumou para Londres, via Lisboa, lá permanecendo até junho de 1895, quando retornou ao Brasil.⁶

A experiência vivida no exílio foi muito fecunda. Políglota, não foi difícil para ele conhecer de perto os costumes e as tradições da Inglaterra que desde menino ardentemente admirava e considerava a sua *pátria espiritual*. Lá exerceu atividades de juriconsulto, mercê do conhecimento do sistema jurídico e das instituições do país da Rainha Victória (1819-1901), tendo o ensejo de emitir pareceres que lhe renderam bons honorários. Os textos mais relevantes de sua temporada no exílio foram os opúsculos reunidos mais tarde em livro sob o título de *Cartas da Inglaterra*. A obra condensa informações e opiniões sobre as coisas e os fatos do *Velho Mundo*. Entre os trabalhos escritos no exílio se destaca o exame dedicado ao processo criminal instaurado contra o jovem Capitão Alfred Dreyfus, cujas peças fundamentais eram transmitidas pela imprensa de Paris e Londres. O opúsculo remetido de Londres e publicado pelo *Jornal do Commercio* do Rio de Janeiro, no início de 1895 sobre o famoso *affaire*, foi a primeira manifestação afirmativa, que se tem notícia entre nós, da inocência de Dreyfus o que viria a se confirmar, anos mais tarde, com a revisão de sua condenação.

1.3 O processo Dreyfus

A condenação de Alfred Dreyfus (1859-1935), por ato de um Conselho de Guerra, em 1894, e o episódio de degradação, na manhã de um sábado, no pátio da Escola Militar, em Paris, caracterizaram os atos mais repulsivos desse histórico erro judiciário.

Capitão de artilharia em função junto ao Estado-Maior, Dreyfus, descendente de judeus alsacianos foi acusado, aos 35 anos de idade, de ser o autor de uma carta (o famoso *borderaux*), pela qual eram transmitidos ao adido militar alemão em Paris, Major Schwartzkoppen, informações sobre recursos e planos estratégicos do Exército francês. Submetido a um Conselho de Guerra integrado por sete oficiais, seus colegas de farda, acabou sendo condenado, por unanimidade de votos e em sessão secreta (*à huis clos*), à destituição das honras militares e ao degredo perpétuo na Ilha do Diabo (Guiana Francesa). Segundo registros confiáveis, o Conselho proferiu o seu veredicto louvando-se em meras presunções extraídas de um tipo de prova da qual não tiveram conhecimento o acusado e seu defensor (o intimorato advogado Monsieur Demange). Foi determinante para a condenação, a apontada semelhança dos caracteres da letra de Dreyfus com a do redator do *borderaux*. Prevale-

(6) NOGUEIRA, Rubem. *História de Ruy Barbosa*, cit., p. 144.

ceram, naquele triste caso, *razões de Estado* ou conveniências do Governo perante a necessidade de se reprimir energicamente a espionagem militar numa época em que muitos franceses estavam dominados pelo espírito de *revanche* contra os alemães, vitoriosos na guerra de 1870.⁷

A violação do princípio do *due process of law* foi comentada por um escritor português que se debruçou, “com piedade e indignação, sobre o martírio do Capitão Dreyfus”.⁸ Deplorou ele a violação de todas as regras e princípios de Direito consignados na legislação de todos os povos que garantem aos réus o conhecimento das provas em que se baseia a acusação.⁹

A França da época do julgamento ficou dividida em dois campos opostos, aticados pelas paixões religiosas e políticas. E, segundo observou Ruy Barbosa, a pena de morte – prevista pelo art. 76 do Código Penal para aquele tipo de infração – somente não foi aplicada porque a Constituição de 1848 abolira o *homicídio legal* para os delitos políticos, entre os quais se incluía a traição.

O caso *Dreyfus* foi considerado por Emile Zolá (1840-1902) como “o mais absurdo dos folhetins policiais”. Ao desditoso e honrado Capitão Dreyfus atribuiu-se a autoria de um papel incriminador, segundo o exame grafológico feito pelos peritos Belhomme, Varinald e Couard. A sua reabilitação, com a descoberta do verdadeiro autor do documento comprometedor, foi declarada pela Corte de Cassação, em 1906. Comentando o rumoroso processo, Ruy Barbosa lembrou que o seu segredo fora consequência de sua origem. Segundo notícias correntes na imprensa européia, dentro e fora da França, “todo o edifício da acusação assentava em um documento subtraído a uma legação estrangeira”.¹⁰ Os grafólogos foram denunciados na imprensa por Zolá como “mentirosos e fraudulentos em suas informações, a não ser que um exame médico os declare atacados de doença dos olhos ou do cérebro”.¹¹

1.4 A defesa de Ruy antecedeu a carta de Zolá

Apesar de não ser advogado constituído na causa, Ruy Barbosa acompanhou-a em lances essenciais através da imprensa francesa e inglesa naquilo em que lhe era possível o acesso. E já no segundo dia após a solenidade de aviltamento de Dreyfus, foi escrita em Londres a primorosa peça de defesa que seria trazida ao

(7) SENNA, Homero. *Uma voz contra a injustiça: Rui Barbosa e o caso Dreyfus*. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987. p. 1.

(8) Cf. Homero Senna. Op. e loc. cit.

(9) CARREIRO, José Bruno. *O drama do capitão Dreyfus*. Porto : Educação Nacional, s.d., p. 84.

(10) *Dreyfus*. Rio de Janeiro : Organização Simões, 1952. p. 37.

(11) A carta aberta, atacando o Estado-Maior francês e os principais condutores do processo, acarretou ao famoso romancista a condenação por uma corte criminal como ele já previra ao assumir os riscos de sua iniciativa libertária e imortal.

Brasil por um amigo de absoluta confiança, para ser publicada no *Jornal do Commercio*, do Rio de Janeiro, o que ocorreu na edição de 3 de fevereiro de 1895.

A corajosa iniciativa do Conselheiro antecedeu a célebre carta de Emile Zolá (*J'accuse*), publicada no jornal *L'Aurore*, dirigido por Georges Clemanceau, na edição de 13 de janeiro de 1898 e nominalmente destinada ao Presidente Félix Faure.

1.5 A polêmica sobre a prioridade da defesa

A propósito e procurando negar a *primogenitura* dessa defesa, Magalhães Júnior afirma que o jornal *L'Autorité*, na edição de 14 de dezembro de 1894 – vinte e quatro dias antes do opúsculo de Ruy – já condenara o julgamento a *portas fechadas*, em artigo de Paul Cassagnac, justamente o diretor daquele órgão conservador da imprensa francesa. O mesmo escritor brasileiro comenta outras matérias divulgadas nos jornais *Le Paris* (13.11.1894), *Archives Israelites* (6.12.1894) e *Le Figaro* (11.12.1894), concluindo que “tudo quanto Rui relata sobre as circunstâncias do processo, irregular e parcialmente conduzido, não é, por sua vez, senão o extrato do juízo dos jornais ingleses, imparciais e isentos, sem a paixão irracional dos anti-semitas da França, sem aquela rancorosa intolerância e aqueles excessos de mal compreendido patriotismo, que levaram até homens como Maurice Barrès, Georges Clemanceau, François Coppée, Jules Clarétie, Arsène Houssaye e outros a se alinharem nas fileiras exaltadas dos adversários de Dreyfus, constituindo uma força de pressão sem a qual não teria existido o ambiente propício à consumação da tremenda injustiça. Além de ser alheio a esse estado de espírito, Rui caíra sob a influência da imprensa inglesa, que, de um modo geral, tomara o partido de Dreyfus”. E arremata: “O longo artigo de Rui, não passando de uma série de excertos, da simples tradução de trechos e mais trechos de reportagens e editoriais da imprensa inglesa, não lhe poderia conferir, por isso mesmo, qualquer espécie de prioridade.”¹²

Essas observações cavilosas provocaram enérgica contestação,¹³ como se poderá observar no escrito do Professor J. Soares de Melo. O Catedrático de Direito Penal da Universidade de São Paulo narra que, estando em Paris, dirigiu-se à Biblioteca da Rua Richelieu e ali compulsou todos os números do jornal *L'Autorité*, do período do processo e julgamento, e não encontrou um único artigo em que Paul de Cassagnac defendesse Dreyfus. Ao contrário, lamentava esse jornalista, em seus veementes escritos, que o suposto espião não pudesse ser fuzilado. Soares de Mello completa dizendo: “Até a publicação da carta de Rui,

(12) MAGALHÃES JR., Raimundo. *Rui, o homem e o mito*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2. ed., 1965. p. 204 a 206 (a acentuação é do original).

(13) A tentativa inócua de R. Magalhães Júnior, em detratar a vida e a obra de Ruy Barbosa, gerou as mais variadas manifestações de indignação. Um exemplo dessa *resistência à infâmia* se contém no livro de Oswaldo Orico, ocupante da Cadeira n.º 10, que o imortal tribuno fundou na Academia Brasileira de Letras, intitulado *Rui o mito e o mico*. Rio de Janeiro : Distribuidora Record, 1965.

nenhuma manifestação na França a favor de Dreyfus. Tendo estudado o assunto profundamente, desafio prova em contrário.”¹⁴

1.6 O reconhecimento da primazia do patrocínio de Ruy

Na edição de 19 de fevereiro de 1898, o jornal *El Tiempo*, de Buenos Aires, traduziu e reproduziu, integralmente, o artigo de Ruy, destacando ser aquele “o primeiro arrazoado em favor de Dreyfus”. As conclusões do jurista brasileiro – prosseguia o periódico argentino – “consideradas, quando ele as deu a lume, como aventurosas temeridades da sua preocupação jurídica, ou da sua mania liberal”, acabaram de ser confirmadas pela justiça francesa.¹⁵

O jornal *A Imprensa*, dirigido por Ruy, em 1.º de novembro daquele ano, reproduziu o opúsculo de defesa, fazendo-o preceder das seguintes palavras, extraídas da citada edição de *El Tiempo*: “Foi o Sr. Rui Barbosa quem primeiro levantou a sua enérgica e autorizada voz contra as numerosas irregularidades do processo Dreyfus. O eminente jurisconsulto brasileiro, expatriado em Londres durante o ano de 95, escreveu ao *Jornal do Commercio*, do Rio de Janeiro, aquelas notabilíssimas cartas, que mais tarde foram publicadas em livro. Em uma dessas cartas da Inglaterra, o Dr. Barbosa faz a defesa de Dreyfus. (...) Hoje que novamente a atenção pública do mundo converge para o extraordinário caso Dreyfus, as alegações expostas com lógica irrefutável pelo Sr. Rui Barbosa, esclarecerão aqueles que há pouco tempo leram a carta de Emílio Zola, pedindo, num grito de sofrimento e desespero, justiça para quem legalmente ainda não fora julgado.”¹⁶

No ano de 1899, Ruy Barbosa verteu para o francês a sua defesa e a publicou no Rio de Janeiro, através da Tipografia Leuzinger, sob o título *Le Premier Plaidoyer pour Dreyfus*. O opúsculo chegou às mãos do grande injustiçado, que o considerou extremamente curioso em face da data de sua primeira publicação. E isso é por ele mesmo admitido no capítulo III do livro *Souvenirs et Correspondance*, editado no ano de 1936, por iniciativa de seus filhos.¹⁷

Segundo o historiador Rubem Nogueira, foi a imediata intuição de Ruy Barbosa que detectou o erro judiciário contra o Capitão Dreyfus, como ele próprio reconheceu ao lhe atribuir o papel histórico de seu primeiro defensor. Depois dele é que Emile Zola produziu a célebre acusação aos manipuladores da falsa acusação.¹⁸

(14) J. Soares de Melo. *Rui e a questão Dreyfus – Refutação a R. Magalhães Jr.* São Paulo: RT, 1968, p. 99-129 e 87-88.

(15) Homero Senna. *Uma voz contra a injustiça*. Op. cit., p. 11.

(16) *A imprensa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1947, p. 2 e *Obras completas de Rui Barbosa*, 1898, v. 25, t. 2.

(17) *Souvenirs et Correspondance publiés par son fils*. Paris: Bernard Grasset, 1936.

(18) *História de Ruy Barbosa*. Op. cit., p. 145.

1.7 A revisão do processo e a reabilitação de Dreyfus

Quatro anos estar cumprindo a sua pena de banimento na Ilha do Diabo, a inocência de Alfred Dreyfus é reconhecida e a sua dignidade é reabilitada.

Em 1896 – dois anos após a condenação – o Comandante Picquart descobriu que o verdadeiro autor do *borderaux* era um oficial vinculado ao Estado-Maior francês, o Comandante Esterházy. Apesar daquela demonstração, o Senador Scheurer-Kestner não logrou obter a revisão do processo. O oficial Esterházy foi submetido a julgamento pelo Conselho de Guerra e absolvido. Mas a revisão passou a ser exigida por um grande número de franceses ilustres e obteve o apoio de Clemenceau, em *L'Aurora*, e de J. Reinach, em *Le Siècle*. Foi sob aquele generoso cenário de emoção e indignação que Zola publicou, a 13 de janeiro de 1898, a sua carta-aberta e que, embora nominalmente dirigida ao presidente da França, atacava o seu Estado-Maior e determinadas figuras do processo.

No mês de setembro de 1898 descobriu-se que a única peça existente nos autos *justificando* a condenação era um documento fraudulento, fabricado pelo Coronel Henry que, preso, confessou o fato e se suicidou. O Governo, que não mais poderia represar a onda de protestos internos e externos, autorizou a reabertura do caso. Os chamados *dreyfusistas*, situados à esquerda, exigiam “a justiça e a verdade” e promoveram uma notável campanha antimilitarista. Os *antidreyfusistas* se opunham à revisão, em nome da coisa julgada, da honra do Exército e reacenderam a campanha anti-semita. A França ficou dividida e passou a viver em uma atmosfera de *guerra da religião* e de confronto entre a mentira e a verdade. A Corte de Cassação determinou que Dreyfus fosse submetido a um novo julgamento. O Conselho de Guerra confirmou a condenação, em setembro de 1899, reconhecendo, porém, circunstâncias atenuantes. O indulto foi uma consequência desse novo pronunciamento e da pressão pública. Em 1906, a Corte de Cassação reabilitou a vítima do *erro judiciário* que, ao contrário de seu paradigma, não foi praticado por culpa (como a imprudência, a negligência ou a imperícia na avaliação da prova), mas por manifestações dolosas (dolo direto de alguns e eventual de outros). Dreyfus foi nomeado Chefe de Batalhão e agraciado com a Legião de Honra. No ano de 1930, a publicação dos *Cadernos* do adido militar alemão comprovou definitivamente a inocência do martirizado capitão. O verdadeiro culpado (mas não o único), fora Esterházy.

A propósito, Émile Zola arrola em sua carta-aberta os responsáveis pela farsa judicial: “*Acuso* o tenente-coronel Du Paty de Clam de ter sido o autor diabólico do erro judiciário, inconscientemente quero crê-lo, e de ter defendido depois sua funesta obra, durante três anos, valendo-se das astúcias mais absurdas e culpáveis; *Acuso* o general Mercier de se haver tornado cúmplice, ao menos por fraqueza de espírito, de uma das maiores iniquidades do século; *Acuso* o general Billot de ter tido entre as mãos as provas palpáveis da inocência de Dreyfus e tê-las abafado, tornando-se cúmplice nesse crime de lesa-humanidade e de lesa-justiça, com um fim político e para salvar o Estado-Maior comprometido; *Acuso* o general De Boisdeffre e o general Gonse de se terem tornado cúmplices do mesmo crime: um, sem dúvida, por paixão clerical; outro, quiçá, por esse espírito de classe que faz das repartições do Ministério da Guerra a arca santa inatacável;

Acuso o general De Pellieux e o comandante Ravary de terem feito um inquérito criminoso, quero dizer, um inquérito da mais monstruosa parcialidade, de que temos, no relatório do segundo, um monumento imperecível de cândida audácia; *Acuso* os três peritos grafólogos, senhores Belhomme, Varinald e Couard, de mentirosos e fraudulentos em suas informações, a não ser que um exame médico os declare atacados de doença dos olhos ou do cérebro; *Acuso* os funcionários do Ministério da Guerra de terem sustentado na imprensa, principalmente em *L'Éclair* e *L'Écho de Paris*, uma campanha execrável para ludibriar a opinião pública e encobrir as próprias faltas; *Acuso*, por último, o primeiro Conselho de Guerra de ter violado o direito, condenando um acusado com fundamento numa peça que se conservou em segredo, e *acuso* o segundo Conselho de Guerra de ter acobertado essa ilegalidade para cumprir ordens, cometendo o crime de absolver, conscientemente, um culpado. Fazendo tais acusações, sei que incorro nas penas dos artigos 30 e 31 da lei de imprensa de 29 de julho de 1881, que pune os delitos de difamação. É voluntariamente que me exponho a tais riscos. Quanto às pessoas que acuso, não as conheço, jamais as vi e não sinto por elas nem rancor nem ódio. Para mim, não são mais que entidades, espíritos de malefício social. E o ato que aqui realizo é apenas um meio revolucionário para precipitar a explosão da verdade e da justiça. Não tenho mais que uma paixão: a da luz, em nome da humanidade que tanto tem sofrido e que tem direito à felicidade. Meu protesto inflamado não é senão o grito de minha alma. Que ousem, pois, arrastar-me aos tribunais e que o inquérito se faça à luz do sol! Espero. Dignai-vos aceitar, Senhor Presidente, a expressão do meu profundo respeito. Émile Zolá.”¹⁹

1.8 O texto da antológica defesa de Ruy

A seguir é publicado, integralmente e no estilo original, o imortal texto que constitui um dos mais expressivos arrazoados em defesa de princípios fundamentais do Direito, da Política e da Ética, sob o título *O processo do Capitão Dreyfus*. Os vícios do processo e do procedimento e o culto às tradições jurídicas da Inglaterra, constituem pontos expressivos do longo e substancioso arrazoado, pleno de informações e reflexões humanas, sociais, políticas e culturais. Vale reproduzir:

“Eis aí um fato, de expressão quase trágica, sobre o qual se acaba de exercer distintamente a consciência dos dois povos que a Mancha separa: um, na maneira de resolvê-lo; o outro, na de considerá-lo. Decompostas através dele, como dois feixes diferentes de luz coados pelo mesmo prisma, destacam-se em matizes característicos certas qualidades de ordem moral, predominantes no espírito e na história das duas grandes nações.

“Tudo quanto ressumbra das causas que geraram a terrível sentença, resume-se na frase interrompida, em que M.^c Demange, ao abrir da audiência, declarou que a acusação inteira assentava exclusivamente em um documento contestado. A esta revelação do advogado, o oficial presidente lhe cortou a palavra, votou-se o

⁽¹⁹⁾ *Dreyfus*. Op. cit., p. 75 a 78 (ortografia do original).

huis clos, e a instância imergiu no mistério, cujo termo é a condenação do acusado a penas de irrefragável infâmia.

“Não me cabe descrever a cerimônia atroz da degradação militar, prelúdio feroz da expiação sobre-humana, que se abriu ontem para o malfadado. Essa cruel solenidade horrorizou a Europa. Antes de se separar irremissivelmente da pátria, amaldiçoado pelos seus conterrâneos, para ir agonizar, sob o indelével ferrete, em remoto presídio penal, esse infeliz passou pelos tratos do mais tremendo suplício conhecido na história das torturas morais. O formidável espetáculo fora preparado com todos os requintes da encenação regulamentar. Quando o condenado entrou no quadrângulo da Escola Militar, as insígnias, que ainda lhe sobressaíam na farda, já não figuravam ali senão por artifício convencional, como outros tantos estigmas no peito e na fronte daquele homem. O alfaiate substituíra de véspera as costuras por alinhavos; o cutileiro partira e ressoldara a espada, que no outro dia se devia quebrar publicamente diante das tropas. A lenta e implacável pragmática esgotou no flagelado o cálix das afrontas possíveis. Se entre elas não figura o esbofeteamento, dir-se-ia que não é senão para poupar à mão do executor o vilipêndio do contacto com o rosto do réprobo. Desde *képi* até às listas vermelhas das calças, um a um lhe caíram aos pés, arrancados por um subalterno, os emblemas da dignidade militar. Ficaram-no envolvendo apenas os restos negros e rotos da farda, imagem do luto pela honra que acabava de despir. Nesse miserável extremo ainda lhe coube a penitência de transpor as filas do quadrado; e, entregue então à polícia civil, submetido, como os criminosos comuns, à medição antropológica, passou das mãos dos seus camaradas às dos gendarmes, para acabar os dias em Nova Caledônia, entre a escória dos criminosos, onde a família irá respirar com ele o ar dos galés.

“Qualquer que fosse o crime daquele desgraçado, a rebuscada e caprichosa desumanidade dessa punição revolta profundamente o sentimento contemporâneo. Aqui o efeito foi de indignação e espanto. A repugnância ao escândalo por pouco se não transmutou em misericórdia e simpatia pelo aflito. ‘A cerimônia da degradação’, escreve o Sr. de Blowitz em um dos seus telegramas ao *Times*, ‘apresenta hoje em dia um espetáculo de aspecto bárbaro, do qual nenhuma lição se pode colher. É deplorável que se não pudesse pronunciar a pena de morte.’

“A *Pall Mall Gazette*, uma das folhas inglesas que mais reserva guardaram no tocante ao processo Dreyfus, soltou esta tarde os diques ao seu *humour* e à sua severidade nestas palavras: ‘Não há muito que a Europa metia à bulha o imperador da China pelo seu sistema obsoletamente bárbaro de punir arrancando botões ao acusado. Contudo, o contágio já se comunicou à França. Custa a perceber o proveito da repulsiva cena celebrada sábado na praça da Escola Militar. A degradação simbólica, nas leis militares, é uma relíquia da média idade, em que a investidura se operava também por um ritual solene. Compreendemos o clamor pela execução de espíões e traidores. Compreenderíamos, até, como recurso disciplinar, a eficácia e o valor de um aparato como esse, quando levado a efeito no campo de batalha. Mas, devemos confessá-lo, os pormenores da degradação, concebidos e postos por obra a sangue-frio, meses após a perpetração do alegado crime e semanas depois da sentença proferida contra o infeliz, deixam-nos a impressão de um penalidade quase materialmente idêntica à tortura’.

“Dilacerante, como é, todavia, essa expiação no seu cortejo de circunstâncias terríveis, não conseguiu moderar, em França, o espasmo de ódio insaciável, que agita contra o acusado todas as classes da população. ‘Até agora’, observa o correspondente do *Daily News*, ‘não se imaginava a comoção de Paris, quando, já um século, ao reboar o grito de perigo da pátria, o rei e a rainha foram enviados ao cadafalso como cúmplices da invasão estrangeira.’ Mas as cerimônias da guilhotina nem sempre acabam entre bravos e palmas, como a execução do assassino de Carnot. Entre os espectadores do patíbulo há, muitas vezes, corações tocados de compaixão e olhos úmidos de lágrimas. Na turba que cerceava de longe o suplício de Dreyfus só havia lampejos e acentos de ira. Tão miseranda é a sua sorte que a polícia, ao que se diz, terá de adotar precauções, para lhe defender a vida contra a indignação patriótica dos calcetas. E, segundo o *Figaro*, quando o ex-oficial, saciado de opróbrio, ao passar pelos oficiais da reserva, renovou o seu protesto insistente de inocência, um deles cuspiu-lhe à face o epíteto de ‘Judas’.

‘Este episódio’ – telegrafa o correspondente do *Times* – ‘recorda-me o que se deu, no ano de 1871, em Bordeaux, quando a Assembléia ali trabalhava. O serviço de sentinelas fora confiado à guarda nacional, que aderira à República, e tinha em conta de reacionária a Assembléia. Uma vez, quando Thiers descia as escadas do teatro, onde ela funcionava, um guarda nacional gritou: *vive la République!* Thiers, com o olhar chispeante, caminhou para o soldado, sacudiu-o pelo braço, e, com o agudo peculiar da sua voz, ainda mais timbrada pela paixão, lhe bradou ao ouvido: ‘*On ne parle pas sous les armes*’. Desconfio que ele teria dito o mesmo a este oficial da reserva, futuro guarda nacional.’

“Que faculdade sobre-humana deu àquele homem energia bastante, para sobreviver às emoções incontroláveis dessa provação? A não se tratar de um miserável, bronzado na frente, calejado no coração pela prática habitual dos vícios que emasculam o caráter, e saturam de impudor os mais baixos vilões, só duas forças seriam capazes de forrar uma alma contra a abjeção incomparável daquela queda, contra o desespero inaudito daquele destino: a insânia, ou a inocência. Ora, Dreyfus não tinha no seu passado uma nódoa, um traço duvidoso. Quinze anos de serviços imaculados e a alta posição de confiança, que ocupava no mais delicado ramo da administração da guerra, definem-lhe a fé de ofício. A superabundância dos seus recursos, a opulência de sua família, a simplicidade dos seus hábitos, a sua aversão ao jogo, a concentração exclusiva da sua vida particular nas afeições domésticas excluem a suspeita das seduções tenebrosas, que são freqüentemente a explicação obscura dessas catástrofes da honra. De onde viria, pois, a tentação inexplicável, que instantaneamente substituiu aquele ornamento da sua classe, aquela nobre esperança dos seus concidadãos?

“Narram as testemunhas atentas do suplício que o executado não empalideceu nunca. Os passos não lhe vacilaram. Não lhe tremeu a voz. A cabeça esteve-lhe sempre ereta. Ao ver, de manhã, preparada a sua farda para a cerimônia, ‘Capitão’, disse ele ao oficial presente, ‘estais sendo instrumento da maior injustiça deste século.’ Quando, ao empuxão do executor, o *képi* lhe desceu sobre os olhos, a mão levantou-se-lhe como invocação de um inocente: ‘Por minha mulher e meus filhos’, exclamou, ‘juro que sou inocente. Viva a França!’ Aos apupos de um grupo de oficiais, ‘com admirável império sobre si mesmo’, diz um jornalista, respondeu

serenamente: 'Feri, mas não insulteis. Eu sou inocente'. E, ainda ao sair, no momento em que os gendarmes lhe punham algemas, teve forças, para dizer aos seus camaradas do 59 de infantaria: 'Crede-me, senhores, sou um mártir!'

'A insistência desse protesto, com as circunstâncias que o distinguem, precedem, e circundam, não tem analogia na crônica das hipocrisias do crime. Sua repercussão no jornalismo inglês, alheio às alucinações locais, sóbrio, como se sabe, em pontos de sentimentalismo, mas inclinado à retidão dos costumes jurídicos deste país, foi vasta e profunda.

'A *Pall Mall Gazette* enuncia-se assim: 'Segundo todas as informações, o Capitão Dreyfus sofreu a provação mais dilaceradora, a que se podia expor um homem, de cuja sensibilidade moral ainda restasse alguma coisa, com um estoicismo antes conciliável com o sentimento da inocência do que com a consciência do crime.' E, depois de considerar nas antecedências honrosas do condenado, conclui: 'A ser assim, Dreyfus será um inocente, ou um louco'.

'O *Daily Graphic*, que ainda se não pronunciara a favor dele, remata hoje com estas ponderações: 'As dúvidas existentes e francamente exprimidas fora da França na questão da criminalidade ou inocência de Dreyfus, não sofrerão quebra, por certo, em presença da singular fortaleza com que o condenado padeceu o medonho castigo. A sua firme protestação de inculpabilidade tende, naturalmente, a suscitar a crença de algum erro cometido contra ele'.

'Mas entre franceses não é lícito sequer pôr em dúvida o crime de Dreyfus: 'Quem quer que deixasse transparecer, a esse respeito, a menor incerteza, ou denotasse o mais leve sentimento de comiseração, seria encarado com o mesmo horror e o mesmo ódio que o próprio traidor'. Pleno arbítrio de negar a Deus, aluir a propriedade, santificar a comuna, divinizar Marat; mas obrigação estrita e universal de teimar e bater fé em como Dreyfus é o mais desprezível dos malfetores. 'Nisto se afincou o público desde o primeiro dia', escreve um correspondente inglês. 'Criminoso de quê, esse criminoso? Ninguém o sabia; e, até hoje, ninguém dentre o público, o sabe. Todavia, a existência da traição passou em julgado como fato indisputável.'

'Onde o corpo de delito? Onde a identificação entre o seu autor e o acusado? Ninguém seria capaz de mostrá-lo. Ninguém viu o processo. Ninguém tem notícia de documentos, ou depoimentos. Fala-se em um papel, cuja letra se atribui ao condenado. Mas o que a esse propósito se conhece, por indiscrições publicadas no *Figaro*, é que, de cinco peritos ouvidos sobre o caráter da letra nesse escrito anônimo, se três reconhecem a de Dreyfus, dois sustentam o contrário.

'Essa multidão espumante, que cercava, ameaçadora, a Escola Militar, bramindo insultos, assuadas e vozes de morte, — que mais era, portanto, afinal, do que uma força violenta e cega, como os movimentos inconscientes da natureza física? Pela minha parte, não conheço excessos mais odiosos do que essas orgias públicas da massa irresponsável. Nada seria menos estimável, neste mundo, que a democracia, se a democracia fosse isto. Esses escândalos representam o pior desserviço à dignidade do povo, e constituem o mais especioso argumento contra a sua autoridade. Não é sob tais formas que ele se há de mostrar digno da soberania, cujo cetro as tendências da nossa época lhe reconhecem. Se o número não souber dar razão dos

seus atos, se as maiorias não se legitimarem pela inteligência e pela justiça, o governo popular não será menos aviltante que o dos autocratas. Nem a invocação da pátria imprime a tais desvios fisionomia menos antipática. Mal honram a pátria as contorções de um patriotismo histórico, que vive a se superexcitar com a obsessão de traições, que julga de oitiva, fulmina por palpites, e instiga os magistrados a prevaricarem, antepondo a popularidade à justiça.

“Aqui, onde não chega o revérbero ardente do braseiro francês, ninguém compreende o encarniçamento da imprensa daquele país sobre o cadáver moral de Dreyfus. O governo excluiu da cerimônia os jornalistas estrangeiros, sob uma razão de decência. O pudor da França queria encerrar no círculo doméstico o aparato da ignomínia de um homem, que vestia o glorioso uniforme do exército francês. Entretanto, no dia imediato à execução, parecia ter-se posto a prêmio entre os jornais, como tema de concurso literário, a descrição do espetáculo, sobre cuja humilhante crueldade se tinha querido baixar o véu da vergonha, o mesmo véu, que, ao menos por coerência, diz o *Standard*, devia ter coberto a execução de uma sentença, cuja gestação se incubou às ocultas.

“Não contentes, os diretores morais da opinião, naquela grande metrópole de tantas cruzadas humanitárias e liberais, encetaram uma campanha, a que se diz vai ceder o governo, para se aditar aos sítios de degredo a Guiana Francesa, que oferece aos irritados pela benignidade da condenação de Dreyfus a segurança de uma polícia mais eficaz e um clima ainda funesto ao homem do que o da Nova Caledônia. Custa a compreender que interesse nacional possa haver, de veras, para a França em acumular sofrimentos sobre os restos de vida sobrenadantes àquele naufrágio. Nessa extrema descaridade parece haver alguma coisa da mutilação após o sacrifício, que, em certos estados bárbaros, assinalava os costumes penais, e revelar-se a *bête humaine* acordando inesperadamente no homem civilizado. Pois em verdade ainda haveria agonias que espremer daquela agonia? Para a lição moral, assim como para o efeito expiatório, a medida ainda teria muito que encher?

“Como quer que seja, votar uma lei, para agravar a miséria de um condenado, seria singular novidade na história penal destes tempos. Nessa medida, adotada especial, senão expressamente, para sobrecarregar as consequências de uma sentença já proferida, ferindo um homem já esmagado, há uma intenção de vindita individual, um caráter de rancor, um elemento retroativo, que as noções de direito cristão não tolerariam. Não importa que seja apenas trocar degredo por degredo. Se a nova localidade se elege, por ser mais áspera, mais inóspita, menos habitável do que as contempladas na lei sob que se proferiu o julgado, a alteração projetada seria, em substância, uma verdadeira revisão de sentença por ato legislativo, isto é, um mal dissimulado exemplo dessa retroatividade penal, que as legislações contemporâneas estigmatizam.²⁰⁾

(20) Essa lei foi votada nas Câmaras francesas um mês depois, e o *Journal des Débats*, em editorial de 9 de fevereiro, exprimia-se assim a seu respeito:

“Ce n'est un secret pour personne que le projet de loi a été présenté, en vue d'un cas unique, à la suite de la condamnation prononcée contre l'ex-capitaine Dreyfus. Ce n'est pas assurément une très bonne habitude que celle que l'on prend d'improviser

“Se os oficiais que compunham o conselho de guerra dispusessem, na hipótese, da pena de morte, certamente, a meu ver, não hesitariam em pronunciá-la. Essa decisão, mais clemente e mais heróica a um tempo, encerraria, ainda, para a classe a que pertencia o degradado, a vantagem de poupar-lhe, com a eliminação imediata dessa existência aviltada, o reflexo inevitável de vergonha destingido sobre os seus antigos companheiros de armas. Só um obstáculo insuperável na letra da lei poderia deter a mão aos juízes fardados, em cujo espírito a indignação e a piedade, de mãos dadas, deviam pleitear pela pena capital.

“O tribunal recuou, com efeito, ante disposições legislativas na sua opinião inelutáveis. O art. 76 do Código Penal consignava a morte como a pena reservada aos crimes da natureza do imputado a Dreyfus. Mas a Constituição de 1848 aboliu a pena de morte nos delitos políticos, entre os quais se incluía a traição militar, e a Lei de 8 de junho de 1850 fixou, para esses casos, o degredo com prisão perpétua numa fortaleza, acrescentando que as pessoas incursas nessa cominação desfrutariam a liberdade compatível com a segurança necessária à custódia dos condenados.

“Não me cabe apreciar o acerto, ou desacerto, do direito francês neste ponto. Computando a traição militar entre os delitos políticos, ele obedeceu à lógica de uma filantropia, cuja influência se assinalou no Brasil republicano por um espécimen curioso, na extinção absoluta da pena de morte por estatuto constitucional, com reserva apenas das disposições militares em tempo de guerra. Todos aliás conhecem o valor dessa barreira moral em certos países. Na França, porém, os juízes de Dreyfus, apesar de homens de espada, a consideraram inviolável. Se houvessem de pronunciar-se como legisladores, o seu voto seria provavelmente diverso. Aquele que tachar de excessiva a pena de fuzil, para o crime de que se acusa Dreyfus, não poderia admiti-la para outro. Se há delito equiparável ao parricídio, é esse, felizmente não menos raro do que o seu congêneres. O oficial que entregou ao inimigo os planos de defesa da pátria emparelhada com o que vende ao inimigo a vida dos seus camaradas. O opróbio dessa inconfidência suprema equívale ao da traição no campo. Um soldado, um cidadão não pode perpetrar atentado mais negro. Não há militar, não haveria talvez estadista, que não lhe cominasse resolutamente a última pena.

“Uma coisa, porém, é fazer a lei; outra, executá-la. E os julgadores de Dreyfus, unânimes em condená-lo, acordaram com a mesma unanimidade no respeito ao seu papel de aplicadores da vontade escrita do legislador.

“Na dignidade com que desempenharam essa grave magistratura, no império, que, a bem dela, exerceram sobre os seus próprios sentimentos e as paixões dos

ainsi des lois pour un fait spécial, pour ou contre un individu. Cette méthode de législation laisse infiniment à désirer.

“[...] Mais on n'aurait pas pu édicter une loi désignant les îles du Salut comme lieu spécial de déportation pour les traîtres, et appliquer cette loi à Dreyfus, sans créer une peine nouvelle avec effet rétroactif, et c'eût été une dérogation regrettable à un des principes essentiels de la législation.”

Nota incluída na 1. ed. em livro das *Cartas de Inglaterra* (Rio de Janeiro : Tip. Leuzinger, 1896).

seus compatriotas, aqueles sete oficiais deram à opinião versátil e irritadiça do país um exemplo virtuoso. A França, porém, não se satisfaz com a sentença. No sentir, por que assim digamos, unânime de Paris, Dreyfus devia ter sido condenado à morte. Essa foi a voz das ruas, a da imprensa e a da tribuna. Os radicais trouxeram tempestades contra o governo e a situação social. O Parlamento incendiou-se em uma cena de escândalo. O próprio elemento moderado teve que render o seu preito à força da corrente, propondo às Câmaras, por órgão do governo, a cominação da pena extrema à espionagem em tempo de paz; como se a precipitação remediasse o caso julgado, ou se as reformas semeadas pelos furacões políticos na região do direito penal pudessem lançar raízes na consciência dos povos, e levantar-lhes a moralidade.

“O *povo soberano*, os partidos e governos, entre as nações sem disciplina jurídica, estão sempre inclinados a reagir contra as instituições que se não do-bram aos impulsos das maiorias e às exigências das ditaduras. A lei foi instituída exatamente para resistir a esses dois perigos, como um ponto de estabilidade superior aos caprichos e às flutuações da onda humana. Os magistrados foram postos especialmente para assegurar à lei um domínio tanto mais estrito, quanto mais extraordinárias forem as situações, mais formidáveis a soma de interesses e a força do poder alistados contra ela. Mas há nações, que a não toleram senão como instrumento *dos tempos ordinários*; e, se encontram nela obstáculo às suas preocupações, ou às suas fraquezas, vão buscar a salvação pública nos sofismas da conveniência mais flexível, a cuja sombra os impulsos instintivos da multi-dão, ou as aventuras irresponsáveis da autoridade se legitimam sempre em nome da necessidade, da moral, ou do patriotismo.

“Não há mais odiosa iniquidade, alegam, do que passar pelas armas o conscri-to, cuja mão, sob o frenesi de um desvario momentâneo, se levantou contra o seu superior, e poupar a vida ao oficial, que refletida e interessadamente, *atraiçoa a sua pátria, isto é, alia-se, contra ela, ao estrangeiro*. Assim discorre a dialética, e assim raciocina o francês. Porque o francês não adverte em que a lei é a lei com todas as suas insuficiências, todas as suas desigualdades, todos os seus ilogismos, e em que a observância dela é o caminho para a sua reforma, único remédio real aos seus defeitos, menos funestos, em todo caso, do que o arbítrio da razão huma-na, encarnada no número, no poder, ou na força.

“Certo, responde o inglês, no seu ponto de vista, que acabo de antecipar; certo o crime de Dreyfus é tamanho, quanto o do pobre soldado, senão maior, muito maior. ‘Mas’ (e aqui deixo falar um dos mais altos inspiradores da opinião do Reino Unido), ‘o caso é que a lei fixa a morte como a cominação adequada, numa espécie, não na outra; e *os exércitos não se mantêm senão pela mais rígida aderência a leis inflexíveis*. Se o Capitão Dreyfus fosse fuzilado, nenhum oficial mais nunca se sentiria em segurança; porque, de futuro, qualquer outra lei, que tocassem os oficiais, poderia ser conculcada por uma explosão do sentimento público. Assim, por exemplo, a que legitimasse a repressão militar de movimentos sediciosos. Se a lei favorece em demasia os traidores, é modificarem a lei. A Câmara francesa trata agora de converter em delito de pena capital a traição, ainda quando inspirada por motivos políticos. Pela nossa parte, não temos que objetar. Fuzilar, porém, o Capitão Dreyfus em virtude de uma disposição retroa-

tiva, seria extinguir esse sentimento de confiança na seriedade da lei, *tão essencial à disciplina quanto a própria severidade.*'

"Estas palavras são do *Spectator*, que representa, na Inglaterra, a mais fina flor da cultura jornalística e, ao mesmo tempo, o equilíbrio mais exato entre as opiniões moderadas.

"A tendência, não sei se diga francesa, se latina, a condenar por impressões, a antecipar as sentenças, a se substituir aos juízes, e a ditar arestos aos tribunais tomou, neste ominoso episódio, feições dignas de estudo no seu contraste com o sentir de aquém-Mancha.

"Dias antes do julgamento, o correspondente do *Daily News* tinha com certo advogado francês um diálogo, que mereceu reprodução integral em telegrama a essa folha, uma das mais influentes na política do país. — 'A opinião, hoje, nos tribunais', dizia o jurista, 'é que Dreyfus, infelizmente, sairá absolvido.' — 'Por que *infelizmente*?' — 'Porque é deplorável que esse canalha, desonra da França, não sofra o que merece.' Mas supondo que o conselho de guerra o absolva, não acreditais na honestidade dos juízes?' — 'Os juízes farão seu dever; mas, se absolverem, é porque não terão encontrado provas contra Dreyfus.' — 'Isso é claro', acudiu o jornalista. — 'mas o que eu quero dizer', retrucou o advogado, 'é que, se não se acharem provas, será porque as autoridades as terão sonegado.' — 'Suponde, porém, a inocência de Dreyfus.' — 'Se ele fosse inocente, acreditais que haveria da parte de potências estrangeiras (da Alemanha e da Inglaterra) todo esse afã por exculpá-lo?' — 'Mas deveras andam potências estrangeiras tão empenhadas na sultura de Dreyfus?' — 'Ora muito inocente sois em fazer tal pergunta.' — 'Mas demos que assim seja: não é culpa de Dreyfus.' — 'Talvez não; mas o fato demonstra o seu crime.'

"E era um homem do foro, versado no hábito de lidar com as delicadas questões da prova judiciária, quem, de olhos fechados, fulminava essa condenação absoluta, num caso cuja prova, até hoje, não se conhece, e a cujo respeito ninguém, fora do círculo dos membros do tribunal condenador, pode afirmar sequer a existência de provas, dignas de tal nome.

"O que nos deixa calcular ainda melhor a temeridade das prevenções, que agitam, neste assunto, a fibra doentia do patriotismo francês, é a mancomunação, em que se sonhou figurarem várias potências européias como co-interessadas no escape de Dreyfus. À Alemanha coube naturalmente o primeiro quinhão na suspeita, que obrigou a embaixada do império em Paris a sair à imprensa, protestando pela sua inocência na culpa do acusado. As folhas inglesas deram-se os parabéns de que o vizinho deste lado da Mancha não fosse escolhido, para substituir, na posição de *scapegoat*, de bode expiatório, o inimigo de além-Reno. Não há dois meses que o *Figaro*, com a perspicácia de *vieux malin* que se lhe conhece, dava ao mundo a estupenda nova de que os *sportsmen* ingleses de primeira classe, os *blasés* das emoções da caça ao tigre, se tinham organizado em excursão venatória a Madagascar, com o intento de aproveitarem a expedição francesa contra os Hovas, para se exercitar no *Tir aux Français*. 'Esse esporte de novo gênero, sem precedentes nos anais do mundo civilizado e, até, do mundo bárbaro, não é de todo novo' (acrescentava seriamente a folha parisiense) 'para os nossos amáveis vizinhos da outra banda do canal. Ao que parece, já se entrega-

ram a esse passatempo contra os nossos soldados dispersos em Tonkin e no Dahomey.' E, no país mais morbidamente sensível ao ridículo, essa ridícula monstrosidade percorreu circunspectamente, como rebate dado ao sentimento nacional, toda a imprensa francesa, produzindo nos ânimos superexcitação tal, que o governo teve que descer à necessidade de desmentir a grotesca atoarda. Ainda mais recentemente, não há duas semanas, creio eu, outro jornal francês contava, com o mesmo apurmo, a história do suborno recebido pelo Sr. Clemenceau do Tesouro britânico, para advogar os interesses da Inglaterra no Parlamento e na imprensa. O deputado francês viera em pessoa a Londres, para embolsar ele mesmo a propina, que *Lord Rosebery*, o *Premier* inglês, se dignou de ir entregar-lhe no *Reform Club*, em Pall Mall. O *Daily News* esfrega as mãos de que a Inglaterra evitasse o estigma no caso Dreyfus. Essa fortuna, diz ele, vem provavelmente de estar já transbordando a taça da nossa infâmia com a transação entre *Lord Rosebery* e o Sr. Clemenceau.

"Não pode haver absurdo, já se vê, por descomunal e risível, que não encontre monção favorável na credulidade daquele país, quando a corda patriótica estremece em um desses períodos de vibração tão comuns ali desde 1870. Estranho fenômeno o da rapidez e intensidade com que, em uma nação de gênio tão lúcido, e qualidades tão fortes, esses desvarios emergem à tona da opinião agitada, assumindo às vezes a aparência das grandes vagas de tempestade.

"Considerando nisto, o observador estrangeiro dificilmente poderá furtar-se a uma impressão de dúvida em face do caso Dreyfus. Esse homem estava condenado pela intuição geral dos seus compatriotas, antes de sê-lo pelo tribunal secreto, que o julgou. Mas essa intuição ofereceria mais visos de solidez do que a que andou buscando entre as potências rivais da França outros tantos padrinhos e co-réus do acusado?

"A *St. James Gazette*, em um editorial sob o título de '*Traitor or victim?*', não vacilou em sugerir como perfeitamente possível a hipótese de uma injustiça na condenação de Dreyfus. 'Não é mister', diz ela, 'duvidar, um momento sequer, da honorabilidade dos oficiais, que constituíram o tribunal. De boa mente, e sem a mínima reserva mental, os damos por tão honestos, quanto os oficiais ingleses que funcionaram nos conselhos de guerra, a que foram submetidos os tripulantes e capitães do *Anson* e do *Victoria*. Mais não poderia dizer um inglês. E, todavia, não há quem, lendo as atas do processo nesses dois feitos, não concebesse as mais sérias desconfianças acerca da capacidade dos tribunais marciais como mecanismo fidedigno para a apuração da verdade. Um oficial e um *gentleman* não são necessariamente bons aquilatores em questões de prova. E as circunstâncias, em que se reuniu o conselho de guerra francês, não favorecem a hipótese de que estivesse em condições de deliberar com toda a imparcialidade precisa.'

"Semanas antes do julgamento o ministro da guerra qualificara de indubitável a culpabilidade do acusado. O General Mercier, na opinião dos seus próprios conterrâneos, não *prima* pela descrição; e 'não seria absurdo supor que outros, além dele, no exército francês, tivessem formado juízo antes do processo'. A arguição pertence, por sua natureza, ao número das que mais tendem a suscitar prevenções imediatas contra o acusado. Essas prevenções surgiriam naturalmen-

te, ainda quando se não tivesse produzido a exaltação pública ateadada pela declaração prematura do ministro da guerra. Nada perturba mais profundamente a serenidade aos homens públicos, em França, do que o receio de incorrerem na tacha de tibieza patriótica. A influência exercida por esse temor era singularmente agravada, na espécie, pela presunção de ameaça à 'defesa nacional'. Quando a cólera francesa se acende ao grito irreflexivo *Nous sommes trahis*, o incêndio lavra por todas as classes, poucos o evitam, e raros ousarão arrostá-lo. Os militares são, de mais a mais, especialmente susceptíveis neste particular. A imagem da Alemanha projetava sobre a questão o crepúsculo sinistro dos seus malefícios. O dever de hostilidade à velha inimiga acentuava-se em uma dessas nevroses, de que a mania da espionagem, tão comentada e já proverbial na imprensa inglesa, é outro sintoma peculiar. Dificilmente se conceberia, ainda em tribunais civis, o vigor de ânimo preciso, para julgar com calma, em França, a causa de um francês suspeito de pactuar com alemães. Que não será, nos tribunais militares, em pleito de antemão sentenciado pela 'opinião pública', e tratando-se, por cúmulo, de uma acusado, em cujas veias circula sangue judaico?

"O certo é que, valham o que valerem estas e outras interrogações, formuladas na imprensa inglesa, a cotação moral da sentença fulminatória contra Dreyfus ficará dependente sempre da confiança implícita, que os membros do conselho de guerra e a unanimidade do seu *verdictum* inspirarem, mais ou menos imperfeitamente, a cada espírito. Sete oficiais superiores não podiam conchavar-se no crime de condenar um camarada inocente. A prova, que satisfaz com igual plenitude aquelas sete consciências, devemos supor que satisfaria absolutamente a outras quaisquer, por mais propectas, exigentes e severas na liquidação da verdade judiciária. Mas, se o crédito pessoal dos juizes e a confiança na sua capacidade profissional bastassem, para dispensar a garantia suprema da justiça, a publicidade, o argumento procederia com a mesma força em relação a todos os tribunais civis e militares, aos quais todos assiste a presunção de honra e competência; e, conseqüentemente, o sigilo, a tradição medieva e bárbara, devia restabelecer-se como regra geral do processo. Rejeitar a conclusão, rigorosamente lógica, é confessar o vício da premissa. A clandestinidade do processo inquina de suspeita as decisões mais justas. Os tribunais mais ilustres dependem, para a sua respeitabilidade moral, da luz, que derramam sobre o espírito público, do esclarecido assentimento, que neste conquistam.

"Mas o segredo, no processo Dreyfus, é, talvez, conseqüência da sua origem. Segundo as notícias correntes na imprensa europeia, dentro e fora da França, todo o edifício da acusação assentava em um documento subtraído a uma legação estrangeira. Divulgá-lo seria arriscar, a um tempo, a segurança do país e a honorabilidade da acusação. Confessar a subtração era colocar-se mal, para vindicar a honra da nação, e dar ao exército, na condenação do acusado, uma lição de honra. Resta saber se a contradição moral envolvida nesse proceder não é antes uma homenagem às paixões intolerantes do que um serviço à justiça pacificadora.

"Como quer que seja, na Inglaterra a forma inquisitória dada em França a esse julgamento seria hoje impossível. O *Times*, a tradição viva deste país, exprimiu o sentimento inglês sobre o assunto num artigo memorável. Não sei resistir ao prazer de transcrever-lhe os trechos capitais. Fâ-lo-ei, porque, além de tudo, nenhum país necessita mais de lições como esta do que o Brasil destes dias.

‘Quando entramos a considerar nas circunstâncias do processo’ (diz ele), ‘não podemos acabar conosco ocultar o nosso espanto, ao vermos o modo positivo como, em Paris, vulgo e imprensa dão por incontroversa a criminalidade do acusado. Asseveram-nos que a opinião pública e os periódicos aprovam unanimemente o *verdictum* do conselho de guerra. Mas o processo correu a portas fechadas, e o público parisiense, portanto, absolutamente não pode ter fundado a sua aquiescência no conhecimento dos fatos, em que assentou a condenação. Ao instaurar-se o processo, a semana passada, o acusador por parte do governo reclamou que a investigação se fizesse em segredo. A regra geral em vigor nos tribunais militares, em França, fulmina de nulidade os processos, que se não celebrarem publicamente; mas reserva aos juízes o arbítrio de estabelecer o sigilo, nos casos em que a publicidade lhes pareça envolver risco para a moral, ou para a ordem. Assim se resolveu na espécie do Capitão Dreyfus. O seu advogado, M.^c Demange, lavrou protesto, e tentou argüir o ponto. Mas cortaram-lhe peremptoriamente a palavra. Qual seja o documento, a que ele aludiu como o único esteio da acusação, e porque reputaram necessário ocultar-lhe o caráter e a origem, questões são estas, que a resolução do tribunal deixou à mercê das conjecturas públicas. É a voz que o documento, ou os documentos, subtraídos pelo Capitão Dreyfus, tinham sido comunicados por ele à embaixada alemã, e que desta se retiraram por outro ardil do mesmo gênero. Mas, apesar de terem sido secretos os trabalhos do conselho de guerra, foram dados a lume os nomes das testemunhas, e deste modo se sabe que nem de uma nem da outra parte se citou a juízo ninguém da embaixada alemã, ou de outra qualquer legação estrangeira.

‘Não queremos censurar o melindre do povo francês a propósito de infrações que envolvem, não só a segurança de uma grande potência militar, senão também a santidade de deveres particularmente imperiosos para o soldado. Contudo, não podemos deixar de refletir que, quanto mais odioso e impopular for um crime, tanto mais de preceito é que a sua verificação e o seu castigo se rodeiem de todas as salvaguardas da justiça pública. *E delas a mais indispensável é a publicidade.*

‘Na Inglaterra seria impossível admitir uma agregação de oficiais, fossem quais fossem, o direito de julgar a portas cerradas uma querela susceptível de resolver-se em penas infamantes, mais aniquiladoras, por assim dizer, para um homem de honra, do que a própria morte.

‘Em verdade, a prevalecer o aresto desentranhado agora dos piores dias da revolução e do absolutismo napoleônico, não há motivo para não se deliberarem nas mesmas condições, a portas fechadas, sentenças capitais, sob o pretexto, cujo árbitro absoluto ficaria sendo o próprio tribunal, de que a ordem periclitaria com a publicidade.

‘Pode haver, bem se compreende, importantes documentos militares, tais quais os que se dizem desviados pelo Capitão Dreyfus, cuja natureza dite às autoridades prepostas ao serviço da guerra a conveniência de obstar-lhes a ventilação pública do conteúdo. Mas nada mais fácil a qualquer tribunal do que discutir a identidade desses documentos, e tratar a questão do seu extravio criminoso, ou da sua apreensão ilegítima, sem consentir, entretanto, em que a sua matéria transpire. Do que se praticou no processo Dreyfus, a parte censurável não está em se encobrir ao público o teor dos papéis, que se averbam de furtados, senão sim em

condenar o réu, sem a comprovação, em tribunal aberto e mediante depoimentos solenes, *de que o acusado foi realmente o autor do furto.*

‘Os membros do conselho de guerra eram, não há dúvida, homens de bem, cujo empenho se cifrava em fazer justiça. Mas, por outro lado, não podemos esquecer que o caráter da imputação, de que se fazia cargo ao Capitão Dreyfus, devia, pela sua índole, predispor contra ele o espírito do exército, bem como o do povo, e que o único amparo contra essa influência havia de estar na publicidade assegurada aos argumentos da defesa e à inquirição das testemunhas. Além de que é para temor que a propaganda anti-semítica, acesa em França, avivasse a hostilidade contra o Capitão Dreyfus, membro de uma família hebréia bem conhecida, e a favor de quem um homônimo, o Grande Rabino de França, foi nomeado testemunha. A presunção é, certamente, que a sentença do conselho de guerra obedeceu à prova confidenciada exclusivamente a esse tribunal. Mas as condições de sigilo infelizmente imposto ao processo geram dúvidas, que, no caso de arguição tão grave, associada a penas severas e oprobrias, não deviam ficar indecisas. Se importa ao povo francês guardar os segredos da administração da guerra, *infinitamente mais importante é, para ele, preservar, nas suas instituições, a justiça pública da suspeita sequer de iniquidade, ou de subserviência às correntes da paixão popular.*’

‘Esse hábito de colocar os direitos permanentes da justiça em altura inacessível às conveniências do governo, às crises da política, ao clamor das tormentas populares, é a virtude cardeal da Inglaterra. Todas as opiniões e todos os partidos, aqui, estão unificados no sentimento inerradicável desta necessidade.

‘Essa unanimidade, perpetuada através de todas as situações, nos dias prósperos e nos dias calamitosos, infundiu ao indivíduo uma confiança absoluta na ordem social, e apoiou solidamente nessa confiança o interesse comum; de modo que o povo mais individualista da terra é, ao mesmo tempo, aquele onde mais desenvolvida se acha a consciência ativa da solidariedade humana e da coesão nacional. Graças a essa estabilidade e a essa soberania do princípio jurídico, dominando todas as esferas da vida coletiva como a lei a que todas as outras leis se subordinam, é que a Inglaterra descreve, entre as outras nações, essa longa órbita de paz, cuja curva majestosa ainda está por medir.

‘Outros povos, muito menos confiantes na justiça, têm nela apenas um frágil teto de vime artístico para os dias tranqüilos e azuis, devassado, roto e lançado ao chão pela primeira borrasca que desce do céu. Esses, quando os ventos maus lhes toldam o horizonte, dão-se pressa em abandonar as garantias do direito, como os primeiros esteios ameaçados, para ir pedir ao empirismo dos políticos sem convicções, ou à estrela dos déspotas sem escrúpulos a panacéia miraculosa, ou o signo salvador. E então os mais desacreditados instrumentos da arte de oprimir, os golpes de autoridade, os tribunais de exceção, as justiças secretas se preconizam em novidades salutares, e dominam sem freio, ora em nome das leis, sofismas mais ou menos capciosamente sob color do bem público, ora em nome do bem público, declaradamente sobreposto às leis. Essas nações, fadadas ao cativo alternativo da anarquia e da ditadura, cuidam fugir da desordem, evocando o arbítrio, e não fazem mais do que oscilar periodicamente entre a agitação demagógica e a inércia servil. É para elas que se imortalizou a frase de Sieyès: ‘Não sabem ser justos, e querem ser livres!’

"Afortunada condição, a todos os respeitos e insular no meio do mundo contemporâneo, a deste país! As suas antigas liberdades, as mais veneráveis da terra, desafiavam intempéries e perigos, abrigadas à toga dos seus juizes, como as crenças austeras do seu culto sob o mármore das suas velhas catedrais.

'Com que palavras poderemos deplorar assaz o infortúnio de viver sob um governo como o nosso?' dizia, sob Luiz XVI, uma amiga de Turgot.²¹ 'Frac a desditosa criatura como sou, eu preferiria, contudo, a sorte do mais insignificante membro da nação inglesa à de soberano da Prússia.' Quantas vezes, aqui, o forasteiro experimentado nas misérias da impostura das formas liberais nos nossos tempos, sob as democracias mais pretensiosas, não será levado a fazer, em relação a elas, com a *república do Reino Unido*, o mesmo confronto, que M.^{lle} de Lespinasse, nos fins do século dezoito, em relação à monarquia francesa, evolver os olhos, com a mesma inveja, para este torrão tranqüilo, onde amadurecem, na paz e na liberdade, para uma raça privilegiada, os frutos doirados da justiça!'"²²

2. A violação de princípios fundamentais do processo penal

2.1 Uma revisão contemporânea do processo Dreyfus

Uma revisão do processo movido contra o Capitão Dreyfus à luz dos princípios fundamentais do processo penal em um Estado Democrático de Direito dos dias correntes, mostra que várias foram as transgressões cometidas não somente em relação ao acesso e à produção dos meios de prova como, também, frente a outros interesses comunitários como a publicidade dos debates e da decisão.

O processo judicial ou administrativo deve estar submetido a um regime de legalidade no qual despontam determinados princípios fundamentais para adquirir validade e eficácia. Eles se relacionam à *promoção processual*, ao *prosseguimento processual*; à *prova* e à *forma*. Entre os princípios relativos à prova se destacam: a) o *princípio da investigação*; b) o *princípio da verdade material*; c) o *princípio da livre apreciação*; d) o *princípio in dubio pro reo*.²³ E quanto aos princípios referentes à forma, avulta o da *publicidade* dos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário e das respectivas decisões.

(21) M.^{lle} de Lespinasse *apud* Lady Blennerhassett. *Madame de Staël*. [Trad. Ingl.] London, Chapman and Hall, 1889, v. I, p. 70.

Nota incluída na 1. ed. em livro das *Cartas de Inglaterra* (Rio de Janeiro: Tip. Leuzinger, 1896).

(22) Datada de Londres, 7 de janeiro de 1895. Extraída de *Cartas de Inglaterra*. Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Saúde, 1946. p. 13-38 (OCRB, v. 23, t. 1, 1896). Reproduzida por Homero Senna, em *Uma voz contra a injustiça*. Op. cit., p. 25 a 40 (notas de rodapé e destaques em grifo, do original).

(23) Este último é inerente ao processo penal e também ao processo administrativo-disciplinar.

2.2 O princípio da investigação

O princípio da investigação constitui elemento integrante da estrutura basicamente acusatória do processo penal. A sua característica essencial está na autonomia do juiz ou tribunal para a apuração dos fatos, acima e além da vontade das partes. A investigação constitui um fenômeno relativo ao *impulso* do procedimento e também à *descoberta dos fatos*. Daí a designação paralela de *princípio da verdade material*.

2.3 O princípio da verdade material

A descoberta da verdade material, nos crimes de ação pública e nas ações cíveis versando sobre interesses coletivos ou individuais indisponíveis, constitui um poder-dever do Estado, posto que a administração da justiça é uma das suas elementares obrigações.

Como acentuam Ada Pellegrini Grinover e outros, em face da “colocação publicística do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam das alegações das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares, etc”.²⁴

Assim ocorre, portanto, no âmbito do processo penal, civil ou administrativo quando o litígio versar sobre interesses da coletividade ou direitos individuais de que não se pode dispor. O magistrado, para melhor decidir uma causa envolvendo disputa entre pais e filhos menores, por exemplo, está legitimado a proceder de ofício quanto à colheita da prova. A propósito dispõe o art. 130 do Código de Processo Civil que cabe ao juiz determinar, de ofício (ou a requerimento da parte), “as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. A regra se insere no conjunto de normas que realçam os princípios da investigação e da verdade material como assunto de interesse comunitário e não apenas uma faculdade no campo probatório, a ser exercida pelos litigantes. Essa conclusão repousa no dispositivo paradigmático, segundo o qual “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (CPC art. 339).

No sistema do Código de Processo Penal, o art. 156 constitui o *marco de referência* quanto à posição dinâmica do magistrado que não permanece neutro

(24) ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo : Malheiros, 11. ed., 1995. p. 64.

diante do confronto das partes: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligência para dirimir dúvida sobre ponto relevante".²⁵ Essa regra se desdobra no art. 196 ("A todo o tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório") e no parágrafo único do art. 502 ("O juiz poderá determinar que se proceda, novamente, a interrogatório do réu ou a inquirição de testemunhas e do ofendido, se não houver presidido a esses atos na instrução criminal").

2.4 O princípio da livre apreciação da prova

O princípio da livre apreciação da prova também integra a relação dos princípios inerentes à reconstituição dos fatos e está consagrado no art. 131 do Código de Processo Civil²⁶ e art. 157 do Código de Processo Penal.²⁷ Sob outro aspecto, o princípio reflete uma das garantias elementares para o exercício imparcial da jurisdição. Com efeito, dispõe a Constituição Federal que os juízes gozam das garantias de *vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos* (art. 95) e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC 35/79) declara entre os *deveres* do magistrado o de cumprir e fazer cumprir "com *independência, serenidade e exatidão*, as disposições legais e os atos de ofício" (art. 35, I).

A regra do art. 182 do Código de Processo Penal ("O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou *rejeitá-lo*, no todo ou em parte") e do art. 436 do Código de Processo Civil ("O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados no processo") se aplicam perfeitamente ao processo ora revisto, não somente no plano das regras do processo comum como também do processo especial. Com efeito, dispõe o art. 297 do Código de Processo Penal Militar (Dec.-lei 1.002/69) que "o juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em juízo. Na consideração de cada prova, o juiz deverá confrontá-la com as demais, verificando se entre elas há compatibilidade e concordância". E mais especificamente, reza o art. 326 do mesmo Estatuto castrense: "O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou *rejeitá-lo*, no todo ou em parte".

2.5 O princípio *in dubio pro reo*

A dúvida jamais pode autorizar uma sentença condenatória em matéria criminal ou disciplinar. Esta é a firme orientação da jurisprudência abastecida por antigas fontes que admitem o natural desconhecimento por parte dos indivíduos quanto ao universo dos fatos naturais e humanos. Negando que a dúvida pudesse

(25) Corresponde ao art. 296 do CPPM.

(26) CPC art. 131. "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o entendimento".

(27) CPP art. 157. "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova".

reduzir-se à *equivalência dos raciocínios contrários*, Aristóteles identificou-lhe as faces distintas: a) como estado subjetivo de *incerteza*; b) como situação objetiva de *indeterminação*.

Em página antológica, o magistrado Souza Neto adverte, com elevação, que não se pode condenar alguém em estado de dúvida: "Não há um princípio de Filosofia, um dogma de moral, um cânone de religião, um postulado de bom senso, uma regra jurídica que autorize um pronunciamento condenatório an dúvida (...) A justiça só vive da prova. Só o arbítrio se alimenta do monstro da presunção. A dúvida é a certeza dos loucos. Estes são julgados, não julgam."²⁸

Em tema de processo penal militar, à luz do sistema positivo brasileiro, pode-se concluir que o generoso princípio está albergado pelo art. 439 do Código de Processo Penal Militar, ao prever as causas de absolvição a serem consideradas pelo Conselho de Sentença: a) estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência; b) não constituir o fato infração penal; c) não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal; d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente; e) não existir prova suficiente para a condenação. Prevalece em tais situações a regra segundo a qual "ônus da prova compete a quem alegar o fato" (CPPM, art. 296). É incumbência da acusação demonstrar a existência do fato típico, ilícito e culpável. A dúvida, portanto, em relação à ocorrência ou não de determinado *fato* deve ser resolvida em favor do acusado. Sempre que se caracterizar uma situação de prova dúbia, aplica-se o generoso princípio.

Quanto ao processo do Capitão Dreyfus, a absolvição deveria ser determinada com base na primeira hipótese (não haver prova da existência do fato), posto que o *borderaux* era um documento falso. Em outra opção do Conselho Militar, respeitado o princípio *in dubio pro reo*, a solução absolutória estaria fundada na cláusula da *ausência de prova suficiente* para a condenação.

Ao princípio do *in dubio pro reo* deve somar-se a regra elementar segundo a qual a simples presunção não pode fundamentar uma condenação. A propósito, declarava o Código Criminal do Império (1830): "Nenhuma presunção, por mais veemente que seja, dará motivo para imposição de pena" (art. 36).²⁹

Sob outro aspecto, a garantia constitucional do *direito de calar*, como um dos aspectos do princípio de que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo em processo criminal³⁰ e o princípio da presunção (*juris tantum*) de inocência, se

(28) *A mentira e o delinqüente*. Op. cit. em *A tragédia e a lei*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1959. p. 5.

(29) Não se desconhece a existência de precedentes no sentido de que a reunião de indícios convergentes e veementes podem autorizar a condenação penal (RT 395/309; 673/357; 401/285). Mas a melhor orientação é a que reproduz a lição do Código do Império, como a adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, *verbis*: "Os indícios, por mais veementes que sejam, não bastam para alicerçar um juízo condenatório" (RT 450/380) e pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (JTACRESP 51/422; 56/265 e 312; 58/253).

(30) A regra se contém no § 2.º do art. 296 do CPPM: "Ninguém está obrigado a produzir prova que o incrimine, ou ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão".

opõe ao juízo presuntivo para reconhecer a autoria ou a materialidade de um delito, na ausência de prova direta ou indireta. Os meros *indícios*³¹ não são suficientes em face da exigência do exame de corpo de delito sempre que a infração deixar vestígios, sob pena de nulidade do processo.³² Com efeito, se o silêncio do réu não pode mais ser interpretado em prejuízo da defesa,³³ também a recusa em doar material para o exame pericial deve autorizar a mesma conclusão.

2.6 A proibição da prova obtida por meios ilícitos

É curial que o procedimento a ser adotado para a realização dos meios de prova deve ser legal e legitimamente adequado, como o exige a Constituição declarando a inadmissibilidade da prova colhida por meio ilícito (art. 5.º, LVI). Antes mesmo da Carta Política de 1988, assim já o declaravam o Código de Processo Penal Militar³⁴ e o Código de Processo Civil.³⁵

O projeto de Código de Processo Penal, aprovado pela Câmara dos Deputados no ano de 1983³⁶, estabelecia: "Todos os meios legais, ainda que não especificados neste Código, são admissíveis para provar a verdade dos fatos, e, quanto ao estado das pessoas, devem ser observadas as restrições à prova estabelecidas na

(31) CPPM, art. 382. "Indício é a circunstância ou fato conhecido e provado, de que se induz a existência de outra circunstância ou fato, de que não se tem prova".

(32) CPPM, art. 328. "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado." CPP art. 500, III, *b* (nulidade por ausência do exame de corpo de delito).

(33) "O acusado tem o direito de permanecer em silêncio ao ser interrogado, em virtude do princípio constitucional – *nemo tenetur se detegere* (art. 5.º, LXIII), não traduzindo esse privilégio auto-incriminação." (STF, 1.ª Turma, HC 75.616-6 (SP), rel. Min. Ilmar Galvão, j. 07.10.1997, em DJU 14.11.1997, p. 58.767-768) E "Interrogatório – Acusado – Silêncio. A parte final do art. 186 do CPP e do art. 305 do CPPM, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, não foi recepcionada pela Carta de 1988, que mediante o preceito do LVIII (sic) do art. 5.º, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados". (STF, 2.ª Turma, RE 199.570-0 (MT), rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.12.1997, em DJU 20.03.1998, p. 17; *apud* Alberto Vilas Boas. *Código de Processo Penal: Anotado e Interpretado*. Belo Horizonte : Del Rey, 199, p. 219).

(34) CPPM art. 295. "É admissível, nos termos deste Código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou à disciplina militares".

(35) CPC art. 332. "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".

(36) Projeto de Lei 1.655 – B, publicado no Diário do Congresso Nacional de 19.10.1984, p. 002 *et seq.* O referido *disegno di legge* após aprovação com emendas na Câmara dos Deputados foi remetido ao Senado Federal e dali retirado pelo Governo.

lei civil" (art. 255). E o § 1.º do mesmo dispositivo era bem expressivo: "As provas obtidas por meios ilícitos não podem ser consideradas pelo juiz para formação de sua convicção".

Todo e qualquer elemento probatório, colhido por meio ilícito, repugna a consciência jurídica posto atentar, inclusive, contra a *dignidade da pessoa humana* que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III).

Muito a propósito, assim leciona Figueiredo Dias: "Por isso se diz que em processo penal está em causa, não a 'verdade formal', mas a *verdade material*, que há-de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo 'absoluta' ou 'ontológica', há-de ser antes de tudo uma verdade *judicial, prática* e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas *processualmente válida*."³⁷

2.7 A publicidade dos julgamentos

A publicidade dos julgamentos efetuados pelo Poder Judiciário é uma das garantias fundamentais do *due process of law*, expressamente declarada em nossa Carta Política: "A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (art. 5.º, LX). E em outra parte, reservada ao funcionamento do Poder Judiciário, a Constituição reza que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos (art. 93, IX).

Relativamente às audiências, sessões e atos processuais, a publicidade já havia sido garantida, como regra geral, pelo Código de Processo Penal, ressalvadas as hipóteses da prática da justiça a *portas fechadas* visando prevenir escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem (art. 792 e § 1.º).

No sistema do processo penal português, vigora também a mesma orientação como se poderá verificar pelo art. 86 do Código de Processo Penal de 1987. Comentando o dispositivo, Maia Gonçalves salienta que o Código inverteu a posição tradicional em matéria de segredo da justiça, pois formulou como regra e sob a cominação de nulidade, a publicidade dos atos processuais a partir da instrução.³⁸

O processo penal – comum ou especial – é sempre um *assunto da comunidade* como tem sido afirmado insistentemente e a publicidade dos atos de instrução judicial caracteriza uma das expressões de vigor dos regimes democráticos.

2.8 A forma como garantia de validade do processo

Dispõem o art. 159 e parágrafos do Código de Processo Penal: "Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por *dois* peritos oficiais. § 1.º Não

(37) FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra : Coimbra, 1981. v. I, p. 193-194 (grifos do original).

(38) MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes. *Código de Processo Penal anotado*. Coimbra : Almedina, 1991. p. 160.

havendo peritos oficiais, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, entre as que tiverem habilitação técnica relacionada à natureza do exame. § 2.º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.” O art. 422, primeira parte, do Código de Processo Civil, é imperativo: “O perito cumprirá *escrupulosamente* o encargo que lhe foi cometido, independentemente do termo de compromisso.” A regra, aplicável por analogia ao processo penal, comum ou militar,³⁹ é completada, quanto à perícia criminal, pelo disposto no art. 319 do Código de Processo Penal Militar: “Os peritos descreverão minuciosamente o que examinarem e responderão com clareza e de modo positivo aos quesitos formulados, que serão transcritos no laudo.”

É curial que a desobediência às regras de procedimento para a realização do exame, acarreta a sanção de nulidade do respectivo ato (CPPM art. 500, IV), ou seja, por “omissão de formalidade que constitua elemento essencial do processo”.

Passados quase 150 (cento e cinquenta) anos da publicação dos clássicos *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, continuam vivas as palavras que o espírito e o talento de Pimenta Bueno modelou nesta lição de resistência contra o arbítrio: “Os termos e condições que a lei prescreve, são meios protectores que garantem a execução imparcial da lei, a liberdade e plenitude da accusação e da defesa: são pharóes que assignalão a linha e norte que os magistrados e as partes devem seguir, precauções salutaes que encadeão o arbitrio e os abusos, que esclarecem a verdade, e dão authenticidade ou valor legal aos actos.”⁴⁰

E, mais incisivamente, arremata o mestre imortal: “É de maxima necessidade que haja inteira pontualidade nos actos substanciaes ou importantes do processo criminal, regras fixas; aliás não será possivel esperar a manifestação do crime ou da innocencia. É pois *consequente annular-se o processo, desde que são preteridas as suas formulas substanciaes, ou as cominações expressas da lei, porquanto o que se pratica contra seus preceitos nada vale: seria contradictorio estabelecel-as com esse caracter, e deixar violal-as impunemente.*”⁴¹

Muito pouco valeria a garantia instituída pelo princípio da legalidade em relação aos delitos e às penas (*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*) se o sistema da justiça criminal não cuidasse também da legalidade em relação aos atos e termos do processo.

Quando a forma visa preservar interesse de ordem pública – como na contraditoriedade e amplitude de defesa – a sua violação constitui nulidade absoluta. E as nulidades absolutas “não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o

(39) CPP art. 3.º. “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Os princípios gerais de Direito e a analogia podem preencher os casos omissos no CPPM, conforme dispõe o art. 3.º, incisos *d* e *e* deste Estatuto.

(40) PIMENTA BUENO, José Antonio. *Apontamentos*. Op. cit., Rio de Janeiro : Empreza Nacional do Diario, 1857. p. 59-60.

(41) Op. cit., p. 60. (grifos meus).

mesmo é evidente".⁴² Também concluindo que a nulidade absoluta fica a salvo da advertência contida no art. 563 do Código de Processo Penal é o ensinamento de Paulo Sérgio.⁴³

Tem-se entendido, e sem objeção plausível, que a violação dos princípios constitucionais incidentes no sistema e no funcionamento do processo penal, caracteriza nulidade absoluta. Com efeito, a obediência às regras do *devido processo legal* constitui requisito essencial para a correção da prestação jurisdicional.⁴⁴

2.9 O devido processo legal

A obediência à *forma* legalmente estabelecida para a realização dos atos processuais constitui uma das faces do *devido processo legal*.

A Constituição de 1988, inovando em relação às leis fundamentais anteriores, consagrou expressamente o princípio do *due process of law*.

Sob o regime das leis fundamentais anteriores o generoso princípio poderia ser extraído por via implícita, assim como se continha na *cláusula salvatória* da Constituição Federal de 1967, com a Emenda 1/69 (art. 153, § 36). No diploma vigente a matéria vem clara e expressamente consagrada: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (CF art. 5.º, LIV).

No sistema do Código de Processo Penal português o valoroso princípio do *due process of law* foi também acolhido de modo imperativo como se verifica pelo art. 2.º, *verbis*: "A aplicação de penas e de medidas de segurança criminais só pode ter lugar em conformidade com as disposições deste Código."

Maia Gonçalves, com o seu renomado prestígio de comentador, salienta: "Enquanto com o *princípio da legalidade da acção penal* se visava estabelecer o dever de acusação em relação a qualquer infracção criminal, com a conseqüente rejeição do *princípio da oportunidade*, com o *princípio da legalidade do processo*, agora consagrado e posto em lugar de destaque entestando o Código, pretende-se significar que todo o processo, *incluindo portanto o inquérito*, que é uma fase de natureza processual, está submetido às normas do Código. O *princípio da legalidade do processo*, agora consagrado, implica um dever, não só para os agentes incumbidos da sua aplicação e das normas de processo penal de natureza extravagante, os quais não poderão praticar actos processuais fora do previsto no Código, como igualmente, para o legislador, no sentido de se absterem de criar fórmulas processuais *ad hoc*, extrínsecas à estrutura do Código e pelas quais se possam aplicar penas ou medidas de segurança criminais".⁴⁵

(42) GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 24.

(43) LEITE FERNANDES, Paulo Sérgio. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: RT, 1976. p. 177.

(44) GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al.* Op. cit., p. 18.

(45) MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes. *Código de Processo Penal*, Op. cit., p. 51 (grifos do original, salvo quanto à expressão "incluindo portanto o inquérito").

2.10 *Constituição e processo penal*

Nunca é demasiada a releitura do iluminado texto de João Mendes sobre as relações entre Constituição e o processo penal. Vale transcrever: “O *processo criminal*, tem seus princípios, suas regras, suas leis; princípios fundamentalmente consagrados nas constituições políticas; regras scientificamente deduzidas da natureza das cousas; leis formalmente dispostas para exercer sobre os juizes um despotismo salutar, que lhes imponha, quasi mecanicamente a imparcialidade. Por isso, todas as constituições políticas consagram, na declaração dos direitos do homem e do cidadão, o solemne compromisso de que ninguém será sentenciado sinão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada. As leis do processo são o complemento necessario das leis constitucionaes; as formalidades do processo são as actualidades das garantias constitucionaes. Si o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discrição dos juizes, a justiça marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbitrios, seria uma occasião constante de desconfianças e surpresas”.⁴⁶

2.11 *O chamado erro judiciário*

Embora apelidado de *judiciário* o erro na apuração do fato delituoso quanto à sua autoria, materialidade ou outras circunstâncias relevantes, é geralmente de responsabilidade da má investigação por parte da Polícia Judiciária (civil ou militar) quando a colheita da prova por meios ilícitos – como a tortura – é uma deploável rotina. A Constituição de 1988, sensível a essa dramática realidade, estabelece que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário (art. 5.º, LXXV).

A revisão criminal é um dos instrumentos jurídicos para reduzir as consequências produzidas pela ilegalidade ou abuso de poder da investigação e a injustiça da condenação (CPP art. 621 *et seq.* e CPPM, art. 550 *et seq.*).

2.12 *A necessidade da revisão através da História*

Pouco tempo após a morte de Alfredo Dreyfus, seus filhos editaram o livro contendo lembranças e a correspondência em torno da vida e da terrível provação a que foi submetido o desditoso militar. A obra de Homero Senna, referida em vários momentos do presente artigo, contém a reprodução de uma fotografia da esposa e do casal de filhos de Dreyfus. Ela tem a aparência jovem e os rostos do casal de crianças estão carinhosamente acomodados nos ombros da mãe. Aquele *retrato de família* teria acompanhado o Capitão no desterro e, por isso, estaria manchado de lágrimas.

⁽⁴⁶⁾ ALMEIDA JR., João Mendes de. Op. cit., v. I, p. 8-9.

Muito mais que a recuperação da dignidade perdida e das vantagens do posto, a revisão em torno da condenação de Alfred Dreyfus deve constituir o exercício permanente das gerações que, no presente e no futuro, se comprometem a apurar a verdade através do processo criminal, extraindo das mazelas do mundo e da vida, as lições de resistência contra a opressão dos preconceitos e a tirania das paixões.

Essa é a *revisão permanente* dos erros e dos defeitos dos julgamentos temerários que são proibidos pelas mais antigas *escrituras* até aos mais modernos *códigos* de garantia da dignidade humana.