

2. DOUTRINA NACIONAL

2.2

PROVAS ETICAMENTE INADMISSÍVEIS NO PROCESSO PENAL

ADAUTO SUANNES

SUMÁRIO: 1. Prolegômenos – 2. Provas inadmissíveis – 3. A tutela da liberdade – 4. O conceito de prova – 5. A prova como elemento essencial à fundamentação – 6. Casuismo de provas eticamente inadmissíveis.

Resumo: O artigo aborda a necessidade de o Juiz Criminal zelar pela eticidade da colheita de provas, à vista dos preceitos constitucionais que impõem a todos o dever de respeitar a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Devido processo legal – Dignidade humana – Provas ilícitas – Nulidade.

1. Prolegômenos

Um pensador moderno salienta as dificuldades que os leigos têm de apreender os conceitos jurídicos, que, ao ver de muitos deles, são tão mutáveis como as estações do ano. Cita ele célebre *boutade* de Pascal, no sentido de que “quase nada há de justo ou injusto que não mude de natureza com a mudança de clima”.¹ Ilustra ainda essa perplexidade com uma observação de Julius Kirchmann, ele mesmo um jurista: “o sol, a lua, as estrelas brilham hoje da mesma forma que há milhares de anos; a rosa desabrocha ainda hoje tal como no paraíso; o Direito, porém, tornou-se desde então diferente. O casamento, a família, o Estado, a propriedade passaram pelas mais diversas configurações”.²

Talvez que tais afirmações mereçam uma ressalva: se é fato que a rosa, deixada ao sabor das forças da natureza, teria atingido o ápice de sua evolução sem a participação do ser humano, também é fato que as flores (tomemos os híbridos da orquídea, por exemplo, ou mesmo a raríssima rosa negra) ou, genericamente, os vegetais conhecem algum tipo de transformação decorrente da chamada engenharia genética, o que as torna bem diferentes do que eram no tal paraíso, graças

⁽¹⁾ Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 7. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, p. 15.

⁽²⁾ Ob. cit., p. 16.

precisamente à intervenção do ser humano. O sol e a lua, também citados no exemplo trazido, talvez não signifiquem hoje o que significavam outrora, quando a necessidade da mitificação³ lhes dava atributos que, na realidade, a ciência veio a demonstrar não corresponderem a qualquer base real. E quando falamos em ciência queremos dizer "o estágio atual do conhecimento humano", evidentemente.

Ao jurista, de fato, parece destinado o papel de questionador constante das verdades sabidas, no que diz com a conduta humana, por mais ressabidas que sejam. Até ontem, era comum aprendermos (e ensinarmos) a diferença entre prole legítima e ilegítima, não sendo tão distante assim o uso do qualificativo *bastardo* para qualificar alguém, como se ele fosse o responsável pelas circunstâncias em que foi gerado. Quem sustentaria hoje a validade de tais distinções?

Mas insta reconhecer que esse avanço é muito lento, sem a menor dúvida. Para termos uma idéia dessa lentidão no avanço no rumo do aprimoramento das normas jurídicas, comparemos alguns atos internacionais que cuidam de tema eticamente relevante (para não ficarmos no campo das normas baixadas por mera conveniência ou oportunidade do momento político): a Declaração Universal dos Direitos Humanos (aparentemente, nada mais do que um romântico rol de boas intenções dos Estados aderentes) foi proclamada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, sendo assinada pelo Brasil nessa mesma data. Já o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela ONU em 1966, que continha algo mais do que um pretenso rol de boas intenções, somente veio a ser ratificado pelo nosso país em 1992, um quarto de século depois.⁴

Aliás, se compararmos a distância que separa a assinatura de tratados versando o reconhecimento de direitos humanos fundamentais e a data de sua ratificação pelo nosso país,⁵ poderemos concluir que uma coisa é reconhecer a dignidade humana,⁶ outra, muito diferente, é respeitá-la e fazê-la respeitar.

Com efeito, na sempre repetida lição de Palazzo, "a penetração dos valores constitucionais no corpo do sistema penal (como, de resto, no de qualquer outro ramo do ordenamento) pode ocorrer mediante a *via legislativa* por intermédio de leis de atuação constitucional, ou pela *via jurisdicional*, entendendo-se como tal não apenas o trabalho de adequação do magistrado a quanto se contenha nas malhas da lei, mas, principalmente, a decisiva atividade da Corte constitucional",⁷ destacando o mesmo autor as dificuldades em o Judiciário conciliar os avanços constitucionais, em tema de humanização do processo penal, com o cha-

(3) Cf. Adauro Suannes. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. RT, 1999. Cap. I.

(4) Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Max Limonad, 1996. p. 337.

(5) Cf. Flávia Piovesan, ob. e loc. cit.

(6) "A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos (...) a dignidade da pessoa humana" (CF/88, art. 1.º, III).

(7) Francesco Palazzo. *Valores constitucionais e direito penal*, Fabris, p. 30.

mado “alarme social” produzido pelo recrudescimento da criminalidade e as exigências de “prevenção geral” que se espera da atuação do juiz criminal,⁸ mesmo porque é inegável a presença de uma “intrínseca e específica politicidade” no direito penal,⁹ que o Judiciário não pode ignorar.

O art. 5.º da atual Constituição Federal, em seu inciso LVI, afirma que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O primeiro efeito prático desse dispositivo, que contempla, mais do que um princípio ético, uma regra imperativa, deveria ser o de levar os aplicadores do Direito a rever se o sol e a lua continuam a brilhar como brilhavam antes de tal afirmação, ou se a mudança do clima constitucional tornou injusto algo que até então nos parecia tão justo.

2. Provas inadmissíveis

O título oficial do tema é “Provas Ilícitas”, expressão que não é aceita sem reservas pela doutrina.¹⁰ É que, de um lado, costumam-se dividir as provas ilícitas em “provas ilícitas” (*i.e.*, quando colhidas extraprocessualmente em condições inaceitáveis) e “provas ilegítimas” ou ilegitimamente colhidas (quando produzidas em Juízo sem observância do devido processo legal), dando-se, assim, o nome do gênero também a uma de suas espécies. Aliás, nos dicionários encontramos como sinônimo de *ilícito* precisamente o *ilegítimo*. Em segundo lugar, a idéia de ilicitude, tanto quanto a de ilegitimidade, pode fazer supor que a prova será lícita ou ilícita na medida em que haja lei proibindo ou permitindo tal ou qual tipo de prova. Sob tal ótica, desde que a lei permita a tortura (e já houve lei que a permitisse),¹¹ a confissão assim obtida será prova lícita. Não parece ser isso o que se pretende quando se cuida do tema destas considerações.

(8) Cf. ob. cit., p. 63.

(9) Cf. ob. cit., p. 17.

(10) Pietro Nuvolone, citado por Ada Pellegrini Grinover. *Liberdades públicas e processo penal*, RT, 1982. p. 135.

(11) A bula *Ad Extirpanda*, do Papa Inocêncio IV, recomendava o uso da tortura não tanto para se obter a confissão do herege, mas especialmente para que este indicasse o nome de outros hereges. Interessante também observar que, enquanto a Constituição Política do Império, no art. 179, § 19, abolia expressamente tal tipo de prova (“Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis”), nem a Constituição republicana de 1934, nem a de 1937 ou a de 1946 cuidaram do assunto. Como sabem até as pedras, tal modalidade de convencimento continua a ter grande aceitação em muitas de nossas Delegacias de Polícia. Frei Beto, em seu livro *Batismo de sangue*, descreve com pormenores a utilização, nos dias negros da Revolução de 64, de métodos de tortura, que já existiam muito antes dela, como o popular “pau-de-arara” (primeiramente, o interrogando é desnudado e sentado no solo; depois, as pernas dobradas são passadas pelos braços em arco, com as mãos amarradas uma à outra pelo pulso; em seguida um longo cano de metal é passado por sob os joelhos dobrados do

A expressão “provas eticamente inadmissíveis” parece-nos expressar mais adequadamente a reação das mentes bem formadas a certos procedimentos que, em Juízo ou fora dele, viciam¹² a colheita da prova, pois sua aceitação implicaria, em última análise, em permitir o julgador que o Estado faça (ou fazer ele mesmo) justamente aquilo que, por haver sido cometido pelo particular, deu ensejo à investigação ou à ação penal de que se cuida.

Verdade é que, levando-se a questão para o campo da Ética, não se conseguirá cobrir o flanco às críticas, pois nada mais difícil do que obter unanimidade quando se cuida de extremar as diferenças entre os deveres decorrentes da Ética e aqueles de que cuida o Direito, além da não menor dificuldade em fundamentar-se cientificamente a razão de ser das normas puramente éticas.¹³ É verdade também que a expressão “inadmissibilidade”, quando se refere a provas, diz, como se verá adiante, respeito à fase anterior à produção. Aqui, contudo, a inadmissibilidade ética dirá respeito a todas as fases em que se desdobra a colheita da prova (protesto, admissão, produção e avaliação).

Quanto à Ética, lembremos que a Deontologia (termo cunhado, como sabido, pelo filósofo inglês Jeremias Bentham para designar a ciência dos deveres em geral) também se refere aos profissionais do Direito, quando se fala, um tanto inadequadamente, em Deontologia Jurídica.¹⁴ É, pois, no campo desse ramo da Deontologia que vamos encontrar as regras que regem a atividade dos operadores do Direito, Juízes em particular.

Quais, porém, os deveres dos juízes? Tomemos a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC 35/79), que deveria cuidar do tema. Em seu art. 35 trata ela de alguns desses deveres, que roçam pela obviedade, não fossem eles sistemática e impune-mente desrespeitados por muitos de seus destinatários: comparecer às audiências, não exceder os prazos legais, residir na comarca, tratar as partes com urbanidade.

interrogando e suspenso pelas pontas sobre dois suportes; por efeito da gravidade, a cabeça pende em direção ao solo, em posição já em si insuportável. Choque elétrico em partes sensíveis do corpo ou mesmo introdução de objetos no ânus completam o tormento), o “telefone” (vindo por trás do preso, que está sentado, com as mãos em concha o torturador desfere dois tapas simultâneos, um em cada ouvido, o que, não poucas vezes, causa a ruptura do tímpano), o “afogamento” (a colocação da cabeça do interrogando em um balde com água por alguns segundos, em vários momentos sucessivos, causando-lhe pânico, pela iminência da morte, sem deixar vestígios aparentes) ou o “garrote” (o pescoço do interrogando é envolvido por um pano, cujas pontas são puxadas em sentidos opostos, durante algum tempo, impedindo a oxigenação do cérebro. Às portas do desfalecimento, a pressão é afrouxada, para ser recomeçada logo depois de o interrogando recuperar-se. Quando os torturadores calculam mal esse tempo, tanto aqui como no “afogamento”, acabam por causar a morte do interrogando. Tal teria ocorrido, nos porões do DOI-CODI, com o sempre lembrado jornalista Wladimir Herzog).

(12) *Rectius*, devem viciar.

(13) Carlos Santiago Nino. *Ética y derechos humanos*. 2. ed., Astrea, 1989. p. 45 et seq.

(14) Cf. Luiz Lima Langaro. *Curso de deontologia jurídica*. Saraiva, 1996. p. 3.

Curiosamente, o mesmo autor que arrola tais deveres, dando-lhes dimensão ética incomum, parece considerar os deveres previstos no art. 35 da LOMAN mais importantes do que a lição de Francisco Campos, que reproduz textualmente: “a sentença é um ato formal peculiar ao poder conferido ao juiz. Ela deve estar conforme ao direito. Constitui um dos fundamentais deveres do juiz – uma rigorosa obrigação moral e legal – que deve dar as razões por que decide”.¹⁵

Tal transcrição é feita depois de reproduzir ele aqueles deveres legais, antecedendo tal lição de curioso comentário: “inúmeros outros atos processuais constituem outros tantos pequenos (*sic*) deveres funcionais do juiz”.¹⁶ Ser gentil com as partes (elementar norma de boa-educação) é, a julgar por tal observação, mais importante, deontologicamente falando, do que fundamentar as decisões.

Ao que temos, porém, o dever primeiro do juiz é o de fundamentar cada ato que pratica no processo, reportando-se sempre a elementos dos autos, pois é absolutamente inaceitável que os atos judiciais sejam mera expressão da autoridade de membro do Poder Judiciário. Quando mais não seja, será isso o cumprimento de norma constitucional expressa.¹⁷

É sob esse enfoque que tentaremos chegar ao núcleo do tema que nos ocupa, conhecendo de antemão a aspereza do caminho.

3. A tutela da liberdade

Condição para que alguém ingresse em Juízo é o legítimo interesse, que se confunde com a necessidade do processo, visto ele como derradeiro modo de obter a satisfação da pretensão desatendida. Em tais casos, “há o interesse de agir, de reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que este tutele o interesse primário, que de outra forma não seria protegido”, na expressão do Min. Amaral Santos.¹⁸ Se o processo não se mostra necessário, não há interesse em molestar o Estado com atividade tão onerosa, tal como se dá naqueles casos em que a lei permite a imposição da vontade de uma das partes sobre a outra ou na auto-composição dos interesses em conflito.¹⁹

Em sendo isso assim, bem vistas as coisas, quando se trate de infração penal, quem tem legítimo interesse (visto como necessidade do processo) para estar em Juízo, porque tem um direito subjetivo cujo exercício está sendo ameaçado (o interesse de continuar a desfrutar da liberdade) é o suspeito. Ele é que necessita de recorrer ao Estado-Juiz para que essa ameaça a seu interesse, que ele reputa

(15) Ob. cit., p. 87.

(16) Ob. cit., p. 86.

(17) Cf. CF/88, art. 193, IX.

(18) *Primeiras linhas de direito processual civil*. Saraiva, 1987. p. 172.

(19) Depois de citar Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, afirmando que a autodefesa é uma forma “egoísta” de solução extrajudicial do conflito, sendo a autocomposição uma forma “altruísta”, observa José Frederico Marques: “a autodefesa ainda é usada, com plena consagração jurídica, para realizar, em alguns casos, a composição de

legítimo, não se concretize. É o Estado-Administração que está questionando e pondo em perigo essa pretensão à liberdade, mesmo porque o Estado, detentor do *jus imperii*, não necessita, em princípio, do processo para impor sua vontade.²⁰ Logo, há que se encarar o processo como *actum trium personarum*, porém sob a ótica de quem dele precisa, que é o titular do direito público à liberdade. Falar, pois, em processo penal acusatório será reconhecer a necessidade de um processo de partes, como exigência de uma sociedade democrática, na qual a dignidade da pessoa humana é valor cujo respeito deve partir do próprio Estado.

Sob tal enfoque, a aplicação da pena ao criminoso não é a finalidade do processo penal, mas consequência dele. Na sentença, deveria o magistrado dirigir-se ao acusado e dizer-lhe: “porque lhe foi assegurado um julgamento justo, com observância dos preceitos constitucionais referentes ao devido processo legal, em especial o princípio contraditório, com a mais ampla defesa possível, e porque não há em meu espírito qualquer dúvida razoável quanto à autoria e a culpabilidade em face de fato criminalmente típico plenamente comprovado, eu o condeno à pena que assim fixo e justifico: (...)”.

Não é, positivamente, o que ocorre na maioria dos processos criminais, quando, como regra, o juiz se vale dos mais diversos expedientes para tangenciar as garantias constitucionais do réu, “salvando” o processo, em nome de um abstrato combate à criminalidade, como tantas vezes se lê em repositórios de jurisprudência. A possibilidade de anulação parcial da decisão condenatória,²¹ por exemplo, é invenção que tem por evidente finalidade evitar o reconhecimento da prescrição que beneficiaria o réu, como se o acusado fosse responsável pela demora no processamento do feito.

Como decorrência desse enfoque, a distinção entre processo penal inquisitivo e processo penal acusatório não se limita a mera diferença de procedimentos. É uma questão ideológica. De fato, depois de afirmar que o processo penal do tipo acusatório é resultado de uma evolução do processo inquisitório, pondera Jorge de Figueiredo Dias que o que está na base dessa evolução é o fato de “a imparcialidade e objectividade, conjuntamente com a independência, (se-rem) condições indispensáveis de uma autêntica decisão judicial”.²²

litígios” (*Instituições de direito processual civil*, 1962. t. I, p. 29). O poder assegurado ao vizinho de cortar os ramos de árvore alheia que lhe invadem o espaço aéreo do terreno, sem valer-se do Judiciário (CC, art. 538), bem ilustra tal direito, que só imprópriamente se poderia chamar de solução egoísta.

(20) Para confirmar isso, pense-se na estapafúrdia “prisão temporária” (nome que sugere que a prisão preventiva e mesmo a decorrente da condenação definitiva sejam “prisões perpétuas”...) que pode (!) ser decretada antes mesmo de haver elementos para a decretação de uma prisão preventiva (Cf. Lei 7.960/89, art. 1.º, I).

(21) Cf., dentre outros, o acórdão proferido pelo STF, rel. o Min. Moreira Alves, no julgamento do HC 77.613-7/SP, efetuado em 06.10.1998 e publicado no DJU de 14.04.2000 (*Boletim do IBCCrim* 90, maio, 2000).

(22) *Direito processual penal*. Coimbra Ed., 1974, v. I, p. 136.

Muitos de nossos autores, no entanto, aceitam passivamente a possibilidade de um processo misto (inquisitivo na procura da verdade, garantístico²³ ao limitar a atuação do juiz), em nome de um necessário combate à criminalidade, como se uma coisa não inviabilizasse a outra, além de significar manifesta involução, no que diz com a democratização da sociedade.

Tem-se dito, em realidade, que o processo penal tem por finalidade o esclarecimento de fatos criminalmente típicos ocorridos e, portanto, o restabelecimento da verdade ou obtenção de certeza sobre como eles se passaram. Parece-nos, no entanto, chegado o tempo de pormos fim à velha afirmação no sentido de que o Direito Processual Penal é “a disciplina jurídica que se ocupa com a atuação jurisdicional do Direito Penal”,²⁴ ou que, sendo o Direito Processual “uma ciência autônoma no campo da dogmática jurídica”, tem tal ciência como finalidade “conseguir a realização da pretensão punitiva derivada da prática de um ilícito penal, ou seja, aplicar o Direito Penal”.²⁵ O último autor referido, continuando a identificar Direito Processual com processo, afirma: “tem, portanto (o Direito Processual Penal) um caráter instrumental: constitui o meio para fazer atuar o direito material penal, tornando efetiva a função deste de prevenção e repressão das infrações penais”.²⁶

Que o Direito Processual Penal, como ciência, seja o ramo do Direito Público que estuda o processo penal parece de todo óbvio. Mas, qual a finalidade desse processo, enquanto aplicação prática dos conceitos estudados naquela ciência?

Para o clássico Santoro, o processo penal é um conjunto de atividades voltadas para a finalidade da descoberta da existência de um crime e seu autor, objeto de condenação, se afirmativa a pesquisa.²⁷ Na conhecida afirmação de Cordero, pretendendo simplificar as coisas, “nel processo penale il tema della decisione consiste nel puro e semplice dovere di punire, affermato o negato secondo che sia o meno risultata l'esistenza del reato”.²⁸ Coisa diversa não dizia De Marsico: “o Direito Processual Penal estuda o conjunto das normas ditadas pela lei, para aplicação do Direito Penal na esfera judiciária, tendo por fim não só a apuração do delito e a atuação do direito estatal de punir em relação ao réu, mas também a aplicação das medidas de segurança adequadas às pessoas socialmente perigosas e a decisão sobre as ações conexas à penal”.²⁹

(23) Se a palavra “arte” nos deu o substantivo “artista” e o adjetivo “artístico” e se a palavra “propaganda” nos deu o substantivo “propagandista” e o adjetivo “propagandístico”, em face da palavra “garantia” poderíamos ter o substantivo “garantista” (igual a “garantidor”) e o adjetivo “garantístico”. Como ambos são neologismos, o uso e o tempo dirão qual das formas será dicionarizada.

(24) Edgard Magalhães Noronha *Curso de direito processual penal*. Saraiva, 1964, p. 5.

(25) Júlio Fabbrini Mirabete. *Processo penal*. Atlas, 1991. p. 30.

(26) Idem, ibidem.

(27) Cf. Arturo Santoro. *Manuale di diritto processuale penale*. Unione Tipografico-Torinese, 1954. p. 3.

(28) Franco Cordero. *Procedura penale*. Giuffrè, 1971. p. 13.

(29) Alfredo De Marsico. *Lezioni di diritto processuale penale*. Apud Edgard Magalhães Noronha, ob. cit., p. 5.

Tantos autores quantos se consultem entre nós afirmarão sempre que a finalidade do processo penal é aferir se é caso de aplicar pena ou não, em face da pretensa ocorrência de fato criminalmente típico.

Em realidade, o nosso Código de Processo Penal caracteriza-se por aquilo que José Frederico Marques chamava de "autoritarismo processual", de evidente inspiração fascista.³⁰

Ingressamos, já agora, no campo político, no questionamento da ideologia do legislador e do juiz criminal que vai aplicar essa lei. Se qualquer homem, jurista ou não, é ele e sua circunstância, como dizia o sábio espanhol, o julgador não está alheio a uma constelação de influências que, queira ou não, vem a moldar sua personalidade, e, portanto, nortear sua visão do mundo, do destino das pessoas e das instituições humanas. Não há fugir dessa consequência que outro nome não pode ter que o de "comprometimento ideológico". Isso explica porque preceitos constantes de tal Código sobrevivem a uma Constituição que tem como um dos seus alicerces nada menos do que o respeito à dignidade da pessoa humana. É a lição de Flávia Piovesan: "Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular".³¹

Foi essa visão de um processo restritivo das liberdades, própria dos autores italianos, influenciados pela cultura política de sua época, que se radicou em nossa doutrina, até porque não se desconhece que o nosso vetusto Código de Processo Penal pende de substituição até hoje, pesassem as tentativas feitas em tal sentido.

Por vezes se nota nos processualistas penais alguma preocupação com o ser humano, não já por sua condição de objeto do processo penal (a ênfase dada ao processo penal como instrumento de concretização do Direito Penal não decorre da existência de crimes, mas da existência de alguém concretamente considerado como seu autor), mas como sujeito de direitos: "pode-se, pois, definir o Direito Processual Penal como o ramo do direito público que consiste no conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade da jurisdição, o exercício da ação e o processo em matéria penal, bem como a tutela da liberdade de locomoção".³² Ao aludir à tutela da liberdade de locomoção parece que o autor referido tem em mente apenas o processo de *habeas corpus*. Na mesma obra, contudo, o autor refere-se ao processo, em geral, como dupla garantia: "garantia ativa porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para a reparação dessa ilegalidade"; garantia passiva porque "impede a justiça pelas próprias mãos, dando ao acusado a possibilidade de ampla defesa contra a pretensão punitiva do Estado, o qual não pode impor restrições da liberdade sem o competente e devido processo legal".³³

(30) *Elementos de direito processual penal*. Forense, 1965, t. IV, n. 940.

(31) Flávia Piovesan, ob. cit., p. 59.

(32) Vicente Greco Filho. *Manual de processo penal*. Saraiva, 1999, p. 82.

(33) Greco Filho, ob. cit., p. 45.

A própria Itália, de fato, entendeu chegado o momento de rever o sistema jurídico que por tantos lustros regera lá o processo penal. Ninguém mais autoriza do que Ada Pellegrini Grinover para registrar essa mudança de rumo, assente na convicção de que “o processo penal deve pautar-se por uma escrupulosa regra moral, que reafirma o ideário do sistema processual penal segundo o qual, no embate entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade, deve dar-se preferência à inocência do acusado em relação à defesa social”.³⁴

Os doutrinadores modernos negam que a principal finalidade do processo penal nas sociedades democráticas seja a de ver concretizada a pena abstratamente prevista na lei penal, e, para tanto, a reconstituição fiel dos fatos ocorridos tipificadores de delito, ou seja, a verdade.

Com efeito, se o que deveria triunfar no processo penal fosse a verdade real, por que não se assegura ao Estado o mesmo direito que se assegura ao réu de buscar a revisão da decisão definitiva que lhe foi desfavorável? Os membros da sociedade têm o legítimo interesse em viver em um clima onde não triunfe a mentira, eticamente inaceitável. Logo, sob que fundamento ético impedir isso? Em realidade, “a lei ergue aqui uma barreira de preclusão. Não permite que volte a discutir-se a expressão da vida que foi objecto de decisão, sempre que se pretenda reexaminar um comportamento humano (acção ou omissão) que foi objecto de conhecimento e decisão por parte do magistrado, com sentença que adquiriu o carácter de definitividade e imutabilidade. *Roma locuta, causa finita*”.³⁵

Só o carácter quase divino do julgador permitiria que fosse isso diverso.

Ou, nas palavras de Ada Grinover, “na medida em que o ideal processual é representado pela predominância do interesse público com relação à tutela dos direitos individuais, a liberdade do juiz fica cada vez mais ampla, por tender à descoberta da ‘verdade material’. A verdade material torna-se obsessivo refrão do inteiro sistema processual, e o princípio do livre convencimento é visto como necessidade de remover qualquer obstáculo formalista à investigação”.³⁶

Exatamente por ser isso incompatível com algo que se possa chamar de uma sociedade democrática, há que se reconhecer que a finalidade do processo penal é, antes e acima de tudo, assegurar ao acusado a preservação de sua liberdade e a manutenção do seu estado de inocência até o momento em que o Estado demonstre, pelo órgão incumbido disso, a necessidade de cercear-se aquela liberdade, seja pela ocorrência de fato grave ensejador de provimento cautelar a ser solicitado ao juiz (a prisão preventiva), que o apreciará, seja em vista da comprovação cabal dos fatos e sua autoria.

Ainda que se possa contrapor à mera verdade formal a expressão “verdade material”, menos comprometida filosoficamente (toda adjetivação sempre com-

(34) “Influência do Código-Modelo de Processo Penal para Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro”. *O Processo em evolução*. 2. ed., Forense Universitária, 1998. p. 232.

(35) Giuseppe Bettiol. *Instituições de direito e processo penal*. Coimbra Ed., 1974, p. 311.

(36) Ada Pellegrini Grinover. *Liberdades públicas*, p. 63.

promete a essência da coisa adjetivada), isso não altera os dados da questão. “O termo ‘verdade material’ há de ser tomado em um duplo sentido: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, 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: uma verdade processualmente válida”.³⁷

Assim, o juiz criminal há de ter em conta a natural limitação do ser humano, no que diz com a procura da verdade (mais exatamente, com a procura do conhecimento de fatos passados), a ser feita sem perder de vista que, qualquer seja a gravidade do fato, há um ser humano apontado como sendo seu autor. Ou, para reproduzirmos a lúcida observação de Bettiol: “Numa determinada óptica, o princípio do *favor rei* é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado inspirado, na sua vida política e no seu ordenamento jurídico, por um critério superior de liberdade. Não há, efectivamente, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento”.³⁸

Por dever ser eminentemente garantístico o processo penal, quando o juiz ou tribunal tomar conhecimento de que alguém sofre ou se encontra na iminência de sofrer restrição indébita a seu direito de liberdade, passará, *ex officio*, ordem de *habeas corpus* para que esse incômodo não se concretize ou cesse, se já realizado.³⁹ Da mesma forma, se apenas um dos réus houver recorrido e o conteúdo da decisão se aplicar a mais algum dos condenados, o Tribunal a ele estenderá, também *ex officio*, o resultado do recurso, desconsiderando a coisa julgada formal.⁴⁰

Não é, porém, o que a visão civilista do processo penal por vezes leva nossos juízes a afirmar,⁴¹ por evidente descuido e conseqüências lamentáveis.

(37) Cf. Ada Grinover, ob. cit., p. 61.

(38) Giuseppe Bettiol, ob. cit., p. 295.

(39) Cf. CPP, art. 654, § 2.º.

(40) Cf. CPP, art. 580.

(41) Eis um desses julgados, provindos de nossa Suprema Corte: “Julgamento em Segunda Instância – Nulidade – *Reformatio in melius* – Inadmissibilidade – Recurso exclusivo da acusação – Ofensa ao princípio *tantum devolutum quantum apelatum* – Recurso extraordinário provido – Inteligência do art. 574 do CPP” (STF RT 580/453, rel. o Min. Décio Miranda). Veja-se o que se contém, como conseqüência disso, no seguinte acórdão: “É certo que o réu foi condenado sem prova da materialidade do delito pertinente ao entorpecente. Todavia, como se viu, não é possível absolvê-lo adotando-se o princípio da *reformatio in melius*. ... Diante desta constatação, restaria ao réu, no caso *sub judice*, acesso à revisão criminal, que atuaria como ação rescisória da coisa julgada, no que tange à comprovação da materialidade do porte do entorpecente” (TJSP RT 743/612, rel. o Des. Bittencourt Rodrigues). De concessão de *habeas corpus* de ofício nem falar, o que significa que, por evidente e reconhecido erro do Estado, alguém ficará preso indevidamente sabe-se lá por quanto tempo. Que lhe adiantará eventual indenização que venha a receber – se vier! – futuramente?

Não se estará em tais casos, como poderia parecer à primeira vista, diante de expressão do princípio da verdade real, mas tão somente de atendimento ao respeito à dignidade do ser humano, imposto, no campo jurídico, pelo texto constitucional, e que, já agora no campo da Ética, as consciências bem formadas não aceitam sofrer injustiças.

A descuidada afirmação de que o processo penal deve perseguir intransigentemente a verdade real tem sido responsável por inúmeras deformações do processo, com afirmações e decisões descabidas, que desconsideram o longo caminho do *due process of law*.

Éticamente, portanto, o processo penal é limitação do poder do Estado. Qual, então, o alcance dessa limitação do juiz na procura da verdade processual?

4. O conceito de prova

Por que se fala em *devido* processo? Simplesmente porque as cláusulas que o caracterizam devem ser obrigatoriamente observadas, não pelo réu, mas pelo Estado, na pessoa de quem o apresenta no processo, alguém esse que jurou cumprir a Constituição, para que o julgamento do réu possa ser considerado um *fair trial*. Enquanto no processo civil a previsão legal das preclusões impede que a parte (autor ou réu) atue a destempo, no campo criminal isso não se justifica, exatamente em face da natureza tão diversa dos bens que são objeto de um e outro desses dois tipos de processo. Sendo assim, a preclusão somente pode ser invocada em benefício do acusado, como se dá com a prescrição, que pode até mesmo levar a sentença a ter consequência autofágica (o reconhecimento de prescrição ocorrida antes da sentença pela consideração da pena fixada na sentença), o que é impensável no campo civil.

O art. 485 do CPC, por exemplo, diz caber ação rescisória quando a decisão⁴² contenha vícios formais⁴³ ou violar “literal disposição de lei”, sem qualquer possibilidade de reavaliar-se a prova produzida. O inciso I do art. 621 do CPP, contudo, base da quase totalidade de tais ações, quando cuida da revisibilidade da decisão condenatória, se utiliza da expressão “evidência dos autos”,⁴⁴ que exige alguma digressão.

Que é “evidência”, em português? É “clareza, qualidade do que não necessita de demonstração para ser compreendido”, ensina-nos Silveira Bueno.⁴⁵ Segundo

(42) Embora o artigo fale em “sentença”, obtempera Theotonio Negrão: “também o acórdão, claro” (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 30. ed., Saraiva, 1999, nota 1 ao art. 485).

(43) Basicamente, falta de isenção do julgador, comportamento inadequado do autor ou de ambas as partes ou violação da coisa julgada.

(44) “A revisão dos processos findos será admitida (I) quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos” (CPP, art. 621).

(45) *Grande dicionário etimológico prosódico da língua portuguesa*. Saraiva, verbete “evidência”.

o Aurélio, evidência é “qualidade do que é evidente; certeza manifesta”. E acrescenta: “(filos.): caráter de objeto de conhecimento que não comporta nenhuma dúvida quanto à sua verdade ou falsidade”.

Em inglês, todavia, tal palavra é utilizada para referir-se à própria prova. Evidência é o conjunto de elementos probatórios.⁴⁶ É a certeza processual que decorre desse conjunto, *beyond a reasonable doubt*. E tanto é assim que o juiz do *common law* não está preocupado com a inalcançável verdade. Ao término do julgamento ele não profere algo como “fez-se justiça”, ou “descobriu-se a verdade”, ou “chegou-se à certeza”, mas simplesmente, em atitude solene, decide: “*case closed*”.⁴⁷

Sendo isso assim, que devemos entender por prova? É “o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”, dizia o clássico Malatesta.⁴⁸ Que é, porém, a verdade? Diga lá o evangelista.⁴⁹

Rigorosamente, as coisas não existem e, portanto, qualquer evidência pode ser uma falácia. O que existe é o conhecimento que temos delas, é a idéia que se forma no espírito humano e que, segundo se supõe, corresponda fielmente àquilo que se pretende conhecer. O fato de haverem sido vistos e até fotografados não nos traz a certeza a respeito da existência dos chamados “discos voadores”;⁵⁰ o rosto que aparece no conhecido sudário será ou não de Jesus Cristo de acordo com as convicções pessoais do interessado. Daí a conhecida dissertação de Mittermayer a respeito de “verdade”, “certeza” e “convicção”.⁵¹

Como a finalidade do processo é reproduzir uma realidade que lhe é anterior, tudo o que as provas permitem é chegarmos a um juízo de probabilidade. Ou, no dizer de Mittermayer, “a concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito”.⁵² E o resultado final da ação, no campo criminal, dependerá da maior ou menor resistência desse juízo de probabilidades às dúvidas que no processo foram suscitadas. Eticamente, somente deverá haver condenação quando o julgador superar a chamada *reasonable doubt*, por isso que, estando o espírito *in dubio*, a decisão deve ser *pro reo*.

(46) “Any species of proof, or probative matter, legally presented at the trial of an issue, by the act of the parties and through the medium of witnesses, records, documents, exhibits, concrete objects etc.” (*Black's law dictionary*, verb. evidence).

(47) Isto é, a causa (ou processo) que havia sido aberta, agora está fechada, ou, na voz de nossos dubladores da televisão, “caso encerrado” (isto é, não se fala mais nisso).

(48) *A lógica das provas em matéria criminal*. Bookseller, 1996. v. I, preâmbulo.

(49) Cf. João, 18, 38.

(50) Um livro famoso, cujo título era uma interrogação (*Eram os deuses astronautas?*), costumava ser referido por muitas pessoas com a frase no afirmativo, como se o autor, Daniken, estivesse a confirmar as convicções íntimas do leitor, no sentido de que eram, de fato, meros astronautas, provindos de outra galáxia, aqueles que os livros sagrados chamavam deuses. A mera especulação do autor transformava-se em certeza para o leitor.

(51) *Tratado da prova em matéria criminal*. Bookseller, 1997. p. 59.

(52) Ob. e loc. cit.

“De um modo geral, e sem entrarmos em minúcias, a doutrina e as leis brasileiras sempre admitiram que a finalidade do processo não é aceitar, como verdade, o que certas *provas*, no seu aspecto exterior ou formal, indicam, mas perscrutar, descobrir a verdade verdadeira. Em nosso Direito, ontem como hoje, o juiz nunca foi um autômato: as leis e a doutrina sempre forneceram a experiência processual, mas não suprimiram a independência do magistrado”, dizia Theodolindo Castiglione.⁵³

Não se poderá, contudo, ver nessa afirmação a contemplação de um poder discricionário do julgador, pois o mesmo autor ressaltava: “não se trata de um livre convencimento arbitrário, mas de um livre convencimento que se forma na consciência do juiz, em virtude das provas do processo”.⁵⁴

E se dúvidas houvesse, eis o que diz uma de nossas maiores autoridades sobre o tema: “O juiz, não obstante aprecie as provas livremente, não segue⁵⁵ as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a *vis probandi* destas; a convicção está na consciência formada pelas provas, não arbitrária e sem peias, e sim condicionada a regras jurídicas, a regras de lógica, a regras de experiência, tanto que o juiz deve mencionar na sentença os motivos que a formaram”.⁵⁶

Decidir de acordo com a evidência dos autos seria algo a implicar em certeza absoluta (testemunhas asseguram que o réu, confesso, disparou a arma contra a vítima, matando-a; o exame pericial demonstra que o sêmen encontrado na vagina da vítima corresponde ao tipo de sêmen produzido pelo réu, acusado de a haver violentado etc.), caso em que o fato e a autoria se mostram “evidentes”, o que em si já é coisa rara. Mesmo essa “evidência”, contudo, não dispensa a instrução judicial: o agente pode vir a provar que matou em legítima defesa; o réu pode querer comprovar que a relação sexual se fez com o consentimento da vítima.

Tempo houve em que essa “certeza processual” exigia a concordância de um número mínimo de elementos de convicção. *Testis unus testis nullus* era o brocardo que melhor exprimia essa época, superada há muito. “No sistema do nosso direito, não há cogitar nem de provas plenas ou semiplenas, nem de hierarquia legal das provas, salvo os casos expressamente indicados em lei. É certo, porém, que umas possuem ou adquirem em dadas circunstâncias, mais vigor lógico que outras. Um documento por exemplo, convence mais do que um testemunho e, se for um instrumento público, se reveste, pela intervenção da autoridade, de maior prestígio que o particular, o que não impede se consiga, às vezes, mediante prova testemunhal, destruir a força do documento público, mostrando que foi obtido por dolo, erro, violência ou coação”.⁵⁷

⁽⁵³⁾ Theodolindo Castiglione. *O livre convencimento do juiz e a hierarquia das provas*, RT, 1962. p. 587 (Estudos jurídicos – Coletânea comemorativa do cinquentenário da Revista dos Tribunais).

⁽⁵⁴⁾ Theodolindo Castiglione, ob. cit., p. 589.

⁽⁵⁵⁾ *Rectius*, não deve seguir.

⁽⁵⁶⁾ Moacyr Amaral Santos. “Prova judiciária no cível e no comercial”. v. I, p. 359.

⁽⁵⁷⁾ Mário Guimarães. *O juiz e a função jurisdicional*, Forense, n. 181.

Justamente por isso, o julgador deverá fazer um cotejo do conjunto probatório, concluindo que tais elementos ensejam a condenação além de alguma dúvida razoável, como se diz em inglês. Isso nada tem a ver com evidência, no sentido de verdade absoluta, pois estamos diante do convencimento pessoal do julgador, algo eminentemente subjetivo. Ou, no dizer de Mittermayer, "se a opinião do juiz descansa sobre motivos suficientes, de que ele tem a consciência, então, e só então, pode ele decidir afirmativamente".⁵⁸

O que se tem decidido entre nós, no entanto, quando se cogita da revisibilidade da condenação, é que a decisão será contrária à "evidência" dos autos se ela "não se baseou em prova alguma". Em consequência disso, conclui-se amiúde que não cabe a revisão se houver algum elemento de prova nos autos que justifique a condenação, por mais tênue que seja.⁵⁹

Pois isso é exatamente o contrário do que está dito na lei. Segundo ela, cabe a revisão, a não ser quando o réu, "evidentemente" (isto é, de modo a não pairar qualquer dúvida, *beyond a reasonable doubt*), for culpado. Havendo dúvida razoável, impõe-se a absolvição, por força do velho e revelho *in dubio pro reo*. Condenado que seja o acusado, mesmo em vista de tal dúvida, cabe a revisão da condenação, ainda que isso se possa chamar "uma segunda apelação";⁶⁰ ao reverso do que por vezes se tem sustentado,⁶¹ pois a sacralidade da *res judicata* há de ceder ante tal dúvida, exatamente por força dos privilégios do acusado constantes do chamado *favor rei*.⁶² O princípio civilista que cuida da estabilidade dos julgados⁶³ não prospera quando se trata da liberdade humana, tanto que não há prazo para a propositura de tal "rescisória", pretensão que nem a morte faz

(58) Ob. e loc. citis.

(59) Cf. "Revisão - Contrariedade à evidência dos autos - Necessidade de demonstração de que a sentença não se baseou em prova alguma - Inteligência do art. 621, I, do CPP" (TJSP RT 676/296, rel. o Des. Nelson Fonseca).

(60) Cf. "Recurso crime - Revisão - Pretendido não conhecimento sob o fundamento de se tratar de segunda apelação - Inadmissibilidade - Preliminar repelida - Inteligência do art. 621 do CPP" (TACrimSP 588/352, rel. o Juiz Ercílio Sampaio).

(61) Cf. "Revisão - Não conhecimento - Pedido com natureza de segunda apelação" (TACrimSP RT 717/401, rel. o Juiz Rulli Júnior).

(62) A *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1968, gasta nada menos do que 26 páginas para abordar tal tema. Os dicionários editados no Brasil nem contemplam o assunto, o que mostra o pouco apreço que nossos juristas dedicam a temas relacionados com a liberdade humana. Ensina Gilberto Luzzi, responsável pelo exaustivo verbete, que, no campo do direito processual penal, o *favor rei* significa que "nel contrasto di posizioni che caratterizza l'attuazione della potestà punitiva, debba attribuirse una prevalente considerazione all'interesse dell'imputato" (Cf. v. XVII).

(63) "A coisa julgada vale porque é coisa julgada; porque a lei não permite se lhe contradiga a autoridade. Não porque se presume representar a realidade, a verdade dos fatos e a exata aplicação da lei" (Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, Forense, 1945. v. III, p. 59).

desaparecer,⁶⁴ ao reverso da pretensão correspondente na esfera civil,⁶⁵ que se refere a valor menor do que esse.

Inteiramente mais adequados aos princípios constitucionais são, a nosso ver, entendimentos como os que sustenta Magalhães Gomes Filho: “tem sido possível constatar uma transição no próprio enfoque das garantias processuais: do caráter garantístico-formal do Estado liberal chega-se modernamente a uma concepção neogarantística ou garantístico-substancial, que enfatiza os direitos sociais também reconhecidos na Constituição; cuida-se, em suma, de superar, no processo e através dele, a igualdade meramente jurídica, típica do liberalismo, para postular, em seu lugar, garantias efetivas e acessíveis a todos”.⁶⁶

Segundo Cândido Dinamarco, “o intenso comprometimento do sistema processual com a política (a Justiça faz parte da política), ou seja, a sua inserção entre as instituições atinentes à vida do próprio Estado como tal e nas suas relações com os membros da população, conduz à necessidade de definir os modos pelos quais ele é predisposto a influir politicamente”.⁶⁷ Um dos aspectos dessa atuação é precisamente o respeito à liberdade do ser humano, cuja dignidade não pode ser comprometida pelo poder estatal. “*Poder* (autoridade) e *liberdade* são dois pólos de um equilíbrio que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado procura manter”.⁶⁸

5. A prova como elemento essencial à fundamentação

Nosso Direito Positivo, como visto, adota o princípio segundo o qual o julgador há de ater-se àquilo que está nos autos e, a partir desses elementos e de sua cultura jurídica, há de decidir fundamentadamente a causa.⁶⁹ *Quod non est in actis non est in mundo* sintetiza o dever ético do juiz de explicitar os motivos de seu convencimento, proibida a invocação por ele de fatos estranhos àqueles documentados nos autos, exceção feita expressamente às regras de experiência e aos fatos notórios.⁷⁰ A acusação não necessita de comprovar que, havendo ocorrido o furto à meia-noite, isso se deu “durante o repouso noturno”, pois nossa experiência é no sentido de que em tal horário a maioria das pessoas costuma, de fato, recolher-se ao leito. Trata-se, contudo, de situações excepcionais, pois nossa “experiência”, a partir do que é divulgado pela mídia, é no sentido de que pessoas mal vestidas e sem carteira profissional são marginais. Seria imoral, contudo, que um juiz considerasse tal fato como indício de autoria de crime.

(64) Cf. CPP, art. 623.

(65) Cf. CPC, art. 495.

(66) *Presunção de inocência e prisão cautelar*. Saraiva, 1991. p. 23.

(67) Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*. RT, 1987. p. 233.

(68) *Idem.*, p. 234.

(69) Cf. CF/88, art. 93, IX.

(70) Moacyr Amaral Santos. *Da prova judiciária*, v. 1, n. 102.

Esse salutar preceito ético, contudo, não poucas vezes tem sido tangenciado, como quando se admite que o juiz não está obrigado a apreciar todos os argumentos que lhe foram apresentados pelas partes.⁷¹ Chega-se ao cúmulo de ver aí mera irregularidade, superável pela preclusão!⁷² Ou quando se afirma que o conhecimento, pelo juiz, do ambiente onde se passaram os fatos possa ser por ele trazido como elemento de convicção.⁷³ Como apresentar contraprova a um “testemunho” qualificadíssimo como esse?

O Min. Mário Guimarães deixou dito: “A sentença não é⁷⁴ ato de puro arbítrio. O juiz está adstrito a cânones jurídicos e a provas. Daí a necessidade de explicar as razões que o levaram a concluir desta ou daquela maneira”.⁷⁵

Verdade é, porém, que “a formação da decisão, em si, é ato aninhado nas profundezas do sistema psíquico do juiz, cujas trilhas, nos casos realmente complexos, nem o próprio juiz possui meios de reconstituir”. É esse amálgama de elementos tão díspares que constituirá o fundamento da decisão.⁷⁶

Donde a observação de Mittermayer: “de toda a discussão que precede se deve concluir que a investigação da verdade é subordinada a certas regras decisivas; que deve seguir certas vias traçadas, que a razão e a experiência indicam como as mais próximas para conduzir ao fim; que a verdade, assim estabelecida, repousa sobre tais e tais bases capazes de apreender infalivelmente (*sic*) o espírito de todos os juízes. Mas também que, antes de se pronunciarem sobre a verdade dos fatos, sofre cada um a influência de seu caráter individual, de modo que a sentença proferida é evidentemente subjetiva”.⁷⁷

E porque essa convicção pessoal não se situa apenas no plano da consciência, como impedir que o julgador traga para o processo sua cultura, sua ideologia e

(71) Cf. “Sentença – Fundamentação genérica – Validade do ato judicial que não abrange todos os fatos e fundamentos trazidos pela defesa” (TJSP RT 732/622, rel. o Des. Segurado Braz).

(72) Cf. “Sentença – Falta de fundamentação – Nulidade não argüida em recurso exclusivo da defesa – Condenação confirmada pelo tribunal que integrou a decisão de 1.º grau, sanando a irregularidade – Inexistência de agravação da pena, mas somente explicitação do decisório – *Reformatio in pejus* não caracterizada” (STF RT 665/365, rel. o Min. Paulo Brossard).

(73) Veja-se este exemplo: “O juiz do processo, conhecedor do meio ambiente, próximo dos fatos e das pessoas neles envolvidas, dispõe, normalmente, de elementos mais seguros à formação de uma convicção em torno da necessidade da prisão preventiva” (STF RTJ 99/653, rel. o Min. Néri da Silveira). Quem fala em “mais seguro” faz uma comparação. Se os elementos extra-autos são mais seguros do que aqueles que estão nos autos, isso, obviamente, significa que, fossem apenas os elementos dos autos, não haveria elementos para tal decreto.

(74) *Rectius*, não deve ser.

(75) *O juiz e a função jurisdicional*, Forense, 1958, n. 207.

(76) Sidnei Agostinho Benetti. “Deontologia da linguagem do juiz”. *Curso de deontologia da magistratura*. Saraiva, 1992. p. 117.

(77) Ob. cit., p. 62.

suas convicções, sejam elas políticas, filosóficas ou religiosas? Eis o desafio que sistema algum conseguiu superar.

Escrevendo no princípio do século, o genial Nicola Framarino Dei Malatesta já ponderava: “em uma determinada testemunha podem encontrar-se peculiares condições fisiológicas ou patológicas, de forma a criarem nela uma particular perfeição ou particular imperfeição em suas observações, o que, por consequência natural, aumenta ou diminui o valor probatório de seu testemunho, quanto à matéria que se refere à sua particular perfeição ou imperfeição de observação”.⁷⁸ Há que sopesar todos esses elementos ao avaliar tal depoimento. Quantas vezes isso é feito na prática?

De fato, alguém já viu algum juiz criminal solicitar o concurso de especialista (um psicólogo, por exemplo) para poder aquilatar o valor de determinado depoimento? Quando a testemunha afirma haver ouvido uma conversa ocorrida a certa distância, algum juiz criminal alguma vez a fez submeter a exame de audiometria? Quando a testemunha afirma haver visto a ocorrência que se passou a certa distância, algum juiz criminal alguma vez a fez submeter a exame de acuidade visual? De um modo geral, prevalece hoje, como há quarenta anos, o entendimento canhestro de que a Psicologia Criminal tem por fim apenas e tão somente “o estudo das condições psíquicas do homem criminoso e da maneira pela qual nele se origina e se processa a ação criminosa”,⁷⁹ o que é muito pouco.

Considerando que a decisão se fará a partir de uma “convicção íntima”, estará o juiz criminal preparado para avaliar com conhecimento de causa as reações daquelas pessoas que diante dele depõem? Tem ele meios para evitar a “contaminação” de sua percepção, uma vez que, como ser humano que é, vivendo em sociedade, encontra-se envolvido em fatos relevantes passíveis de o atingirem, ou a seus familiares e amigos?

Não se trata, como pode parecer, de separar as pessoas em dois grupos: aquelas que são perfeitas na capacidade de observar e aquelas que o fazem de modo imperfeito. Nesses erros de observação, esclarecia já àquela época o autor citado, “normalmente incorrem, em certos assuntos, todos os homens”.⁸⁰

Figure-se o caso dos impropriamente chamados “crimes contra os costumes”.⁸¹ O juiz criminal, na maioria das vezes jejuno em psicologia, aprecia a palavra de réu e vítima, escolhendo, lotericamente, a qual delas dará maior valor, afirmando-se comodamente que esta não tem interesse algum em incriminar um inocente.⁸² Alguma vez algum juiz criminal, diante do estupro de uma criança,

(78) Ob. cit., p. 377.

(79) Aníbal Bruno. *Direito penal. Parte geral*. Forense, 1959. t. 1, p. 40.

(80) Malatesta, ob. e loc. citis.

(81) Trata-se, na verdade, de crime contra a pessoa e seu direito à disponibilidade do próprio corpo.

(82) Cf. “Estupro – Prova testemunhal – Palavras da vítima – Valor relevante” (TJSP RT 733/545, rel. o Des. Canguçu de Almeida); “Crime contra os costumes – Prova – Palavra da vítima – Valor probante” (TJSP RT 730/512, rel. o Des. Silva Pinto);

deu-se por impedido, por razões íntimas, visto ter filho na idade da indigitada vítima, o que poderia levá-lo a identificar, inconscientemente, o seu filho a tal criança? Por que não ter ele a humildade de submeter os depoentes, especialmente em tais situações-limite, a um técnico que lhes avalie a credibilidade e afirme, com a responsabilidade de seu conhecimento específico, se, efetivamente, a palavra da ofendida ou do ofendido é mais digna de crédito do que a do suspeito ou suspeita?

Quando o depoente (especialmente se único) for a vítima, não deveriam os juízes esquecer a recomendação da doutrina, que chega a dar-lhe valor menor do que à palavra de testemunha compromissada.⁸³ Também não deveriam os julgadores olvidar “quão transformadora da realidade é a atenção expectante da vítima”.⁸⁴ Essa atenção assim viciada, aliada ao natural desejo de reconhecer, a que se refere o Prof. Almeida Júnior,⁸⁵ tem sido causa de inúmeros erros judiciais, como salienta esse mesmo autor. Na doutrina estrangeira outra não tem sido a preocupação quando se cuida de tal tema.⁸⁶

Nem mesmo as cautelas mínimas da lei, quando se busca o reconhecimento do suspeito, são em geral observadas pela nossa polícia, que tem no Judiciário um forte apoiador, ao argumento de que a lei não determina, mas apenas recomenda, a presença de pessoas algo parecidas com o suspeito quando submetido este à vítima, pessoas essas cujos nomes sistematicamente e sintomaticamente não são registrados no auto de reconhecimento.⁸⁷

Diz-se que a lei não exige tal providência cautelar. Logo, estamos diante de prova lícita (ou legitimamente colhida). Mas os preceitos éticos, albergados na Constituição, devem sobrepor-se à lei, até porque esta não só lhe é anterior como inferior hierarquicamente.

“Atentado Violento ao Pudor – Violência presumida – Prova – Palavra da vítima menor – Admissibilidade” (TJSP RT 712/399, rel. o Des. Silva Pinto).

(83) Magalhães Noronha. *Curso de direito processual penal*. Saraiva, 1964. n. 67.

(84) Amaral Santos. *Da prova judiciária*. v. III, p. 70.

(85) *Lições de medicina legal*. Ed. Nacional de Direito, 1957. p. 547.

(86) François Gorphe. *La critique du témoignage*, p. 294; Merle et Vitu, “Procédure pénale”. *Traité de droit criminel*, t. II, p. 195.

(87) Cf. “Prova – Reconhecimento do réu – Colocação do agente ao lado de outras pessoas fisionomicamente assemelhadas – Formalidade legal que pode conforme a hipótese ser dispensada – Inteligência do art. 226, II, do CPP” (TACrimSP RT 730/585, rel. o Juiz Luiz Ambra); “Prova – Reconhecimento do réu – Ato efetuado na fase policial, porém não declinados os nomes das demais pessoas com alguma semelhança do acusado – Ratificação pela vítima em juízo – Suficiência para o afastamento de eventual irregularidade – Inteligência do art. 226 do CPP” (TACrimSP RT 723/610, rel. o Juiz Luiz Ganzerla); “Prova – Reconhecimento pessoal – Presença de outras pessoas ao lado do suspeito – Faculdade e não obrigatoriedade recomendada pelo art. 226, II, do CPP” (TACrimSP RT 704/352, rel. o Juiz Haroldo Luz).

É que, nas sociedades democráticas, não mais deve prevalecer a vontade augusta do soberano, não mais seu convencimento imotivado, mas o *due process of law*, um processo que tem como supedâneo certos princípios que dizem, acima de tudo, com a dignidade da pessoa humana, e não com a segurança do Estado. O Estado abre mão de sua autoridade para nivelar-se a qualquer do povo, sentando-se diante de um Tribunal e assumindo os ônus de quem se dirige ao Estado para postular um provimento. E um desses ônus é precisamente aquele relacionado com a prova das alegações que faz. Prova essa eticamente aceitável.

Tão essencial é a motivação da sentença (especialmente quando implica na restrição da liberdade de alguém que se considera inocente, seja por presunção constitucional, seja por estado natural) que já se chegou a dizer que sentença sem motivação, é uma “não-sentença”, “um corpo sem alma”.⁸⁸

É que a bilateralidade do contraditório constitui, entre nós, uma garantia de índole constitucional, decorrente da previsão na Lei Maior dos três princípios básicos do processo penal: o princípio da tutela jurisdicional, o princípio do devido processo legal e o princípio do juiz natural.⁸⁹

Claro que o Estado, enquanto julgador, se materializa em seres humanos. E é evidente que esses seres humanos têm sua história, com sua formação pessoal e profissional sujeita a inúmeros fatores, quer de ordem familiar, quer de ordem cultural ou mesmo de ordem conjuntural. Justamente por isso, há que se dotar o processo de mecanismos que tornem, se não impossível, pelo menos muito remoto que o juiz traga para o processo apenas (ou principalmente) o seu enfoque pessoal, divorciado dos elementos objetivos reunidos sob o rótulo de “provas”. E essas provas devem ser colhidas com tantos cuidados quanto possível para que a dúvida sobre sua licitude seja, se não inteiramente afastada, pelo menos diminuída aos limites do tolerável.

“Não pode o juiz, na apreciação de fatos controvertidos, guiar-se, para nortear e fazer gerar sua convicção a respeito deles, apenas pela sua consciência, por suposições, impressões pessoais, ou usar de processos ou medidas que correspondam a atentados a direitos legítimos e merecedores de amparo da própria justiça”, dizia o Min. Amaral Santos.⁹⁰

“A livre consciência do homem mais aperfeiçoado sempre está à mercê de erros e ilusões. Disposições especiais ou particulares do espírito do juiz, bem como influências externas, qual delas mais perigosa, seu temperamento, força de seus hábitos, inclinações, prevenções, perturbam-lhe a serenidade e, de conseguinte, conduzem-no, mesmo sinceramente, ao erro mais grosseiro.

“Porque não lhe é dado julgar (apenas) de acordo com sua consciência, igualmente não deve nem pode estimar provado o fato fundado em suposições. Não pode o juiz supor coisa alguma; se o pudesse, deveria logicamente julgar segundo

(88) Tourinho Filho. *Processo penal*. Saraiva, 1999, t. 4, p. 215.

(89) Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*, n. 144.

(90) Moacyr Amaral Santos. *Da prova judiciária*. t. I, n. 8, citando o magistério de João Monteiro.

a própria consciência ou conhecimento que pessoalmente tivesse do fato controvertido, o que se lhe contesta, pois que ele somente julga *secundum acta et probata, non secundum privatam scientiam*, como dizia Vinnio.”⁹¹

Se no campo civil incide a veemência do discurso do ilustre Ministro processualista, que dizer do julgamento exclusivamente de consciência (*secundum scientiam privatam*) no campo criminal? Simplesmente impensável.

Como se vê, usando de uma paráfrase, da mesma forma como *allegare sine probare et non allegare paria sunt*, decidir sem fundamentar e não decidir são a mesma coisa.

Desnecessário destacar que quando se fala em *fundamentar* não se está querendo significar o ato de escolher preconceituosamente no conjunto de elementos probatórios aqueles que confirmam a impressão inicial desfavorável ao acusado. Ao contrário, se há uma presunção de inocência, a pesquisa dos elementos não poderá deixar de ter presente um tal fato, ou tudo não passaria de mera encenação, dando-se por aceitável tudo aquilo que confirma a denúncia e por inaceitável aquilo que a defensoria trouxe para os autos.

Veja-se, apenas para ilustração, com que falta de neutralidade se valoriza a palavra de policiais, esquecidos os julgadores de que, havendo eles atribuído a alguém a prática de fato grave, não poucas vezes com a conseqüente voz de prisão, se não demonstrarem a legalidade do ato praticado, serão passíveis de processo criminal por abuso de autoridade.⁹² Alguém que, por força de sua atividade profissional, está a correr um tal risco – inerente a ela, sem dúvida – não pode ser considerado pessoa tão neutra que sua palavra, sem outros elementos menos comprometidos, seja o bastante para lastrear um decreto condenatório, ao contrário do que tantas vezes se decide.⁹³ Nem mesmo excessos praticados pelos policiais têm servido para desacreditar sua palavra.⁹⁴

Do exposto resulta que:

a) em uma sociedade democrática, o processo penal destina-se precipuamente a permitir à acusação que comprove os fatos que articulara na petição inicial, comprovação essa a ser feita sob o princípio do contraditório, pedra de toque do devido processo legal;

b) sendo a verdade algo humanamente inalcançável, tudo o que a instrução probatória trará ao julgador será uma série de elementos que lhe permitirá afastar

(91) Idem, ibidem.

(92) Paradigmático o seguinte acórdão: “Sempre que se tolhe a liberdade de locomoção de alguém, sem que este seja preso em flagrante delito ou sem mandado regular de autoridade competente (o que equivaleria a um seqüestro), fica configurado o delito de abuso de autoridade (JTACrimSP 31/301, rel. o Juiz Nelson Schiesari).

(93) Cf., em tal sentido: “Testemunha – Depoimento de policial – Presunção de idoneidade” (TJSP RT 616/286, rel. o Des. Jarbas Mazzoni).

(94) “Não compromete a credibilidade da palavra dos policiais eventual violência contra os presos – fato condenável e que deve ser devidamente apurado – ou variação sobre pormenores” (TJSP RT 737/602, rel. o Des. Dante Busana).

a dúvida decorrente do estado de inocência do réu e que o amparava antes de encerrar-se a instrução, beneficiário ele sempre do *in dubio pro libertate*;

c) dada a contemplação expressa, em nível constitucional, da dignidade humana, que o mais hediondo dos crimes não faz desaparecer, como valor norteador da conduta do juiz criminal, os meios de prova utilizáveis pelo autor da ação penal não podem ser aqueles que impliquem na desconsideração desse valor maior, menos por ser ele de exigência ética e mais porque se trata de ética constitucionalizada;

d) havendo no processo criminal um confronto entre a paz social, quebrada pelo crime, e a dignidade do apontado autor do fato, nada justifica, eticamente, que, em nome da primeira se restrinjam as garantias constitucionais decorrentes da segunda.

6. Casuismo de provas eticamente inadmissíveis

Luís Roberto Barroso, cuidando dos princípios constitucionais, demora-se em considerações sobre a razoabilidade ou proporcionalidade que deve informar toda interpretação das normas jurídicas, como decorrência da *due process clause*, seja no que diz com seu aspecto formal, seja quanto ao seu aspecto substancial. Em síntese, “o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.⁹⁵ Depois de referir-se à doutrina alemã, adotada tanto em Portugal como no Brasil, a respeito do tema, reproduz a lição de Willis Santiago Guerra Filho, que, em feliz síntese, aponta os requisitos para que o princípio seja invocado, o que se dará quando presentes seus três requisitos (adequação, necessidade e proporcionalidade): “pode-se dizer que uma medida é adequada se atinge o fim almejado; exigível, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.⁹⁶

Luiz Francisco Torquato Avólio, em obra oportuníssima, vai buscar precisamente na teoria da proporcionalidade a bússola para guiar o julgador diante das provas colhidas em circunstâncias eticamente discutíveis. “A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto”.⁹⁷

Diz ele, reportando-se à melhor doutrina, que a dilação probatória compreende vários momentos sucessivos: a) o protesto pela produção de determinado meio

⁽⁹⁵⁾ *Interpretação e aplicação da Constituição*. Saraiva, 1996. p. 204.

⁽⁹⁶⁾ Ob. cit., p. 209.

⁽⁹⁷⁾ *Provas ilícitas*. RT, 1999. p. 64.

de prova; b) a admissão, pelo juiz, da possibilidade de sua produção; c) a produção propriamente dita; d) a avaliação dela pelo julgador.⁹⁸

Ora, sendo isso assim, quando a Constituição Federal afirma serem “inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”,⁹⁹ ela, aparentemente, aborda dois momentos: a) o da admissibilidade propriamente dita (“são inadmissíveis”) e o da produção (provas já “obtidas”).

Que o juiz deverá não admitir a produção de certas provas em Juízo, tendo-a por eticamente inaceitáveis (o depoimento de alguém preso a dever de sigilo profissional, por exemplo), não padece dúvida. Mas, se se cuidar de prova colhida fora do processo (“ilícitas” propriamente ditas, para usar a distinção adotada pelo autor), como a confissão do suspeito ou seu reconhecimento pela vítima ou por testemunhas, provas colhidas em Delegacia de Polícia sem as garantias constitucionais, em especial o contraditório, como admiti-las em Juízo? Tecnicamente falando, já passamos do momento da produção, ainda que a admissibilidade de tal prova deva ser motivo de decisão do julgador.

A proposta de Avólio: “ao prescrever a sua inadmissibilidade processual, a Constituição considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo, assim, a ponte entre a ilicitude material e a sanção processual da inadmissibilidade”.¹⁰⁰

Continuamos, porém, sem saber quando ocorre a ilicitude, pois não cabe à Constituição entrar em minúcias. Por outro lado, não se pode admitir que a lei infra-constitucional tenha o dom de limitar o salutar preceito constitucional.

Veja-se o que ocorre na chamada ilicitude por derivação (tradicionalmente chamada teoria dos *fruits of the poisonous tree*). Tempo houve em que muitos magistrados recusavam-se a avaliar a eticidade dos meios empregados para a obtenção de determinados elementos de prova. Ainda que se provasse a ocorrência de tortura na obtenção de uma confissão, o fato é que *reum confessum habemus*, dizia-se. Tudo o que poderia ser feito era responsabilizar o autor da violência. Claro está que tudo isso representava um incentivo aos abusos, até porque a comprovação do que se passa nos porões de uma Delegacia de Polícia é algo que bem merece o nome de *probatio diabolica vel impossibilis*.¹⁰¹

Considerando, porém, que uma Constituição não pode ser aética, há que se concordar com Avólio: “se a prova ilícita tomada por referência comprometer a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação e, portanto, igualmente inadmissível no processo. Pouco importa, assim, que uma lei ordinária venha ou não a prever expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação,

(98) Ob. cit., p. 30.

(99) Cf. art. 5.º, LVI.

(100) Ob. cit., p. 86.

(101) Vicente de Paulo Saraiva. *Expressões latinas jurídicas e forenses*. Saraiva, 1999. p. 652.

pois já estamos diante da ponte – antes extraída do sistema constitucional e ora inserida textualmente na Constituição – que possibilita deduzir a inadmissibilidade processual a partir da ilicitude material”.¹⁰²

Como se vê, a solução dos casos concretos não se pode fazer a partir de um casuísmo, menos ainda sendo ele puramente legal. Há de o julgador reportar-se à Constituição, como expressão da ética que há de nortear a Deontologia Judiciária.

Assim, e apenas exemplificando, se o contraditório é um princípio basilar do processo penal,¹⁰³ donde a necessidade de assegurar-se ao defensor realizar a *cross examination*, isto é, apresentar reperguntas ao depoente, e se a palavra de um acusado pode ser levada em conta pelo julgador quando se cuida de avaliar a conduta do co-réu,¹⁰⁴ não há fundamento ético para impedir que o defensor de um questione o outro acusado.¹⁰⁵

Da mesma forma, se a Constituição veda o anonimato dos encarregados da prisão e interrogatório dos suspeitos,¹⁰⁶ como aceitar que do auto de reconhecimento que se costuma fazer nas Delegacias de Polícia não conste o nome das pessoas apresentadas à vítima juntamente com o suspeito ou se aceitar que nem isso haja?¹⁰⁷ Quando a lei fala “sempre que possível” ela, por força dos preceitos éticos constitucionais, deve ser interpretada no sentido de que as pessoas a serem apresentadas ao lado do suspeito serão, “sempre que possível”, semelhantes a ele. O que não se pode é dispensar a presença dessas pessoas. E se as pessoas efetivamente estão presentes, que se respeite o preceito ético que veda o anonimato.

Igualmente, se “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”¹⁰⁸ e se dentre os direitos do preso está o de ter assistência de advogado,¹⁰⁹ como aceitar a validade de uma confissão realizada por alguém que se encontra preso em condições que são do conhecimento de quem vive neste país, especialmente se isso se deu antes de ter sido assegurado a ele ter contato

(102) Ob. cit., p. 78.

(103) Cf. CF/88, art. 5.º, LV.

(104) Cf. “No crime de roubo, a delação dos comparsas, desde que com a delação não procure apenas se inocentar, lançando culpa a outro, assume eficácia probatória” (TJSP RT 750/606, rel. o Des. Bittencourt Rodrigues).

(105) Em tal sentido a lição de Ada Pellegrini Grinover. *Processo constitucional em marcha*. Max Limonad, 1985. p. 34.

(106) Cf. CF/88, art. 5.º, LXIV.

(107) Em tal sentido: “Não perde a eficácia, como elemento de convicção, o reconhecimento pessoal do indiciado no inquérito policial, embora ele não seja colocado ao lado de outras pessoas, que com ele tiverem qualquer semelhança. Essa formalidade constitui mera recomendação, uma vez que o inc. II do art. 226 do CPP prescreve que será observada *se possível*” (TJSP RT 744/560, rel. o Des. Bittencourt Rodrigues)

(108) Cf. CF/88, art. 5.º, III.

(109) Cf. CF/88, art. 5.º, LXIII.

com profissional do Direito que o oriente a respeito das conveniências¹¹⁰ e inconveniências de uma confissão, ante seu direito constitucional de permanecer calado, pois é presumido inocente?

Se no processo civil a intimação prévia do advogado é essencial para a validade da prova testemunhal deprecada a ser colhida em audiência, como aceitar que isso seja dispensado quando está em jogo a liberdade humana,¹¹¹ mesmo sendo pacífica a aplicação subsidiária das normas do Código Processual Civil ao processo penal?¹¹²

Se um defensor constituído estará sujeito a sanção disciplinar caso deixe de se utilizar dos recursos legais ordinários em benefício do seu constituinte,¹¹³ como dizer que o defensor dativo, *longa manus* do Estado na preservação da dignidade da pessoa do acusado e indispensável, por determinação constitucional, a um *fair trial*, possa renunciar ao direito/dever de apelar ou (pior!) de interpor embargos infringentes quando haja voto favorável a seu defendido?¹¹⁴

(110) É eticamente discutível a validade de uma norma jurídica que contemple com diminuição da pena o acusado que espontaneamente venha a confessar a autoria do crime, mesmo porque isso implica em renúncia de um direito constitucional contemplado em norma pética.

(111) Veja-se, como exemplo disso, o seguinte acórdão: “Uma vez realizada a intimação da expedição das cartas precatórias, desnecessária se torna nova intimação da data designada para a realização da audiência no juízo deprecado, pois tal providência não é tida por lei como essencial ao exercício da defesa, na medida em que cabe ao defensor inteirar-se naquele juízo sobre a data escolhida para a concretização do ato” (TJSP RT 704/310, rel. o Des. Jarbas Mazzoni, citando, sintomaticamente, acórdãos do STF anteriores à Constituição de 1988).

(112) “As regras ou normas do processo civil aplicam-se subsidiariamente ao processo penal” (José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*. Bookseller, 1997. v. I, n. 21). Cf., em tal sentido, dentre muitos outros, o acórdão inserto na RT 748/732.

(113) “Constitui infração disciplinar... prejudicar, por culpa grave, interesse confiado a seu patrocínio” (art. 34, IX, da Lei 8.906/94, dita Estatuto da Advocacia). Alguém sustentaria que um advogado, contratado para uma causa cível, possa renunciar aos recursos cabíveis contra decisão desfavorável a seu cliente sem a anuência expressa dele e sem demonstrar que isso convém aos interesses do contratante? Que motivo sério levaria um advogado, contratado para procurar em Juízo pelos interesses do contratante, a não tentar fazer valer a tese minoritária de um acórdão, se isso é benéfico a seu constituinte? Certamente nenhum.

(114) Discutível a premissa que ensejou afirmação contrária contida em acórdão do E. Supremo Tribunal Federal, nada obstante o apoio de Damásio Evangelista de Jesus: “não se impõe sua compulsória interposição pelo defensor dativo, já que a tal não está obrigado o defensor, mesmo constituído” (Cf. *Código de Processo Penal anotado*. Saraiva, 1994, ref. ao art. 609). Os Tribunais de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil certamente não concordariam com as palavras do Ministro relator (Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia*. Brasília Jurídica, 1999. p. 155).

De fato, a melhor doutrina tem enfatizado que a atuação do advogado no campo criminal participa daquelas situações nas quais melhor se diria haver direito/dever. "Quando designado para a defesa de um réu, a despeito de reconhecer-lhe a inteira culpabilidade no crime de que é acusado, não pode o advogado escusar-se de assumir aquela defesa. É direito e dever de assumir o advogado a defesa criminal, sem considerar a própria opinião sobre a culpa do acusado", lecionava Ruy de Azevedo Sodré, reportando-se à lição de ninguém menos do que Ruy Barbosa, expressa muito antes do advento da Constituição de 1988, como é curial.¹¹⁵

Dizia, de fato, o eminente tribuno: "Tratando-se de um acusado em matéria criminal, não há causa em absoluto indigna de defesa. Ainda quando o crime seja de todos o mais nefando, resta verificar a prova; e ainda quando a prova inicial seja decisiva, falta não só apurá-la no cadinho dos debates judiciais, senão também vigiar pela regularidade estrita do processo nas suas mínimas formas. Cada uma delas constitui uma garantia, maior ou menor, da liquidação da verdade, cujo interesse em todas se deve acatar rigorosamente. A esse respeito não sei que haja divergências dignas de tal nome na ética de nossa profissão".¹¹⁶

É, aliás, o que afirma nossa doutrina, *nemine discrepante*. "Salvo motivo de relevo, é dever do nomeado prestar seu patrocínio. Não pode também abandonar o processo, a menos que haja motivo imperioso para fazê-lo. Trata-se de um *munus publicum*, a cujo cumprimento e satisfação não se pode subtrair o advogado".¹¹⁷

Quando alguém celebra com um advogado um contrato de prestação de serviços e é mal servido, pode-se, de fato, afirmar *sibi imputet*, escolhesse alguém mais preparado, sem prejuízo de eventual responsabilização civil do escolhido, por força do contido no art. 159 do CC. Mas quando é o próprio Estado que, por força de mandamento constitucional, nomeia alguém para cuidar da defesa de quem não pode ou não quer contratar defensor,¹¹⁸ não resta a menor dúvida de que deve o Estado responder pela escolha (*culpa in eligendo*) e pela atuação do nomeado (*culpa in vigilando*), por força do contido no art. 1.521 do CC, recepcionado pela Constituição Federal. E tanto é assim que o próprio Código de Processo Penal, pouco afeito a tais sensibilidades, cogita de espécie em que esse dever de vigilância está presente.¹¹⁹ Por que não aplicar tal princípio a todos os casos em que o Estado é o responsável pela nomeação de alguém que, precariamente embora, atua como agente desse Estado, para não responder pela má atuação do seu agente?¹²⁰ A defesa nos processos que não serão julgados pelo júri será

(115) *A ética profissional e o Estatuto do Advogado*. 4. ed., LTr, 1991. p. 380.

(116) Apud Ruy de Azevedo Sodré, ob. cit., p. 382.

(117) Edgard Magalhães Noronha. *Curso de direito processual penal*. Saraiva, 1964. p. 185.

(118) Cf. CPP, art. 263, e CF/88, art. 5.º, LXXIV.

(119) Cf. CPP, art. 497, V.

(120) O art. 37, § 6.º, da CF, ao cuidar da responsabilidade da administração pública em face de falha do serviço público, não cuida apenas dos funcionários públicos, mas

menos importante do que aquela? Ou se entende que em tais casos o *jura novit curia* dispensa a presença do advogado? Se assim poderia entender-se antes da atual Constituição Federal, agora isso não mais é possível, pois a presença do advogado – e, evidentemente, com o exercício adequado de suas atribuições – é exigência constitucional.

Em todos esses casos, aqui trazidos como mera ilustração, o julgador, a partir do princípio constitucional da proporcionalidade, terá a resposta a tais indagações: entre intimar o advogado da audiência deprecada (como diuturnamente se faz no processo civil) e não intimá-lo, que argumentos favorecem a dispensa da intimação? O comodismo, a negligência, o desrespeito à pessoa do acusado e, ao fim e ao cabo, à profissão do advogado, tido pela Constituição como presença obrigatória no processo. Como eticamente tais fundamentos são inaceitáveis, que se faça a intimação, pena de nulidade.

Da mesma forma: entre permitir que o advogado do co-réu faça perguntas ao interrogando e proibi-lo de fazê-lo, qual o fundamento que justificaria a proibição disso? “Trata-se de ato privativo do Juízo”, costuma-se dizer.¹²¹ Como no processo contraditório não existe tal tipo de ato, esse indeferimento é constitucionalmente insustentável.

Se as Delegacias de Polícia normalmente não se situam no Saara nem em alto mar, mas em local habitado, qual a dificuldade física de serem colocadas ao lado do suspeito algumas pessoas quando for a vítima chamada para tentar reconhecê-lo? Simplesmente nenhuma. Pois se essas pessoas realmente estão ali presentes e se a Constituição não aceita o anonimato quando se cuida de restrição da liberdade de alguém, nada justifica que se dispense a indicação do nome e qualificação dessas pessoas, dando-se assim ao ato a maior credibilidade possível.

dos “seus agentes”, conceito amplíssimo no qual se incluem, evidentemente, os advogados que são contratados para prestar serviços em caso de ser necessária sua presença para a regularidade do processo judicial. Se o Estado responde pelos atos de mesários e jurados, agentes que nem remunerados são, ditos “agentes honoríficos” (Cf. Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed., Malheiros, 1997. p. 75; Diógenes Gasparin. *Direito administrativo*. Saraiva, 1995. p. 48), como não responderá pelos atos dos advogados que normalmente remunera, ainda que dativos?

(121) Confira-se a evidente inconstitucionalidade do seguinte aresto: “A jurisprudência pretoriana (*sic*) e a doutrina nacional, de modo uníssono, consagram o entendimento de que o interrogatório do réu é um ato pessoal do magistrado processante, que não comporta intervenção nem do Ministério Público nem do advogado do réu (CPP, art. 187). Embora seja o interrogatório judicial meio de defesa e fonte de prova, não está ele sujeito ao princípio do contraditório, não constituindo nulidade a ausência do defensor do réu, à míngua de obrigatoriedade de sua intimação, conforme inteligência do art. 394 do CPP” (STJ RT 731542, rel. o Min. Vicente Leal). Possibilidade de coleta de prova, feita judicialmente, sem observância do obrigatório princípio constitucional do contraditório, eis o que se afirma no v. julgado, além de negar ao advogado a importância que a ele quis dar o legislador constituinte de 1988.

Se o Estado responde pelos atos de seus agentes, ainda que meramente honoríficos; se o defensor dativo é nomeado pelo Estado e, portanto, é seu agente, ainda que honorífico; se o defensor tem não apenas o direito, mas especialmente o dever de bem defender o acusado, com defesa que se possa chamar de “ampla” e com utilização “dos recursos a ela inerentes”; se o defensor constituído, que postula por força de mandato, somente pode desistir ou renunciar nos autos se tiver poderes especiais para tal,¹²² um defensor nomeado não poderá jamais fazê-lo, pois não lhe foi dado poder para isso. Segue-se que a prova colhida na ação penal, quando dativo o defensor, deve necessariamente ser submetida à Superior Instância para ter-se como eticamente aceitável, donde o dever do defensor de recorrer da decisão condenatória, a não ser que justifique nos autos o não exercício de tal direito/dever, sujeito isso ao crivo do juiz, pois tal omissão implica em abandono da causa, que se lhe não permite. *A fortiori*, quando haja na apelação voto favorável ao defendido, deve o caso ser submetido ao pleno da Câmara que julgou a apelação, sob pena de incorrer o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Para concluir, citemos ainda uma vez o monografista acima referido: “embo- ra a Constituição, aparentemente, se limite a prescrever a inadmissibilidade da prova ilícita no processo, o alcance dessa disposição deve extrapolar a fase da admissibilidade das provas propriamente dita, para abranger os demais momen- tos processuais relativos à prova, quais sejam os da sua produção e valoração pelo juiz, em qualquer estado e grau do procedimento”. Por outro lado, “a consequên- cia que decorre da utilização da prova ilícita é, inapelavelmente, a da sua ineficá- cia como imposição lógica da sua inexistência jurídica, como ato ou como pro- va”.¹²³ Prova nenhuma, enfim.

Resta saber se os nossos juízes estão dispostos a se demorar na leitura da Constituição e, como consequência, na releitura da legislação que lhe é hierarqui- camente inferior e da jurisprudência anterior incompatível com os novos princí- pios constitucionais.

Ou se – já agora como operadores políticos – estão conscientes da “necesidad de contener al Estado de policia y defender al Estado de Derecho, ya que, tratándose de anverso y reverso de una misma moneda, cuando uno se ilumina, el otro más se oscurece”, como observa um exemplar magistrado.¹²⁴

(122) “A procuração para o foro em geral não confere poderes para os atos que os exijam especiais (art. 1.326 do CC). Assim, se se outorgou ao mandatário poderes da cláusula *ad judicia*, este poderá praticar todos os atos do processo, exceto receber citação inicial, confessar, transigir, desistir, receber e dar quitação, bem como firmar compromisso” (Sílvio Rodrigues. *Direito civil*. 3. ed., Max Limonad, v. III, p. 328).

(123) Luiz Francisco Torquato Avólio, ob. cit., p. 162.

(124) Cf. Eugenio Raúl Zaffaroni. “La ingeniería institucional criminal”, in Ana Messuti (coordenadora). *Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer milenio*. Montevideo : Fundación de Cultura Universitaria, 1998. p. 111.