

10. JURISPRUDÊNCIA

10.1

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

10.1.2

O PRECONCEITO

RANULFO DE MELO FREIRE

TESTEMUNHA. Homossexual. Impossibilidade de restrições.

Ementa: A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor de engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merece o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica.

REsp 154.857/DF – 6.ª T. – STJ – j. 26.05.1998 – rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 26.10.1998.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da

6.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por maioria, conhecer do recurso, nos termos do voto do senhor ministro relator. Vencido o Sr. Min. Vicente Leal. Votaram com o senhor ministro relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Min. William Patterson.

Brasília, 26 de maio de 1998 – ANSELMO SANTIAGO, Presidente – LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO – O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (relator): Recurso especial interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, inconformado com v. acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado:

“Recurso em sentido estrito. Homicídio qualificado. Índícios de autoria e materialidade. Pronúncia. Recursos. Pretendida despronúncia. Alegada falta de provas. Decisão que se louvou em único testemunho suspeito. Despronúncia. Recursos providos. Unânime. Não pode considerado indício o testemunho de pessoa declaradamente suspeita, com evidente interesse na condenação dos réus.” (f.)

O recorrente alega negativa de vigência aos arts. 203 e 408 do CPP. Sustenta:

“O recorrente, ao contrário do v. aresto impugnado, sustenta a inadmissibilidade de tal procedimento, seja porque o dispositivo processual incidente (CPP, art. 408) requer apenas indícios de autoria, seja porque o anunciado ‘desvio’ ético e moral da testemunha e mesmo a intimidade desta com a vítima não conduziriam, automaticamente, à proibição do compromisso (CPP, art. 203), jamais impediriam o respectivo depoimento e não seriam, por si só, motivo de desprezo do quanto neste contido.” (f.)

Contra-razões às f.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo provimento do recurso (f.).

Recurso especial admitido por força de provimento a agravo de instrumento (f.).

É o relatório.

VOTO – O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (relator): A Constituição da República autoriza a produção de provas exaustivamente. Há apenas o obstáculo de obtidas por meio ilícito (Constituição, art. 5.º, LVI).

A história das provas orais evidencia evolução, inclusive no sentido de superar preconceitos com algumas espécies, de que é exemplo o depoimento testemunhal efetuado por certas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade (ao menos plena) a pessoas recebidas com restrição na sociedade. Exemplos: escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Esse período histórico projeta a época (ainda não totalmente superada) de o processo judicial ser expressão de classe social, econômica e política. Os romanos fizeram delituosa distinção entre patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor de engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. *Casa grande e senzala*, relativamente ao Brasil, na espécie, é leitura obrigatória.

Hoje, juridicamente, a distinção está sendo afastada. Todavia, mais no plano formal do que da efetiva isonomia material. A

pouco e pouco, o acentuado desnível vai desaparecendo.

Os Direitos Humanos buscam afastar, quanto possível, as causas que a sociedade foi levada a distinguir pessoas, gerando a categoria de *excluídos* vale dizer, marginalizados. Em substância, têm como causa a condição econômica da pessoa. Daí, certos estilos de vida serem estigmatizados, com rejeição a indivíduos, embora, formalmente, outra seja a causa aparente. Assim, a mulher que se entrega a *tous les passant*, compõe categoria de pessoas rejeitadas socialmente. O mesmo comportamento, ou semelhante, em ambientes considerados socialmente elegantes, não recebe a mesma rejeição. Busca-se conciliação. Diga-se o mesmo de pessoas do sexo masculino; integrantes de ambientes humildes, são estigmatizados por qualificação grosseira e tantas portas se lhes fecham. O mesmo comportamento em salões elegantes, embora percebidos, não gera a mesma reação: finge-se não perceber e os comentários se fazem discretos.

O final do século XX precisa caracterizar-se como reação aos estereótipos que mantêm os excluídos em situação marginalizada.

Não faz sentido projetar, em nossas dias, tais estigmas.

O v. acórdão, é certo, fala em interesse da testemunha. Em se analisando, contudo, o texto sistematicamente, percebe-se, a reação, a causa imediata de rejeição ao depoimento foi a testemunha ser homossexual.

A propósito, reporto-me a trabalho escrito – *Homossexual testemunha* –, que integra a fundamentação do voto:

“O homossexual, porque homossexual, a ‘garota de programa’, porque garota de programa, assumem o risco da reação das normas de cultura. Cumpre, no entanto, não afastá-los da proteção da órbita jurídica quando se faz esforço para a isonomia não ser meramente formal. Cumpre realizá-la. Impossível deixar de conferir crédito a de-

poimento dessas pessoas pela opção de vida. Enquanto não incursionarem no âmbito do ilícito jurídico, são iguais a qualquer outra, cuja conduta segue (ou dá a entender seguir) os padrões aprovados pela sociedade.

A testemunha exerce importante papel no processo. É a pessoa que traz, de viva voz, a versão dos fatos. Reproduz, com fidelidade, o acontecimento, projeta, no presente, o que aconteceu no passado. Contribui de modo eficaz para evidenciar a *verdade real* cuja revelação, sem exagero, é o fim do processo. Somente assim, evitar-se-á injustiça de uma pessoa ser condenada (ou não ser) pela sua conduta e respectivas circunstâncias.

O homossexual tem o direito-dever de ser testemunha. E, o que é importante, ser ouvido. E mais. Sua palavra ser levada em conta como acontece com a pessoa cuja vida sexual se desenvolve conforme recomendações predominantes da sociedade. Somente uma causa se justifica para afastar uma pessoa como testemunha: evidenciar interesse no desfecho do processo; vale dizer, não se apresenta isenta, o que é essencial para orientar decisão justa.

O tema ganha expressão significativa com a Constituição de 1988; consagrou literalmente no art. 5.º: 'são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos'. Vale dizer, as demais são consentidas. Consequência lógica: devem ser ponderadas. Tenho como de duvidosa constitucionalidade dispor que a prova de tempo de serviço rural não possa ser feita apenas por testemunha; ainda - a exigência de não ser suficiente a prova testemunhal relativa a contrato de valor superior, conforme redação anterior do Código Civil. O 'bóia fria', por sua condição econômica, se vê compelido a sucumbir a todas exigências do patrão. Certamente, se pretender 'carteira assinada' não será aceito para trabalhar. Ele não tem como resistir às forças do empregador!

A Corte Constitucional italiana (14.03. 1980, *Rivista Penale*, 1980, p. 986) *Il nuovo Codice di Procedura Penale*,

Piacenza, Editrice la Tribuna, 1991, p. 648-649, decidiu: 'La vigente legislazione processuale ha soppresso ogni limite alla capacità giuridica ad essere testimone, sotituendovi il criterio della maggiore o minore credibilità della persona chiamata a testimoniare'.

Essa conclusão, face à nossa Carta Política, precisa ser recepcionada por nossa jurisprudência.

O atual Código de Processo Penal português ao disciplinar a *prova testemunhal* descreve quem tem capacidade e dever de testemunhar. O art. 131.º, I, é categórico: qualquer pessoa que não se encontrar interdita por anomalia psíquica tem capacidade para ser testemunha e só pode recusar-se nos casos previstos na lei. A vedação só ocorre quando houver interesse de favorecer (ou prejudicar) uma das partes da relação processual.

O nosso Código de Processo Penal é explícito, no art. 202: Toda pessoa poderá ser testemunha. Em consequência, nenhuma restrição que não seja o interesse no desfecho do processo será idônea para impedir o depoimento e, o que é mais significativo, não levá-lo em conta.

O Pacto de San Jose de Costa Rica, ao tratar das Garantias Judiciais, é incisivo: 'Direito da defesa de perguntas às testemunhas presentes no tribunal e de solicitar o comparecimento, como testemunhas ou perito, de outras pessoas que possam esclarecer os fatos' (art. 8, f).

Requisito moderno, assim, para ser testemunha é a pessoa ter ciência dos fatos relevantes para o processo. Insista-se: a nacionalidade, naturalidade, religião, profissão, conduta moral são irrelevantes. Dessa forma, o homossexual não pode ser recusado como testemunha. E o seu depoimento tem o mesmo valor jurídico do heterossexual.

O Direito moderno precisa libertar-se de normas que traduzem, e tantas vezes não percebemos, restrições decorrentes de distinções sociais, ou de estereótipos decor-

rentes de diferenças impostas pela classe dominante. Tais classes determinam o modo de ser, de agir, de comportamento a outras classes sociais. A isto o Direito precisa reagir. Caso contrário, a isonomia tantas vezes repetida continuará a ser mera retórica. A magistratura, tenho sublinhado, precisa estar atenta a esses pormenores. Caso contrário, chancelará, fará coisa julgada, a imposição do homem contra o homem.

Os romanos faziam distinção entre patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor de engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. *Casa grande e senzala*, na espécie, é leitura obrigatória.

Os Direitos Humanos buscam afastar, quanto possível, as causas que a sociedade foi levada a distinguir pessoas, gerando a categoria de *excluídos* vale dizer, marginalizados.

O final do século XX precisa caracterizar-se como reação aos modelos que mantêm os excluídos em situação marginalizada. Não faz sentido projetar, em nossos dias, tais estigmas."

Conheço do recurso especial.

VOTO VENCIDO – O Exmo. Sr. Min. Vicente Leal: Estou de pleno acordo com a tese no seu contexto, mas como se trata de matéria penal, estamos decidindo o fato. É certo que o depoimento de uma pessoa de pouca qualificação moral não retira a sua validade. Todavia, trata-se de uma situação particular que me leva a prestigiar o acórdão. Em face desse estigma, não tem valia o testemunho como prova, seja, a relação de intimidade que tinha com a vítima. Se as testemunhas não podem prestar depoimento a favor de amigo íntimo ou de parente consanguíneo, porque esse testemunho é desvalioso, entendo que está situado o fato. O acórdão negou validade à prova testemunhal sob enfoque. Ora, tratava-se de um amigo íntimo da vítima, com quem mantinha convivência íntima, uma vida a dois, o que desmerece, por completo, a validade

da prova testemunhal. E se já há uma certa cautela no que se chama de testemunha única, aí temos uma única testemunha, a relação de afetividade e de intimidade que mantinha com a vítima manifesta, certamente, um interesse no sentido de punir alguém que lhe era desafeto.

Peço vênias a S. Exa., embora no contexto do voto esteja de pleno acordo, entendo que aí o acórdão situou a matéria no campo da desvalia da prova testemunhal em razão da relação íntima entre a vítima e essa única testemunha.

Assim, não conheço do recurso.

VOTO VOGAL – O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves: Senhor presidente, se entendi bem, o réu e a vítima, não obstante homens, eram amantes. A testemunha era o quê?

O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (aparte): A testemunha era o companheiro, o amante da vítima (lê):

"Não posso considerar como indício o testemunho de uma pessoa declaradamente amoral, amiga íntima da vítima, com a qual vivia sob o mesmo teto."

O Exmo. Sr. Min. Vicente Leal (aparte): Essa única testemunha, em que se fundou o decreto de pronúncia, era amante da vítima.

O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves: E com isso, tinha interesse em incriminar o réu!

O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (aparte): Aqui, não diz haver interesse em incriminar.

O Exmo. Sr. Min. Vicente Leal (aparte): O juiz considerou, o Tribunal é que afastou.

O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro: O Tribunal entendeu que, sendo homossexual, seu valor como testemunha há de ser repellido. Mas diz o seguinte (lê):

“Como penso, não se deve aceitar compromisso de honra.”

Nega até que seja prestado compromisso de testemunha.

O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves: Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, seria melhor deixar o júri verificar se a testemunha é idônea ou não, e qual a profundidade do seu depoimento.

Estou de acordo com V. Exa.

CERTIDÃO – Certifico que a E. 6.^a T., ao apreciar o processo em epígrafe, em ses-

são realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, conheceu do recurso, nos termos do voto do senhor ministro relator. Vencido o Sr. Min. Vicente Leal.

Votaram com o senhor ministro relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Anselmo Santiago.

Ausente, por motivo de licença, o Sr. Min. William Patterson.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 26 de maio de 1998.

COMENTÁRIOS

Este é desses processos em que se julga o réu, o juiz e quem se dê ao esporte aventureiro de comentar o julgamento.

Como se verá a tempo, o que está no banco dos réus é o preconceito. E este tem variada modalidade.

Não há melhor ilustração que invocar um episódio de barbárie que é objeto – hoje e ontem – de uma boa safra de análises.

A história era jejuna num plano diabólico semelhante ao que se convencionou chamar holocausto, seja a versão de Goldhagen (*Hitler's Willing Executioners*), seja a análise a que Peter Novick vem procedendo (*The Holocaust in American Life*) – relevem-me a sapiência fajuta, pois essas obras, “li-as” somente nos jornais (*Folha de São Paulo* de 12.05.1996 e 08.04.2001).

Mas não se trata de uma única insânia coletiva.

Para não ir longe, tome-se a escravidão negra no Brasil.

Pensar que pessoas normais (normais?), gente de missa e comunhão, padres que rezavam missa aceitavam a escravidão, ou melhor, usufruíam da escravidão!

Mas holocausto, escravidão não são a História. A História é a superação do preconceito em que eles se arrimam. Há que contar, porém, que há sucessos recidivos. E umas tantas de metástases. Bem por isso, não é difícil conceber que o país de Lincoln e Luther King houvesse gerado a Klu Klux Klan, uma súcia de encapuzados a imolar pessoas de outra cor. E que, na terra de Tiradentes, Castro Alves, meninos de boas famílias também se dêem a esse esporte: lançar fogo às vestes de pobres coitados que dormem na rua!

O preconceito racial é uma doença que dura a vida toda; os outros preconceitos dessa área (sexual, social), uns são desvios que a burrice acalenta, outros são azares emersos da cultura.

Uma gama de gente que sofreu pra burro o preconceito foi a prostituta. Eu, jovem, não entendia por que, em Passos, a mulher da vida só podia ir ao cinema na sessão das dez. Não havia proibição, mas era assim. Mulheres bem vestidas, beijos pintados, ruge e aquela sensação gostosa que deixava no ar a *água de cheiro*!

Pode ser por ser um retorno aos tempos dessoroutra idade ou (quem sabe?) um halo daquela água de colônia que restou, na memória, como um perfume francês – tenho de espichar o fio da conversa.

O leitor – talvez – ainda não leu a *Barra do Poté*, de Oswaldo H. Gusmão.

Há um episódio que deixa a gente de cabelo em pé.

Um padre bandalho e carolas frustradas concebem o plano de incendiar as casas das pobres mulheres que os homens de “bem” fizeram prostitutas. O Major João Batista fora, a mulher, Don’Anna, resolveu sozinha: trouxe todas elas para casa. O marido veio e completou: dirigiu-se, de imediato, à Igreja, advertiu o Padre de que aquele plano não era obra de Deus. O Padre respondeu, ameaçando-o de excomunhão. E não lhe deu ouvidos. E o que viram o Padre e os seus, com suas tochas de fogo, quando chegaram às casas das mulheres? O Major postado em frente ao cabaré, a espingarda no colo, o revolver no coldre, a faca na bainha. Ainda não entenderam o recado; deram de avançar e assistiram a um espetáculo inédito: os rostos que eram vistos nas janelas das casas não eram bem os das mulheres que estavam acostumados a ver; e via-se, sem maior esforço, o cano das espingardas na mão dos camaradas do Major.

Enquanto aquela gentilha (Dona Bila, Padre Franco) fugia desmoralizada, uma mulher de bem e de bom nome dividia o café e o afeto com as prostitutas da cidade.

As coisas mudaram. Afortunadamente, as coisas mudaram. Mulher trabalhando fora, freqüentando escola, participando de política, a pílula: os valores mudaram. O sexo deixou de ser pecado; ficou mais fácil ir pro céu.

O sexo passou a ser conversa de salão: o Relatório Hite; sexólogas ocupando a televisão para explicarem, sem rodeios, o universo sexual; a expressão “fantasias sexuais” a compendiar o casuísmo que enriquecia a linguagem e talvez os hábitos femininos.

Ganhou a moral com a quebra do preconceito: os casais, *que eram casados*, continuaram casados; os outros, esses foram perdendo a inibição de freqüentar uma segunda cama; foram perdendo, também, a inibição de confessá-lo na imprensa *especializada*.

No caso específico da prostituição, encontrou-se, em “meninas de programa”, a opção vocabular. Mas – graças a Deus – já não há mais clima para essas cruzadas dos Padres Francos, das Donas Bilas.

A novela de televisão saiu à frente. E serviu de mostrar o quanto havia de postigo na moral oficial. Em *Hilda Furacão*, por exemplo, não se feriu o casamento verdadeiro, o celibato sadio: os maridos que se mancomunavam com esposas histéricas para acabar com a zona de Belo Horizonte eram os que iam ali refestelar-se às escondidas; e não era religioso verdadeiro o padre de batina e tonsura que se prestou ao triste papel de açular os desordeiros contra as “mulheres do pecado”. E a Capitu, de recente novela, não se encastelou na tarja dos “olhos de ressaca” da Capitu de Machado. Homens, mulheres, as chamadas famílias de bem, todos a sabiam uma “menina de programa”. E ninguém lhe bateu a porta na cara.

O “pudor” havia mudado.

E foi bom.

Haverá menos doenças para tratar: moças de bem se casando virgens; moças de bem se casando, sem que o estivessem, mães solteiras orgulhosas do filho e ambos bem aceitos na sociedade.

Há, hoje, o risco de um novo preconceito: o viés autoritário que quer transformar em regra a opção de cada um.

Mas, o que se vê é claro: moças da roça, moças da cidade, moças da universidade, moças em geral – só uma impossível estatística dirá quantas estarão, na noite de núpcias, experimentando o sexo pela primeira vez.

Esse censo não tem a mais mínima importância. E não vamos cultivar essa imbecilidade, o preconceito de que casar virgem é caretece.

O preconceito de cariz sexual – na modalidade de ódio ao homossexual e que se expressa, até, no assassinio – é matéria, talvez, para a psicanálise.

O machismo aí – antípoda do comportamento masculino sadio – só se explica em termos de conflitos sexuais que não foram normalmente solucionados. O ódio ao homossexual pode ser a reação despropositada a desejos incubados (sodomia, às vezes). Mortes, aqui e ali, não são esporádicas (*Folha de São Paulo* de 15.02.2001), retratada, uma delas, e de modo feliz, na pena do Juiz Paulista Luís Fernando Camargo de Barros Vidal: “Dois homossexuais têm o direito de andar de mãos dadas nas ruas tanto quanto dois carecas com suas cabeças raspadas, roupas e bijuterias exóticas”.

E chegamos, um pouco cansados, ao processo, cujo acórdão se comenta (rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Há pouco que falar, porque o importante é o acórdão, a filosofia que ele esposava.

Alberto Silva Franco não cansa de nos ensinar que devemos ler a lei (e o mais que se lhe assemelha) pela gramática da Constituição.

É o que fez o acórdão, alimpando dos autos o ranço preconceituoso que teima em macular (em afronta ao item IV, art. 3.º, da CF) o testemunho de pessoas que a raça, ou o sexo, ou a cor, ou a idade, ou o *status* social ou o comportamento

sexual (caso da prostituta pobre, do homossexual pobre) não se quadrem com o estilo de vida da maioria das pessoas.

E trata-se de uma decisão unânime, em termos de filosofia: O ministro, que dissentiu, não o fez por menoscabo à palavra de um homossexual; votou vencido por entender que a relação de intimidade e de afetividade fazia suspeito o testemunho.

Numa linguagem de jurista, mas que não esconde o aporte que advém do trato com outras áreas das Ciências Sociais, o ministro relator definiu, precisou o papel da testemunha, afastando, com base na Constituição, as restrições que os privilégios sociais geraram ao longo do tempo: "Requisito moderno, assim, para ser testemunha é a pessoa ter ciência dos fatos relevantes para o processo. Insista-se: a nacionalidade, naturalidade, religião, profissão, conduta moral são irrelevantes. Dessa forma, o homossexual não pode ser recusado como testemunha. E o seu depoimento tem o mesmo valor jurídico do heterossexual".

É acórdão que engrandece o Judiciário por constituir um anátema aos que mentem à Constituição – quando não lêem por ela as leis que existiam antes dela e não conferem com ela a floração legislativa que enxameia a Imprensa Oficial.

O texto com que o relator encorpou o acórdão é coisa para ser levada às escolas, até porque o moço é gente melhor que nós para entender Ética, Democracia, Direito.