

## 2

# As garantias processuais e a necessidade de adequação do processo às balizas constitucionais: o modelo constitucional do processo

### 2.1

## O Estado Democrático de Direito e o modelo processual constitucional

A noção de Estado de Direito revolucionou a organização do poder e, por via de consequência, a da liberdade.

Antes dele, à época dos regimes absolutistas, o governante enfeixava um poder quase que absoluto, o que lhe permitia deliberar sobre as questões do Estado da forma que lhe aprouvesse, impondo, assim, a sua vontade aos seus súditos, sem qualquer limitação institucional ao poder ou respeito aos direitos dos cidadãos<sup>1</sup>. Frente a esse poder a liberdade do homem ficava comprometida e a opressão das instituições ganhava espaço.

Com o advento da noção do Estado de Direito, inaugura-se o império da lei, no qual o poder do governante não se extingue, mas a discricionariedade do seu poder de restrição à liberdade individual se curva aos ditames da lei<sup>2</sup>. A estrutura jurídica se funda na lei, cuja produção jurídica fica submetida ao monopólio do Estado (*auctoritas*)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> BARCHET, G.; MOTTA FILHO, S. C.. *Curso de Direito Constitucional*, p. 135.

<sup>2</sup> Ibid., p. 76; MARINONI, L. G.. *Teoria Geral do Processo*, p. 25, no sentido em mesmo sentido: “O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu a legalidade como fundamento de sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo do *ancien regime*. A administração e os juízes, a partir dele, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que chocasse com a lei.”.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 801-802. O autor anota que na experiência jurídica pré-moderna – do direito romano ao comum europeu, vigorava um direito não legislado, construído principalmente pela jurisprudência e pela doutrina, que coexistia com fontes paralelas – chamadas pelo autor de fontes estatutárias - que disciplinavam assuntos setoriais da vida civil. Essa pluralidade de fontes e de ordenamentos coexistentes e muitas vezes conflitantes

Se de um lado é possível afirmar que a liberdade absoluta do indivíduo é incompatível com a vida social, na medida em que, como bem lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a liberdade absoluta para alguns poderia significar, e provavelmente significaria, a não-liberdade, a negação da liberdade de outros”<sup>4</sup>, de outro lado, toda e qualquer limitação à liberdade humana deve se ater à cláusula da imprescindibilidade.

Em outro dizer: a liberdade deve encontrar limites na necessidade de se organizar uma sociedade que seja capaz de permitir a vida em comum, coordenando a liberdade recíproca, para que todos sejam livres o máximo possível<sup>5</sup>.

Com efeito, a vida em sociedade não impõe que o homem abra mão de sua liberdade, mas que aceite as restrições e limitações, ditadas pela lei, desde que estritamente indispensáveis para a vida em comum.

No Estado de Direito cabe à lei (à juridicidade) – ao Direito - a importante tarefa de limitar a liberdade humana e, a um só tempo, de instituir e organizar o poder do governante. O Estado de Direito repudia o arbítrio, na medida em que o governo é das leis e não dos homens<sup>6</sup>.

Assim, o poder não pode afrontar o Direito, porquanto a lei, notadamente a Constituição, estrutura e organiza o poder, gizando os limites nos quais o Estado poderá exigir determinados comportamentos e, conseqüentemente, os indivíduos não poderão se opor à atuação do Estado, quando esta vergar-se aos limites da legalidade<sup>7</sup>. Em suma, tal qual os cidadãos, o próprio Estado se submete à lei.

Apenas a lei pode impor às pessoas um dever de atuação (prestação) ou de abstenção, de sorte que ninguém será obrigado a fazer ou não fazer algo, senão em virtude de lei. De igual forma, apenas a lei poderá autorizar validamente o Estado a exigir que alguém faça ou deixe de fazer algo, ou seja, ao Estado só é permitido atuar dentro das balizas da lei, segundo a ordem jurídica.

---

gerava incerteza e insegurança, razão pela qual o autor afirma categoricamente que a positivação ou a estatização do direito representou um enorme progresso, no plano jurídico e político.

<sup>4</sup> FERREIRA FILHO, M. G.. *Estado de Direito e Constituição*, p. 4.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>6</sup> PIMENTA, M. V. A., *Teoria da Constituição*, p. 51.

<sup>7</sup> Parece também ser essa a opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando anota que: “À lei a cosmovisão liberal reserva um duplo papel. Se as Declarações se dirigem principalmente ao constituinte, se as Constituições organizam e restringem os poderes do Estado, as leis, por um lado, delimitam a liberdade dos indivíduos, enquanto, por outro lado, estabelecem a própria pauta de atuação dos órgãos estatais superiores.” (FERREIRA FILHO, M. G. op. cit., p. 19).

Analisando a dinâmica do papel do Estado e do cidadão à luz da legalidade – princípio regente do Estado de Direito – é possível concluir que a lei é imposta contra todos, no sentido de que tanto o Estado quanto o cidadão se curvam ao seu império e lhe devem obediência.

Como bem observam Gustavo Barchet e Sylvio Motta<sup>8</sup>, o curso da História assistiu à degeneração do Estado de Direito, como consequência da distorção do princípio da legalidade, seu lastro institucional.

Averbam os aludidos autores que, a aplicação míope do princípio da legalidade restringiu o exame da validade de uma lei aos aspectos meramente formais, possibilitando a permanência no ordenamento jurídico estatal de qualquer regra posta em vigor, desde que emanada da autoridade competente e observado o procedimento próprio para a sua instituição<sup>9</sup>.

Em mesma trilha caminha Luiz Guilherme Marinoni ao pontuar que restringir o direito à lei e à sua validade acabou por inviabilizar o controle sobre os abusos da legislação, pois “se a lei vale em razão da autoridade que a edita, independentemente de sua correlação com os princípios da justiça, não há como direcionar a produção de direitos aos reais valores da sociedade.”<sup>10</sup>.

Diante desse quadro, a garantia de liberdade individual contra o arbítrio do Estado, não pode se contentar e não se contenta com a redução da lei a aspecto meramente formal. A mera existência de lei – no seu aspecto formal – não é o bastante para restringir a liberdade individual, notadamente se essa lei preterir a Justiça e não se atentar à proteção incondicional dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho quando verbera que “a lei, encarada por um prisma apenas formal, ignorando-se a sua vinculação com a Justiça, renega o Estado de Direito”<sup>11</sup>, dando azo ao “despotismo legal”<sup>12</sup>.

Como se vê, a noção de legalidade formal não se ocupa com a noção de

---

<sup>8</sup> BARCHET, G.; MOTTA FILHO, S. C.. *Curso de Direito Constitucional*, p.135.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 135. Em mesma direção, MENDES, G. F., COELHO, I. M., BRANCO, P. G.. *Curso de Direito Constitucional*, p. 63: “O controle judicial, em face do caráter formalístico do Estado Legal, reduz aos aspectos exteriores, formais. Indaga meramente se há lei ou ato normativo com força de lei regularmente editado para aferir a validade de qualquer ato, mormente de governo. Não chegando ao conteúdo da norma, pondo fora do seu alcance a justiça, evidentemente não encara de ordinário a questão da igualdade. O respeito à lei tende a confundir-se com subserviência ao legislador, ainda que manifestamente violador da justiça.”

<sup>10</sup> MARINONI, L. G.. *Teoria Geral do Processo*, p. 28.

<sup>11</sup> FERREIRA FILHO, M. G.. *Estado de Direito e Constituição*, p. 60.

<sup>12</sup> Expressão cunhada por Lord Hewart in *The New despotism* (apud FERREIRA FILHO, M. G.. op. cit., p. 60).

Justiça tampouco de legitimidade da norma, estas traduzidas na harmonia entre o fundo das normas, o teor de suas disposições e os anseios populares, em dado momento histórico<sup>13</sup>.

Gustavo Barchet e Sylvio Motta bem sintetizam essa noção ao aduzirem que “no Estado ‘meramente’ de Direito foi reconhecida a validade jurídica de leis formalmente perfeitas, mas materialmente ilegítimas”<sup>14</sup>.

Em função disso, o Estado de Direito *evoluiu* em direção ao Estado Democrático de Direito<sup>15</sup>, no qual se considera a lei não só pelo ângulo formal, mas também pelo material, reconhecendo-se a legitimidade tão-somente daquelas que apresentarem conteúdo democrático, em conformidade com os interesses e aspirações do povo, bem assim afinado com os direitos fundamentais.

Em outro dizer: a restauração do Estado de Direito perpassa pelo combate ao despotismo legal, implicando, por via de consequência, na sedimentação da noção de que a lei deve estar em consonância com os direitos fundamentais, visando justamente à sua proteção e satisfação.

No Estado Democrático de Direito a noção de legitimidade da lei ganha espaço, porquanto nesse modelo estatal a organização política tem como base o primado de que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único, da CR/88) e que preserva os direitos fundamentais, colocando a dignidade da pessoa humana como fundamento régio de suas práticas.

De todo modo, a transição do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, só é possível através da a) valorização dos direitos políticos e da efetiva participação democrática, bem assim do b) revigoramento dos direitos

---

<sup>13</sup> BARCHET, G., MOTTA FILHO, S. C., *Curso de Direito Constitucional*, p. 135.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>15</sup> FELDENS, L., *Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, p. 30 et. seq. pontua que a expressão “Estado de Direito” não é unívoca, comportando um sentido débil ou formal – compreendendo-se como tal aqueles Estados “nos quais os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos mediante procedimentos legalmente estabelecidos” (*Ibid.*, p. 32) – e um sentido forte ou substancial – assim compreendido aqueles Estados em que “os poderes públicos estão verdadeiramente *sujeitos* à lei, não apenas no que respeita às formas e procedimentos, senão que também a seus conteúdos, realidade essa passível de verificação quando *todo los poderes, incluindo el legislativo, están vinculados al respeto de principios substanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales.*” (*Ibid.*, p. 32). Nessa ordem de idéias, o que chamamos de Estado Democrático de Direito coincide com o que o autor identifica como Estado de Direito em sentido forte ou substancial.

fundamentais, colocando-os em posição de destaque no cenário normativo<sup>16</sup>.

A segunda perspectiva - (b) revigoração dos direitos fundamentais e sua colocação em posição de destaque no cenário normativo -, é a que mais interessa, para os fins específicos do presente trabalho. Pois bem. Parece incontroverso na doutrina que a Constituição Federal de 1988 remodelou a dogmática jurídica; ela foi alocada no centro do sistema jurídico funcionando como fundamento e filtro de toda a atividade desenvolvida pelo Estado e, porque não dizer, da comunidade, porquanto já não se nega a incidência horizontal dos direitos humanos fundamentais<sup>17</sup>. Dessa forma, conquanto não se negue a supremacia da Constituição no cenário normativo, ainda muito deve ser feito para romper com a *tradição* autoritária brasileira, marcada pelo desprezo à norma constitucional<sup>18</sup>, notadamente nas questões que envolvem as perseguições penais que devem receber uma atenção diuturna, uma vigília incessante, com vistas a não se distorcer o desenho democrático gizado pela Constituição com as nítidas e vivas cores dos direitos fundamentais.

Vencer a tradição autoritária perpassa pelo incessante esforço interpretativo em revisitar os conceitos e institutos jurídicos, com a clara percepção de que a seara processual penal tem suas categorias próprias, de forma que transportar as categorias do direito processual civil para a lida das questões da *persecutio criminis* não é caminho acertado para vencer o ranço da ditadura e do regime autoritário que precedeu a atual Constituição. O mesmo se diga em relação à repetição de conceitos forjados já de há muito, sem se dar conta que a ordem inaugurada pela Constituição de 1988 alterou profundamente a estrutura intrínseca

---

<sup>16</sup> ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Humanos Fundamentais*, p. 30 et. seq., destaca que o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial. A fundamentalidade formal, pontua o autor, decorre da sua posição privilegiada (ápice) no ordenamento jurídico, irradiando sua força vinculante diretamente sobre o legislativo, o executivo e o judiciário. Já a fundamentalidade substancial radica na idéia de que os direitos humanos fundamentais constituem paradigmas para a tomada de decisões sobre a estrutura normativa do Estado e da sociedade. Assim, com vistas as idéias do alemão, pode-se afirmar que o Estado de Direito, em seu sentido forte, é um construído, no ponto em que as funções estatais e a própria pauta de atuação da sociedade devem ser rimadas com os valores consagrados pelos direitos fundamentais, constituindo, portanto, essas normas fundamentais o alfa – eficácia irradiante – e o ômega – a concretização dos valores constitucionais encampados pelos direitos fundamentais – do ordenamento jurídico.

<sup>17</sup> Cf. MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G., *Curso de Direito Constitucional*, p. 253 et. seq.; FARIAS, C. C., ROSENVALD, N. *Direito Civil: Teoria Geral*, 18 et. seq.; SILVA, V. A. *Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*.

<sup>18</sup> Cf. BARROSO, L. R., *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*.

do processo penal, com vistas ao asseguramento da dignidade da pessoa humana submetida a um processo<sup>19</sup>.

É bem verdade que os temas fundamentais da disciplina processual encontram sede na Constituição da República, muitos deles tratados como verdadeiras garantias fundamentais. Dessa forma, não é por outra razão que toda a estrutura desses institutos deve ser pensada a partir da Constituição – de cima para baixo (*força normativa da Constituição*) – e não ao contrário, como comumente é feito nas letras processuais penais. Daí porque a compreensão das categorias processuais deve ter como pressuposto o exame da Constituição, depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema<sup>20</sup>. Assim, por exemplo, não se pode arvorar em discutir *competência* de órgãos jurisdicionais sem se estabelecer a necessária correlação com a garantia fundamental do juiz natural e da vedação de criação de tribunais de exceção; igualmente, os debates sobre a *ação* devem sempre ter em mira as garantias da inafastabilidade do controle jurisdicional (universalidade da jurisdição); pela mesmíssima razão, se o tema é *prova*, as limitações constitucionais à sua produção, admissão e valoração devem constituir questão central de hermenêutica. Enfim, é imprescindível dispensar certo esforço para a construção e compreensão do Direito Processual Constitucional<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> LOPES JR. A. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, v. 1, p. 33 et. seq. Relembre-se, por oportuno, que o autor relembra em sua obra o artigo “Cerentola”, de Carnelutti, o qual narra serem o Direito Penal, o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal filhas do Direito Público. No entanto, a última (Direito Processual Penal), em comparação com suas outras irmãs que eram belas e prósperas, teve uma infância e adolescência desleixada e abandonada. Durante muito tempo dividiu com a primeira (Direito Penal) o mesmo quarto. A segunda (Direito Processual Civil), bela e sedutora, ganhou o mundo e despertou todas as atenções. O Processo Penal, a irmã preterida, sempre teve que se contentar com a sobra das outras duas, razão pela qual evoluiu pouco e durante muito tempo foi visto como mero apêndice do Direito Penal. Do Processo Civil recebeu as roupas velhas e usadas, que nem sempre lhe caíam muito bem porque feitas sob medida para a outra irmã. E acaba concluindo o autor que o Processo Penal – a Cinderela – é uma boa irmã que não aspira superioridade em relação a suas irmãs, mas deseja ser tratada com igualdade (Ibid., p. 33 et. seq.). Da analogia com a estória da Cinderela, Carnelutti pretende afirmar a impostergável necessidade de realinhar os institutos do processo penal ao seu objeto, tomando-se em conta os valores contidos no drama da *persecutio criminis*, com todos os seus caracteres e nuances, o que certamente exigirá do jurista um esforço maior do que simplesmente importar categorias feitas sob medida, para o Processo Civil e o Direito Penal.

<sup>20</sup> NERY JR., N. *Princípios do Processo na Constituição*, p. 41; CINTRA, A.C.A., DINAMARCO, C. R., GRINOVER, A. P. *Teoria Geral do Processo*, p. 84, já de há muito pontificam que “hoje acentua-se a ligação entre processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, foi dito com muita autoridade, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia da liberdade.”.

<sup>21</sup> Cf. CINTRA, A.C.A., DINAMARCO, C. R., GRINOVER, A. P. *Teoria Geral do Processo*, p. 85 et. seq..

Nesse particular, Cássio Scarpinella Bueno com absoluta propriedade ressalta que mais do que enumerar “princípios constitucionais do direito processual”<sup>22</sup>, mister se faz analisar os institutos do Direito Processual à luz do Direito Constitucional<sup>23</sup>. Nas precisas palavras do autor:

Como a variedade e a gravidade de temas extraíveis da Constituição Federal revela, a proposta aqui destacada não pode se encerrar na sua localização naquele plano. Muito mais do que isto, o que importa colocar em relevo é a necessidade de, uma vez identificado o status constitucional desses temas, seu estudo, de suas estruturas e de suas aplicações dar-se desde a Constituição Federal. Não é suficiente *listar* temas e assuntos. O que importa é que os temas sejam *aplicados* a partir do seu habitat típico do direito brasileiro, a Constituição Federal.<sup>24</sup>

No estado atual da arte, não se pode negar que o direito processual, a exemplo de outros ramos do Direito, foi absolutamente reconstruído pelo fenômeno da constitucionalização do Direito, notadamente por conta do caráter analítico da Constituição e da eficácia irradiante dos direitos fundamentais nela consagrados ou com ela compatíveis (*bloco de constitucionalidade*)<sup>25</sup>. Por essa razão, parece ser absolutamente acertada a observação de Miguel Calmon Dantas no sentido de que a “própria constitucionalização do processo, remete a um modelo dialógico e participativo dirigido à realização e à concretização dos direitos fundamentais.”<sup>26</sup>.

Nessa perspectiva, em um Estado Democrático de Direito a função jurisdicional só se legitima pelo respeito aos direitos fundamentais e pela preservação da dignidade da pessoa humana como valor fundante da ordem jurídica. Ao magistrado impõe-se o respeito e a tutela dos direitos fundamentais, sendo, portanto, dele exigida constante atenção aos preceitos constitucionais garantidores da dignidade da pessoa humana, de forma a se permitir que o

<sup>22</sup> A referência do autor é feita ao processo civil, conquanto se aplique, como uma luva, ao direito processual penal.

<sup>23</sup> BUENO, C. S., *O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*.

<sup>24</sup> *Ibid.*. Corroborando com o afirmado: DANTAS, M. C. *O Direito fundamental à processualização: fundamento para uma Teoria Geral do Processo*, p. 689: “(...) a constitucionalização do processo apenas se caracteriza pela existência de um regime constitucional do processo, ou seja, não basta a mera referência a alguns institutos e algumas garantias processuais de forma tópica e enunciativa, fazendo-se mister a consagração sistemática do processo que viabilize a identificação de um regime jurídico-constitucional – ainda que não seja, evidentemente, exauriente ou mesmo minudente – vinculante para os órgãos de soberania no exercício, também processual, das funções e competências constitucionais”.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 695.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 689.

processo seja palco da afirmação dos valores constitucionais.

## 2.2

### **A instrumentalidade do processo penal: o processo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais**

Não é raro encontrar na doutrina quem afirme que o processo é “técnica a serviço do direito material”<sup>27</sup>. Aliás, essa informação é amplamente difundida nos livros dedicados a chamada *Teoria Geral do Processo*. Não há sequer um estudante que ao iniciar os estudos na seara do processo não se tenha deparado com o discurso de que enquanto o direito material estabelece direitos e deveres, distribuindo os bens da vida em sociedade, o direito processual se ocupa em criar mecanismos para assegurar esses direitos, para cumprir essas obrigações, enfim, para se implementar a distribuição dos bens jurídicos feita pela norma de direito material. Por essa perspectiva, o direito processual é um instrumento a serviço do direito material, ou seja, é a técnica, o meio utilizado para o atingimento de um determinado fim.

O processo, analisado sob esse ângulo, é instrumento de efetivação do direito material. Nessa linha, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, no clássico *Teoria Geral do Processo*, são contundentes em afirmar que:

O direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico.<sup>28</sup>

Em mesmo vetor dispara Luiz Guilherme Marinoni ao verberar que: “Para a prestação da tutela jurisdicional é imprescindível a consideração das *necessidades do direito material*.”<sup>29</sup>

Conquanto não se negue que a implementação do direito material deva ser

<sup>27</sup> Cf. CINTRA, A.C.A., DINAMARCO, C. R., GRINOVER, A. P. *Teoria Geral do Processo*, p. 94 et. seq.; RODRIGUES, M. A. *Processo Civil Ambiental*, p. 52 et. seq.; MARINONI, L. G., *Teoria Geral do Processo*, p. 33 et. seq.

<sup>28</sup> CINTRA, A.C.A., DINAMARCO, C. R., GRINOVER, A. P., op. cit., p. 46.

<sup>29</sup> MARINONI, L. G., *Teoria Geral do Processo*, p. 112.

condicionada aos valores régios do Estado Democrático de Direito, conformando-se o *instrumento* ao molde dos direitos humanos fundamentais, o simples fato de direcionar o processo a um fim, compreendendo-se como tal a efetivação da norma de direito material de índole penal é circunstância merecedora de toda atenção. É que a busca cega pela efetivação dos anseios persecutórios como finalidade única do processo penal nega o modelo constitucional de processo, porque gera um sistema de direitos e garantias simbólicos, que tolera a execração do processado, pelo simples fato de ser processado e convive com o discurso de que a criminalidade só pode ser combatida pela contramão<sup>30</sup>.

De todo modo, se não há maiores problemas em se afirmar que o processo penal é um instrumento, parece tormentoso, como bem lembra Aury Lopes Jr., “definir o conteúdo dessa instrumentalidade, ou a serviço de que(m) ela está.”<sup>31</sup>. Francisco Muñoz Conde já de há muito ressaltava que o Processo Penal “tem um coração dividido entre dois amores”<sup>32</sup>. De um lado, a necessidade de compreendê-lo como único instrumento legítimo para que o Estado possa impor uma pena ao indivíduo, ou seja, o caminho necessário para a apuração de uma infração e aplicação de um castigo a um culpado. De outro lado, os direitos fundamentais que impõem sérios limites à persecução penal, com vistas a proteger o cidadão processado. Em mesma linha dispara Denílson Feitoza Pacheco ao consignar:

O *drama* e a *tragédia* da persecução criminal transcorrem cotidianamente num cenário formado por duas *forças diretivas* que colidem tensamente, acarretando a *contrariedade fundamental* da persecução criminal: quanto mais intensamente se procura demonstrar a existência do fato delituoso e sua autoria (*princípio instrumental punitivo*), mais se distancia das garantias dos direitos fundamentais, e quanto mais intensamente se garantem os direitos fundamentais (*princípio instrumental garantista*), mais difícil se torna a coleta e a produção de provas que poderão demonstrar a existência do fato delituoso e de sua autoria<sup>33</sup>.

A confusão amorosa resulta em uma contradição de difícil solução, mas que por conta de sua importância dá a tônica do modelo constitucional do processo penal, a revelar a opção do constituinte por um modelo autoritário ou

<sup>30</sup> Cf. CARVALHO, T. F., ROSA, A. M. *Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma Criminologia da não violência*.

<sup>31</sup> LOPES JR., A. *O processo penal e sua conformidade constitucional*, p. 26.

<sup>32</sup> CONDE, F. M., *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, p. 44 (apud) ARAÚJO, J. O. C., *Verdade Processual Penal: Limitações à prova*, p. 48.

<sup>33</sup> PACHECO, D. F., *O princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*, p. 3.

democrático.

Parece claro que os inúmeros direitos e garantias fundamentais conferidos pela vigente Constituição Federal à pessoa humana submetida a um processo, revelam a opção do constituinte por um sistema democrático. Essa opção, no entanto, não nega que processo penal seja um instrumento a serviço do Direito Penal, mas enaltece o papel das garantias processuais na proteção do indivíduo processado. Em mesma direção dispara Aury Lopes Jr. ao anotar que a instrumentalidade processual penal “tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor da dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário.”<sup>34</sup>.

É fundamental que se insista na idéia de que o juiz tem um papel de suma importância na defesa dos direitos fundamentais, especialmente em tempos em que a sensação de insegurança tem se alastrado na sociedade.

Nas grandes cidades as disputas entre organizações criminosas pelo tráfico, a disseminação e a banalização da violência, noticiadas diariamente, acabam por incutir na comunidade, muitas vezes inconscientemente, o discurso de um processo penal utilitarista, de que os fins justificam os meios, de que os interesses da “coletividade” se sobrepõem aos do particular, de que não se deve respeitar direitos fundamentais de quem não respeita os direitos alheios<sup>35</sup>.

A “Cultura do Medo”, insuflada pelo discurso do direito processual penal eficiente tende a justificar o recrudescimento das práticas estatais no combate ao crime, orientadas pela lógica do custo-benefício e de que a defesa social é um fim em si.

É justamente nesse contexto, de efervescência da “Cultura do Medo”, que a afirmação dos direitos fundamentais se deve sobrelevar, especialmente nas

<sup>34</sup> LOPES JR., A. *O processo penal e sua conformidade constitucional*, p. 28. Destaques tal qual no original.

<sup>35</sup> No globo surgem inúmeros movimentos repressivistas orientados por essa tendência (infeliz tendência, diga-se de passagem). A exemplo disso, cite-se a Política de Lei e Ordem, de Tolerância Zero e do Direito Penal do Inimigo que encampam com menor ou maior abrangência uma postura reacionária duríssima contra a criminalidade. Quanto à necessidade de debelar a criminalidade – o fim -, certamente não há nenhuma crítica, o problema é o quanto se deve pagar ou como se deve pagar para obter tal resultado. Dito de outro modo: o problema não está no fim, mas no meio empregado para alcançá-lo. Sobre o tema Cf. JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. *Direito Penal do Inimigo*; COUTINHO, J. N. M., *A Crise de Segurança no Brasil*, p.181 et. seq.; BIZZOTTO, A., *A inversão ideológica do discurso garantista: subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema pena*; NICOLITT, A. L., *Subversão da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal*; FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 298, et. seq.; LOPES JR., A, op. cit., p. 15 et. seq..

decisões judiciais e na forma de conduzir o processo, respeitando-se as regras do jogo, ainda que a contragosto de maiorias ocasionais. Nesse sentido, importante é a análise de Luigi Ferrajoli ao registrar que:

A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (ou decidir a não proteção) de uma maioria ou de um só cidadão. (...) Mesmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto e totalitário se o poder do povo for nela ilimitado. As suas regras são, com certeza, as melhores para determinar quem pode decidir e como deve decidir, mas não bastam para legitimar qualquer decisão ou não decisão. Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que um homem morra ou seja privado sem culpa de sua liberdade, que pense ou escreva ou não pense ou não escreva de um dado modo, que não se reúna ou não se associe a outros, que se case ou não se case com certa pessoa ou fique com ela indissolúvelmente ligado, que tenha ou não tenha filhos, que faça ou não faça tal trabalho, ou outras coisas similares. A garantia destes direitos vitais é a condição indispensável para convivência pacífica<sup>36</sup>.

A existência de direitos fundamentais indisponíveis e, portanto, inalteráveis ao sabor de maiorias eventuais revela o compromisso do Estado Democrático de Direito com a valorização da pessoa humana, resguardando-se certo grau de autonomia do indivíduo contra intromissões externas, muitas vezes fruto de aparentes necessidades. Perceber o especial papel dos direitos fundamentais nesse contexto é indispensável para se compreender o modelo de Estado Democrático de Direito que se pretende construir.

A jurisdição, nesse particular, deve proteger os direitos fundamentais contra as investidas de maiorias ocasionais, já que o compromisso democrático não retira do Poder Judiciário a possibilidade de decidir contra essas maiorias. Ao revés disso, os direitos fundamentais, estrategicamente localizados no vértice do ordenamento jurídico de cada Estado, exigem dos magistrados decisões contra-majoritárias sem que isso implique em rompimento do Estado com seu compromisso democrático<sup>37</sup>. Muitas vezes essas decisões são vistas com certa antipatia, no entanto, é melhor ter essa decisão inconveniente do que substituir o direito pela subjetividade, pela incerteza, pela tirania, muitas vezes, popular.

De todo modo, é bom que se registre de forma bem clara que a proteção dos

<sup>36</sup> FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 792-793.

<sup>37</sup> Aparentemente discordando: GARCIA, M., *Opinião pública e interpretação constitucional*, p.52 et. seq.

direitos e garantias fundamentais pelo magistrado no curso do processo não traduz em um modelo em que se apregoa a impunidade, mas que contém as pressões punitivas insaciáveis, que levam o *princípio instrumental punitivo* as últimas conseqüências.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, com absoluta razão, registra que em tema de Segurança Pública e suas Políticas, a atuação estatal não pode ser orientada pelo sabor do vento – que implica na aceitação dos riscos das calmarias e das tormentas – ou por impulsos, já que a grande conquista da razão no espaço da democracia moderna foi fazer perceber que a defesa do outro significa a defesa de si mesmo e das regras do jogo, mesmo porque nunca se sabe quem será o próximo a ser perseguido<sup>38</sup>.

Enfim, temos um volume tão grande de leis penais que, por certo, ninguém escapa – absolutamente ninguém – escapa do cometimento de algum crime (dirigir embriagado; sonegar algum tipo de tributo etc.) o que torna a todos, potencialmente, criminosos. Nessa hora – sempre tão amarga – percebemos que precisamos da proteção das leis; e da sensibilidade e de proteção dos nossos iguais. Se, por outro lado, não nos dermos conta disso – seguindo a linha egoísta da competitividade absurda dos nossos dias – seguiremos com medo (dos outros, sempre, como se só eles fossem infratores das leis!) e reféns de nossa própria atuação, à qual pode-se não ter perdão<sup>39</sup>.

O ataque às garantias constitucionais a pretexto de combater o crime é discurso ingênuo, porquanto desconsidera as complexas e variadas causas da criminalidade. Certamente, o sistema de direitos e garantias fundamentais não é uma dessas causas. É justamente por isso que não se pode olvidar que a redução da criminalidade é um processo lento e gradual que perpassa pela efetivação de condições materiais mínimas e pela concretização dos direitos sociais fundamentais e não pela supressão ou amesquinamento de outros direitos e garantias fundamentais. Aliás, Rudolf Von Ihering já de há muito enfatizava que: “O direito pessoal não pode ser sacrificado, sem que a norma o seja também.”<sup>40</sup>. É isso porque o desatendimento de um direito e garantia individual, é o desatendimento do direito inteiro, de modo que o caminho do direito simbólico é o caminho do contradireito.

<sup>38</sup> COUTINHO, J. N. M., *A crise de segurança pública no Brasil*, p. 181 et. seq..

<sup>39</sup> *Ibid*, p. 183.

<sup>40</sup> IHERING, R.. *A luta pelo Direito*, p. 59. A mesma idéia em outra passagem: “o homem luta, pois, pelo direito inteiro, defendendo o seu interesse pessoal no estreito espaço em que ele se exerce.” (*Ibid.*, p. 52).

Aury Lopes Jr. registra, com acerto, que “É mais fácil caminhar no caminho do Direito Penal simbólico, com leis absurdas, penas desproporcionais e presídios superlotados, do que combater a criminalidade.”<sup>41</sup>. Trilhar pelo caminho do Direito Penal simbólico significa retroceder a um período nefasto das práticas persecutórias, em que o acusado era reduzido a mero objeto de investigação. Dito de outro modo: o Direito Penal simbólico se alimenta de sua própria desgraça – é autofágico - utiliza a violência para justificar a violência, o desrespeito à norma, para justificar o desrespeito à norma, sob o argumento de que só assim é possível combater a criminalidade.

O modelo democrático de processo dispara em outra direção. Realmente, o modelo constitucional do processo tem como primado o pressuposto de que o acusado é antes de tudo um sujeito de direitos, *um cidadão*, de modo que a persecução penal – na fase de investigação e na fase do processo judicial – possui limites ético-jurídicos que não podem ser ultrapassados. Com efeito, a instrumentalidade constitucional do processo penal não se limita à punição de culpados, porque seu fim não é encontrar um culpado, mas resguardar a dignidade da pessoa humana processada. Não é por outra razão que o modelo constitucional do processo impõe a *persecutio* respeito aos direitos e garantias fundamentais.

O discurso histórico de defesa social não pode legitimar – e não legitima – a violação de direitos e garantias fundamentais no curso da persecução criminal, já que nega a fundamentalidade substancial dos mesmos, reduzindo, como visto o acusado à condição de objeto da investigação. A instrumentalidade constitucional do processo radica na percepção de que o acusado é sujeito de direitos que deve ter sua dignidade preservada no *iter* processual.

Nessa ordem de idéias, o juiz no exercício de sua função *deve* assegurar a máxima realização dos direitos e garantias fundamentais (*instrumentalidade garantista*), já que o processo penal não se justifica pela necessidade exclusiva de realização do direito material (Direito Penal), entendendo-se como tal a mera aplicação de uma pena, na medida em que isso, necessariamente, significaria encontrar um culpado, a qualquer custo. A instrumentalidade constitucional do processo forja um instrumento que combate a autofagia do Direito Penal e, necessariamente, impõe freios ao poder punitivo e às atividades persecutórias. A

---

<sup>41</sup> LOPES JR., A. *O processo penal e sua conformidade constitucional*, p. 21.

aplicação de uma punição a um acusado deve ser um dos resultados possíveis do processo, mas não o único, eis que o processo penal não é um instrumento a serviço da pena, mas da proteção da dignidade do processado. Nada de pseudo soluções para o complexo problema do combate à criminalidade, “penso que, independentemente do nosso otimismo ou pessimismo, à crise do direito não existe outra resposta que o direito mesmo.”<sup>42</sup>.

## 2.3

### O regime constitucional das provas

#### 2.3.1

##### Noções gerais

É bem verdade que a gestão da prova sempre esteve intimamente relacionada com a busca da verdade pelo processo, de modo que quanto mais se admitia essa busca pela verdade, menos se impunha limites à sua produção e à sua valoração<sup>43</sup>.

De uma maneira ou de outra, o trato da prova no processo penal é questão sempre envolta de inconstâncias políticas e ideológicas, até mesmo porque a forma de encará-la diz muito como, no plano legislativo e judicial, foi solvido o problema resultante da confusão amorosa da *persecutio criminis* e no grau de confiança depositado no magistrado.

De todo modo, a gestão da prova no processo, em um Estado Democrático de Direito, não pode se descurar do modelo garantista estatuído pela Constituição Federal. Esse sistema (o garantista) é arrimado no valor da dignidade da pessoa humana, de modo que a produção e a valoração da prova devem, necessariamente, ser direcionadas a esse *telos*.

O processo penal visto como meio necessário para efetivação do comando

---

<sup>42</sup> ROSA, A. M.. *Garantismo Jurídico e controle de constitucionalidade material*, p. XI.

<sup>43</sup> Desde já advertimos que não se pode sustentar que a função da prova no processo seja a obtenção da verdade, porquanto essa é, com a devida *venia* dos que pensam diferente, impossível de ser obtida pela pessoa humana, ainda mais no processo. Cf. 2.4. deste trabalho.

do Direito Penal deve refletir os matizes do regime democrático, funcionando como mecanismo a serviço das garantias constitucionais e da dignidade da pessoa humana processada.

Há na Constituição um conjunto de normas atinente às provas, o qual deve ser encarado sob a condição de direito e garantia fundamental, com vistas à preservação da dignidade da pessoa humana contra abusos e ilegalidade praticados pelo Estado.

Esse conjunto de normas constitucionais que, direta ou indiretamente, incide no direito probatório, acaba por cristalizar um verdadeiro regime constitucional das provas, o qual anima a coleta e valoração do material probatório.

Dentre as normas que desenham o chamado regime constitucional da prova vale destacar: a) o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; b) os princípios do contraditório e da ampla defesa; c) a regra da presunção de inocência; d) a regra da motivação das decisões judiciais; e) a regra da imparcialidade; f) o direito de não produzir prova contra si mesmo; g) o direito ao silêncio; h) a vedação de utilização de provas ilícitas no processo; i) a vedação da tortura; , e; j) etc..

Aqui cabe uma observação de importância *suma diviso* para os fins desse trabalho. O regime constitucional da prova – tal qual o modelo constitucional de processo - é composto por um conjunto de normas, que compreende tanto normas do tipo regras, quanto normas do tipo princípios. Se esse regime fosse composto apenas por regras ou apenas por princípios ele seria falho, por ser extremamente duro ou por ser extremamente flexível. Um sistema construído apenas por regras é poroso - repleto de inevitáveis lacunas constitucionais e infraconstitucionais, sem espaço para a sua complementação -, muito embora ganhe bastante em matéria de segurança jurídica. Essa segurança decorre de seu modo de aplicação disjuntivo: ou tudo ou nada. Por outro lado, um sistema composto apenas por princípios tende a ser mais propenso à completude, no entanto sua excessiva maleabilidade gera uma antipática insegurança, já que “os princípios, ao contrário, não estabelecem as condições que tornam sua aplicação necessária, mas apenas conduzem a argumentação numa certa direção”<sup>44</sup>. A vista dessas constatações, força convir que andou bem a Constituição em propor um regime misto que congrega as

---

<sup>44</sup> VALE, A. R., *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: Repensando a distinção entre regras, princípios e valores*, p. 64.

vantagens das duas categorias normativas<sup>45</sup>.

Ocorre, porém, que o *modus operandi* desses tipos de normas é diferente e a sua identificação imprecisa pode conduzir a um enfraquecimento do sistema, flexibilizando o que deveria ser rígido e enrijecendo o que deveria ser maleável, enfim, tomando uma regra como um princípio e um princípio como uma regra.

Na atualidade, com o revigoramento dos princípios no cenário normativo, há uma tendência – perigosa, registre-se – de tomar tudo como princípio, operacionalizando o sistema de forma mais flexível do que o esperado, colocando-se em xeque, a todo momento, os direitos e garantias fundamentais<sup>46</sup>. Quanto à distinção entre regras e princípios nos deteremos mais a frente.

De todo modo, cumpre registrar que o regime constitucional das provas penais reserva um lugar tanto para os princípios como para as regras e perceber a diferença entre essas categorias normativas constitui uma questão central dentro da dogmática dos direitos fundamentais<sup>47</sup>.

### 2.3.2

#### O sistema acusatório

O sistema acusatório – adotado pela Constituição de 1988 (art. 129, I) - é,

---

<sup>45</sup> André Rufino do Vale (Cf. VALE, A. R., *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: Repensando a distinção entre regras, princípios e valores*, p. p. 124 et. seq.) pontua existirem autores que pregam a existência de um modelo de direitos fundamentais constituído puramente por princípios, por conta da alta carga axiológica dos direitos por elas consagrados, de sua elevada posição no escalonamento normativo, e do fato de sua aplicação, na grande maioria das vezes, entrar em conflito com a aplicação de outras normas. No entanto, esse modelo peca por “relegar a natureza peremptória dos direitos fundamentais, ao considerar como imprescindível a realização de ponderações prévias que definam o seu conteúdo normativo vinculante para o caso concreto.” (Ibid., p. 125). O autor também registra existirem autores que sustentam a existência de um modelo de direitos fundamentais composto exclusivamente por regras, cujo ganho se dá em matéria de segurança já que suas prescrições possuem natureza peremptória. No entanto, esse modelo nega o papel dos direitos fundamentais na sistematização do ordenamento jurídico e inviabiliza ponderações de direitos fundamentais, por usar “vetustos métodos hermenêuticos.” (Ibid., p. 125-126). Por fim, existem autores que sustentam um sistema misto composto por regras e princípios. Esse modelo considera a natureza peremptória das normas de direitos humanos fundamentais, viabilizando, ao mesmo tempo, a necessidade de ponderação. Assim, a norma de direito fundamental pode ter a natureza de regra ou de princípio (Ibid., p. 126-127). Robert Alexy adota esse sistema misto, eis que a própria teoria dos princípios cunhada pelo autor tem como objetivo traçar uma via intermediária entre modelo puramente de regras e o modelo puramente de princípios, congregando as vantagens de um sistema propenso à vinculação e flexibilidade. Enfim, a teoria dos princípios, cunha pelo alemão, não nega que no catálogo de direitos fundamentais existem regras, muito pelo contrário. Para essa teoria “atrás e ao lado das regras estão os princípios.” (Cf. ALEXY, R., *Constitucionalismo discursivo*, p. 64 et. seq.).

<sup>46</sup> Sobre a distinção entre regras e princípios cf. DWORKIN, R. *Levando os Direitos a Sério*, p. 21 et. seq.; ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 85 et. seq..

<sup>47</sup> ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 85.

certamente, uma das colunas-mestras do regime constitucional das provas penais. Nesse sistema ficam bem delineadas as funções de acusar, defender e julgar. Enquanto as partes assumem uma postura parcial, estabelecendo um debate paritário, orientado pelo contraditório e pela ampla defesa, o julgador se mantém imparcial, dispensando às partes tratamento igualitário e assegurando o respeito às regras do jogo<sup>48</sup>.

Esse sistema entrega às partes a gestão da provas, já que o magistrado deve se conservar em uma posição de alheamento, até mesmo naqueles casos em que as partes não tenham se valido de todas as oportunidades possíveis para se livrar de seu ônus processual. O magistrado, na pureza desse sistema, julga de acordo com o que foi trazido aos autos, tendo em conta o ônus probatório distribuído entre acusação e defesa.

Eugênio Pacelli de Oliveira lembra que em um sistema construído sobre as bases do contraditório, da ampla defesa e de paridade entre as partes o ônus probatório deveria seguir as mesmas linhas de isonomia. Entretanto, no processo penal, por conta da exigência da regra da presunção de inocência, *todo o ônus probatório* – todo ele – deve ser entregue ao órgão da acusação<sup>49</sup>.

Luigi Ferrajoli com a precisão que lhe é peculiar anota que:

(...) a rígida separação entre os atores do processo, (...) forma a primeira característica do sistema acusatório, impede que tal ônus possa ser assumido por sujeitos que não a acusação: não pelo imputado, a quem compete o contraposto direito de contestação, e de modo algum pelo juiz, que tem ao invés a função de julgar livremente a credibilidade das verificações exigidas. Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois que caracteriza ao contrário o processo misto, em que o Ministério Público forma as provas e decide acerca da liberdade pessoal do imputado e o juiz por sua vez, tem poderes de iniciativa em matéria probatória e desenvolve de fato a investigação com auxílio da acusação<sup>50</sup>.

A estrutura acusatória retira do magistrado poderes de iniciativa probatória

<sup>48</sup> Cf. FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 517 et. seq.. É lapidar a distinção que o autor faz do sistema acusatório do sistema inquisitivo, veja-se: “pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei de *inquisitório* todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa.” (Ibid., p. 519-520).

<sup>49</sup> OLIVEIRA, E. P. *Curso de Processo Penal*, p. 287.

<sup>50</sup> FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 562.

– típica do sistema inquisitivo -, com vistas à conservação de sua imparcialidade. Cabe às partes a demonstração de suas alegações – *adversary sistem* -, ou melhor, cabe à acusação a demonstração cabal da ocorrência do crime, com todos os seus elementos, e da autoria delitiva, por exigência da regra da presunção de inocência<sup>51</sup>.

É bem verdade que em sede doutrinária existem autores que entendem ser possível harmonizar o sistema acusatório atribuindo-se iniciativa probatória ao magistrado. Na jurisprudência esse entendimento ecoa, insuflado pela pseudo busca da verdade (verdade material)<sup>52</sup>. A própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal caminha no sentido de que o juiz não pode ser reduzido a um mero expectador, inerte da produção de provas, competindo-lhe ordenar, de ofício, as provas que lhe parecem úteis ao esclarecimento da verdade, não se sujeitando às preclusões. Aliás, consta do Decreto-Lei que se houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Infelizmente, no mais das vezes não é raro colher julgados que subvertem, completamente, a distribuição do ônus probatório, em detrimento do acusado. Na jurisprudência se colhe as ementas: HABEAS CORPUS – DOSIMETRIA – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – ARMA DE FOGO – POTENCIALIDADE LESIVA – AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL – DESNECESSIDADE – EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO EMPREGO DO REVÓLVER – LESIVIDADE QUE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA DO ARMAMENTO – PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO – ÔNUS DA DEFESA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO – MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP – 1- Para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva. Precedentes do STF. 2- *O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP.* 3- *Exigir a apreensão e perícia no revólver comprovadamente empregado no assalto teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o armamento, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação.* 4- Ordem denegada. (STJ – HC 119.240 – (2008/0237058-1) – 5ª T – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 15.12.2009 – p. 1208) (destacamos). Não estamos convencidos do acerto de tal decisão, porque subverte o ônus probatório, impondo ao acusado o dever de demonstrar a ineficiência da arma de fogo, quando na verdade o ônus de provar a sua eficiência deveria recair sobre a acusação. A mera invocação do art. 156 do Digesto Processual Penal não resolve a questão, porque a imposição de a acusação ter de demonstrar a prática do crime, com todos os seus elementos provém de fonte mais nobre: a própria Constituição – art. 129, I. Insistir em solver a questão no plano infraconstitucional implica em negar a força normativa da constituição, não modelando a legislação ordinária aos parâmetros constitucionais.

<sup>52</sup> LOPES JR., A. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, v. 1, p. 528, dá o nome a esse sistema híbrido de neoinquisitivo, já que nele há distribuição dos papéis de acusar e julgar a órgãos distintos, no entanto, o julgador conserva em suas mãos amplos poderes instrutórios. NUCCI, G. S. *Provas no Processo Penal*, p. 23, em semelhante pensar, afirma que o sistema adotado em terras tupiniquins é o inquisitivo-acusatório.

<sup>53</sup> Cf. Decreto-Lei 3.689 de 1941, item VII.

Américo Bedê Junior e Gustavo Senna encampando tal entendimento, ao comentarem os sistemas processuais, esclarecem sobre o sistema acusatório:

Numa linguagem simples: quem acusa não pode julgar e quem julga não pode acusar. Contudo, isso não significa que o juiz deve atuar como Pilatos, lavando as mãos e permitindo que o processo transcorra exclusivamente como se fosse algo de interesse apenas das partes.

Quer queira, quer não, o juiz tem um papel diferenciado no processo penal, e precisa atuar – parafraseando Inocêncio Coelho – sem um protagonismo irresponsável, nem alheamento apassivador, porque tanto um quanto outro não se coadunam com a lealdade constitucional e com o necessário equilíbrio entre os direitos fundamentais do réu e os direitos fundamentais da vítima e de toda sociedade.

Infelizmente, a doutrina atual parece pugnar não apenas por uma inércia do juiz, mas sim por um juiz *omisso*, descompromissado com o ato de fazer justiça. Não se defende a atitude do juiz que atropela o procedimento e quer ser o centro das atenções, mas não se pode pecar seja por excesso, seja por omissão.<sup>54</sup>

Em mesmo diapasão Guilherme de Souza Nucci:

**Atuação de ofício pelo juiz:** trata-se de decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à *verdade real*, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar com isso, a acusação ou a defesa, mas a única e tão-somente de atingir a verdade. O impulso oficial também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não. O procedimento legal deve ser seguido à risca, designando-se as audiências previstas em lei e atingindo o momento culminante do processo, que a prolação da sentença.<sup>55</sup>

O poder de iniciativa probatória do magistrado não nos convence. A Constituição não faz concessões ao modelo inquisitivo. A adoção do sistema acusatório e da regra da presunção de inocência repelem, veementemente, essa prática que anda tão a gosto da jurisprudência.

Com efeito, o modelo constitucional de processo penal visa justamente equilibrar os pratos da balança, na medida em que no processo penal o acusado é inegavelmente a parte mais fraca. É isso porque detém o Estado o monopólio do poder punitivo, atuando na fase das investigações preliminares, no curso do processo e, ao final, quando da decisão. Enfim, toda a persecução é confiada ao Estado, que a exerce por meio de seus vários órgãos, cada qual com atribuições

<sup>54</sup> BEDÊ JUNIOR, A.; SENNA, G. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*, p. 31.

<sup>55</sup> NUCCI, G. S. *Código de Processo Penal Comentado*, p. 361. Destaques tal qual no original.

específicas. Negar a superioridade do Estado em face do acusado significaria, por vias transversas, negar o poder do mesmo em fazer valer a lei e duvidar da eficiência/suficiência de suas instituições. Nesse quadro, a iniciativa probatória entregue ao magistrado acentua, ainda mais, os desníveis existentes entre as partes parciais do processo.

O acusado tem a favor de si a presunção de inocência – presunção *iuris tantum* -, pelo que não tem a obrigação de provar absolutamente nada. Cabe ao acusador, isso sim, elidir tal presunção, segundo as regras do jogo.

Franquear ao julgador a iniciativa probatória significa permitir-lhe encontrar um culpado, porque *para encontrar um culpado é necessário prova*. A falta de provas conduz a uma sentença absolutória, por conta da *regra do in dubio pro reo*. Nessa linha de idéias, a absolvição do acusado por falta de provas não é o último resultado possível – como preconizado pela Exposição de Motivos do Código de Processo Penal -, mas um dos resultados possíveis e não há qualquer problema nisso. A postura ativa na busca das provas só implica em prejuízo ao acusado, a parte débil do processo penal. O processo tem um compromisso com a realização da justiça e não com a condenação.

Nereu José Giacomolli, citado por Cristina Di Gesu, tem absoluta razão ao registrar que a determinação de ofício da prova ocorre *sempre* em favor da acusação, tratando-se de uma iniciativa do sujeito encarregado de acusar, em total repúdio ao modelo acusatório<sup>56</sup>.

Não se trata de adotar a figura de juiz Pilatos – é preciso que evitemos os riscos dos símbolos no Direito, porque, não raras vezes, eles se prestam para o discurso de dominação -, mas da adoção da figura do juiz-juiz, superando, de uma vez por todas, a detestável “quimera do processo”: o juiz-acusador. Aliás, se fosse para trafegar no mundo dos símbolos existe irônico ditado estatuinto que “*quem tiver um juiz por acusador precisa de Deus como defensor. Mas às vezes isso não é suficiente*”. Evidentemente que não se prega um modelo de juiz passivo ao debate travado entre as partes, muito pelo contrário. Deve o magistrado ter uma

<sup>56</sup> GIACOMOLLI, N. J. *A atividade do juiz criminal frente à Constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório*, p. 224 (apud.) DI GESU, C. *Prova penal e falsas memórias*, p. 16. A bem da verdade é bom que se diga que o autor admite uma postura ativa do magistrado *pro defesa*. Compartilhando de tal entendimento OLIVEIRA, E. P. *Curso de Processo Penal*, p. 290 ao argumento de que tal postura afirmaria a igualdade substancial no curso do processo. Evidentemente, não haveria maiores entraves em endossar a opinião dos autores, não fosse o inconveniente de, disfarçadamente, se partir na busca das provas que sustentam a acusação, sob o pretexto de que tal busca se deu para carrear provas para a defesa.

*postura atuante no asseguramento do respeito às regras do jogo - do modelo constitucional do processo - e não da pretensão acusatória.*

O sistema inquisitivo é orientado pela obtenção do resultado: a condenação. É um sistema cuja instrumentalidade é exclusivamente punitiva. É isso porque, como bem adverte Aury Lopes Jr., ao se atribuir poderes instrutórios ao juiz, ele parte do pressuposto de que os fatos narrados são verdadeiros - decide primeiro - e depois parte em busca das provas que possam embasar sua decisão<sup>57</sup>. E arremata o autor: “como prova é crença (fé), obviamente ele crê no que buscou e produziu.”<sup>58</sup>.

Não gera qualquer espécie a afirmação de que os poderes investigatórios conferidos ao magistrado fulminam sua imparcialidade e realçam o desequilíbrio da persecução, ignorando, inclusive, os mais elementares postulados do modelo constitucional de processo.

O sistema inquisitivo obra sob a perspectiva de que os fins justificam os meios, ou seja, “se houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*”<sup>59</sup>.

O sistema acusatório dispara em direção diametralmente oposta, já que ele, como bem registrado por Franco Cordero, “é uma pura operação técnica, pois um resultado equivale o outro; temos observado como as regras são tudo, e será um absurdo desviá-las para fins bons. Este modelo ideologicamente neutro, reconhece um só valor: a justiça, o jogo limpo (*fair play*)”<sup>60</sup>.

É bem de ver que o poder instrutório do magistrado sempre esteve atrelado à idéia de busca da verdade material, de modo que a busca por essa verdade - reputada como indispensável para a realização dos escopos da justiça penal - sedimentou (e disseminou) a cultura inquisitiva ao longo de toda a persecução. Evidentemente, se a busca pela verdade real se prestou aos propósitos inquisitivos, não poderia ela se harmonizar com o sistema acusatório, por absoluta incompatibilidade. Sem nenhuma hesitação, é possível afirmar que a busca pela verdade sempre foi/é um desfavor ao modelo constitucional de processo. A postura do magistrado enquanto sujeito imparcial não lhe permite buscar a prova;

<sup>57</sup> LOPES JR., A. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, v. 1, p.527.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 527.

<sup>59</sup> Decreto-Lei 3.689 de 1941, item VII.

<sup>60</sup> CORDERO, F. *Procedimiento Penal*, t. 1, p. 90 (*apud*) DI GESU, C., *Prova penal e falsas memórias*, p. 19.

essa busca deve ser realizada pelas partes, dentro dos limites do Direito e das regras do jogo limpo. Ao magistrado cabe o velamento por essas regras, para que a partir da disputa franca e equilibrada forme o seu convencimento.

## 2.4

### A finalidade da prova no modelo constitucional de processo

#### 2.4.1

##### A função persuasiva. abandonando o mito da busca da verdade

O Poder Judiciário ao analisar as questões que lhe são postas, principalmente na seara penal, não se limita simplesmente a selecionar e interpretar materiais normativos, mas a investigar e interpretar fatos que servirão de suporte para a incidência de determinada consequência jurídica estabelecida pelo Direito.

No âmbito penal tem-se sustentado que apenas um comportamento – comissivo ou omissivo – é capaz de lesionar ou expor a perigo de lesão um bem jurídico penalmente tutelado. O pensamento jurídico moderno repugna a idéia de que alguém possa ser punido sem que tenha violado ou, ao menos, colocado a perigo de lesão um bem jurídico albergado constitucionalmente. É isso porque a tutela penal, em um Estado Democrático de Direito, não pode se divorciar da noção de proteção a um bem jurídico, individual ou coletivo, constitucionalmente defensável<sup>61</sup>. Enfim, a tutela jurídica penal só se justifica se imprescindível para resguardar direitos de ressonância constitucional, já que a Constituição é o centro nevrálgico da política criminal.

Luciano Feldens não vacila em afirmar que a Constituição funciona como marco do desenvolvimento da política criminal de um Estado, apresentando-se como referência dos *atos* legitimamente sujeitáveis à pena<sup>62</sup>.

Nessa senda, consoante o postulado da culpabilidade, uma pessoa só pode

---

<sup>61</sup> PRADO, L. R., *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 59 et. seq..

<sup>62</sup> FELDENS, L., *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*, p. 33.

ser punida por aquilo que *faz* e nunca por aquilo que *é*<sup>63</sup>. É justamente por isso que o tipo penal, no seu preceito primário, descreve um *comportamento* proibido; descreve, ou ao menos deveria descrever, *ações* que lesionam ou que expõem a perigo de lesão bens jurídicos constitucionalmente relevantes<sup>64</sup>. A partir do *fato*, o magistrado buscará realizar o chamado juízo de tipicidade, ou seja, buscará subsumir aquele fato específico a um modelo abstratamente previsto pelo legislador (tipo), com vistas à aplicação da reprimenda prevista no preceito secundário do tipo. É o que preconiza o adágio *narra mihi factum, dabo tibi ius* – narra-me o fato e lhe darei o direito.

Assim é que para a perfeita aplicação do direito pressupõe-se que o juiz esteja convencido acerca da ocorrência dos fatos, na medida em que é sobre eles que incidirão as conseqüências jurídicas, sejam elas para coibir comportamentos indesejados, sejam elas para fomentar aqueles comportamentos socialmente desejáveis. Por conta dessa constatação, de que a formação da convicção do magistrado acerca dos fatos é de suma importância para a correta incidência do direito, é que a prova tem uma particular posição no processo, em especial no processo de conhecimento.

É bem verdade que a afirmação de que as provas se prestam à formação da convicção do julgador não é unívoca e nem é indene de críticas. Aliás, essa posição sequer é majoritária. Existem pelo menos três correntes que buscam

---

<sup>63</sup> Como relata Luiz Regis Prado, “numa sociedade democrática só há lugar para um Direito Penal do fato ou da culpa” (PRADO, L. R., *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 54). Em mesma trilha de entendimento Luigi Ferrajoli ao anotar que: “o princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções referidas não a fatos, mas diretamente a pessoa e, portanto, com caráter ‘constitutivo’ e não ‘regulamentar’ daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os ‘desocupados’ e os ‘vagabundos’, os ‘propensos a delinquir’, os ‘dedicados a tráfico ilícitos’, os ‘socialmente perigosos’ e semelhantes. Diremos, pois, aplicando ao direito penal uma distinção recentemente elaborada pela teoria geral do direito, que o princípio da estrita legalidade não admite ‘normas constitutivas’, mas somente ‘normas regulamentares do desvio punível: portanto, não admite normas que criam *ipso jure* as situações de desvio sem nada prescrever, mas somente regras de comportamento que estabelecem uma *proibição*, quer dizer, uma modalidade deontica, cujo conteúdo não pode ser mais do que uma ação, e a respeito da qual seja aleticamente possível tanto a omissão quanto a comissão, uma exigível e a outra obtida sem coação e, portanto, imputável à culpa ou responsabilidade de seu autor.” (FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 39).

<sup>64</sup> Luciano Feldens anota que “o constitucionalismo, em sua feição atual, tem sua normatividade densificada à base de princípios e diretrizes substanciais dirigidas ao legislador, não mais podendo conviver com uma concepção de Direito em que a vontade do legislador careça de limites” (FELDENS, L., loc. cit.), dessa forma, a Constituição estabelece vinculações ao legislador, que no exercício de seu mister deverá estar adstrito aos valores constitucionalmente sufragados, com vistas a impedir a instauração do arbítrio, da tirania do legislador.

justificar o papel da prova no processo<sup>65</sup>.

Uma primeira corrente sustenta que a prova seria uma espécie de *nonsense*, servindo para reforçar na opinião pública a idéia de que o processo se baseia em sistema construído pela paridade de armas e de que nele é exitoso quem tem razão. Sob essa perspectiva, não teria a prova a finalidade de demonstrar a verdade, mas de reforçar os procedimentos (teatrais) com vistas a dar ares de legitimidade a uma realidade irracional, e, muitas vezes, injusta das decisões judiciais.

A segunda corrente se funda na idéia de que as provas servem para dar suporte a uma história contada pelas partes parciais do processo, exercendo, pois, uma função persuasiva. Para essa corrente, a relação estabelecida entre a realidade e a narrativa é irrelevante, já que o que importa é o discurso capaz de convencer o julgador.

E, por fim, a terceira corrente que sustenta ser possível o atingimento da realidade histórica dos fatos em apuração, enfim, da verdade (material ou objetiva), por meio das provas. É essa a concepção tradicional acerca das provas, muito embora não seja raro perceber atenuações e divergências entre os mais diversos seguidores.

Encampando essa última corrente, posiciona-se Thiago André Pierobom de Ávila ao ressaltar que a preocupação com a verdade é ínsita aos anseios do Direito, na medida em que esse pressupõe a existência de um fato litigioso para sobre este incidir, e o fato é sempre uma reconstrução histórica de acontecimentos revelados ao juízo mediante as provas dos autos. Sendo a justiça o escopo primeiro do Direito e do processo, a verdade afigura-se como valor inerente à justiça, instrumentalizado mediante o direito à prova<sup>66</sup>. Nessa linha argumentativa, é lícito afirmar que para a efetiva realização da justiça penal, devem as decisões judiciais se aproximarem, na maior medida possível, da verdade dos fatos, de modo que quanto mais próxima da realidade mais legítima seria a decisão.

No entanto, a relação estabelecida entre a prova e a verdade contém em si um *paradoxo insanável*. É que por mais que se busque a verdade dos fatos, a atividade humana desenvolvida em torno dessa busca será sempre limitada e

---

<sup>65</sup> Sobre o tema: Cf. DI GESU, C., *Provas penais e falsas memórias*, p. 60 et. seq.; LOPES JR, A., *Processo Penal e sua conformidade constitucional*, p. 555 et. seq.; AQUINO, J. C. G. X., *Ensaio sobre o fato, a verdade e a certeza*. GOZAÍNI, O. A., *La verdad y la prueba*, p. 737 et. seq.

<sup>66</sup> ÁVILA, T. A. P., *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 73.

falha. Desse modo, a verdade do processo não corresponde efetivamente à verdade e, justamente por isso, é uma não verdade. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, com apóio em Michel Villey, pontuam que a verdade é um conceito absoluto: *ou é ou não é*, de modo que uma verdade parcial, imperfeita ou meramente formal, por questão de lógica, não pode ser verdade<sup>67</sup>. De toda forma, segundo a doutrina clássica, o processo de conhecimento busca o acertamento do direito material controvertido, o que deve perpassar, necessariamente, pela descoberta da verdade. E se é assim em relação ao processo de conhecimento, em geral, a questão é ainda mais delicada em sede de processo penal, porquanto a *fé* de que a verdade dos fatos pode ser alcançada sempre foi um cânone, sua pedra de toque.

Deveras, a idéia de que a verdade histórica é algo possível de ser obtido no processo não passa de uma mera utopia, que além de não emprestar nenhuma utilidade ao Direito, no mais das vezes, permitiu o aviltamento da condição humana, em especial, do homem submetido a um processo criminal.

O próprio Francesco Carnelutti há muito salientava que o processo por si mesmo é uma tortura, na medida em que quando recai sobre um homem a suspeita da prática de um crime, ele é jogado às feras indomáveis e insaciáveis, que, com a mera suspeita de que teria sido ele o autor da infração penal, ele, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, examinados, na presença de todo mundo. Dessa forma, o indivíduo que deveria ser o valor a ser salvo é feito em pedaços, não porque seja culpado, mas, simplesmente, porque sobre ele recai uma suspeita<sup>68</sup>.

Com efeito, a convicção de que a realidade histórica poderia ser reconstruída no processo, em perfeita sintonia com o efetivamente ocorrido no mundo naturalístico, sem distorções e sem imprecisões, revela-se ingênua e despropositada, na medida em que dá ao magistrado a possibilidade de apreender dados da realidade que transcendem os limites humanos. O juiz, enquanto homem, possui as limitações naturais de sua condição humana e, obviamente, não tem ele o poder de “revelar a verdade”.

Francesco Carnelutti, citado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, pontua que para se conhecer a verdade acerca de algo é necessário

---

<sup>67</sup> ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G., *Prova*, p. 33, nota 23.

<sup>68</sup> CARNELUTTI, F., *As misérias do processo penal*, p. 50-51.

conhecer aquilo que ela é, bem como conhecer aquilo que ela não é, de sorte que a verdade acerca de algo só aparece se conhecermos o todo e o todo é demais para nós<sup>69</sup>.

De toda sorte, é importante perceber que o processo, em especial o de conhecimento, visa reconstruir um fato histórico se valendo da prova, de forma que o juiz assume no processo a função de historiador e, como tal, deverá lidar com todas as dificuldades inerentes à reconstrução de fato situado no passado, de uma parte da história, que por não ser o todo, não corresponde efetivamente à verdade. Nessa linha, Aury Lopes Jr. com acerto averba que no processo penal se reconstrói um fato histórico e a reconstrução de um fato histórico é sempre minimalista e imperfeita, sendo verdadeiro absurdo equiparar o real ao imaginário<sup>70</sup>.

Na busca pela reconstrução dos fatos históricos, é muito comum que o juiz se valha de provas testemunhais. Aliás, a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no cotidiano da justiça penal<sup>71</sup>. No entanto, parece não ter a doutrina percebido que a testemunha não se limita, nunca, a narrar um fato do qual tem maior ou menor conhecimento. Na realidade, a testemunha relata uma experiência resultante não só dos fatos sobre os quais se busca o seu testemunho, mas também decorrente das impressões talhadas em sua personalidade<sup>72</sup>. Nessa trilha, não parece, portanto, causar espécie a afirmação de que a formação moral, as experiências de vida, anteriores aos fatos em apuração, o nível intelectual, podem conscientemente (mentira) ou inconscientemente influir no relato<sup>73</sup>. Francesco Carnelutti, por exemplo, é irretocável ao averbar que:

Os juristas, friamente, classificam a testemunha, junto com o documento, na categoria das provas. Aliás, trata-se de uma certa categoria de prova. Esta frieza deles é necessária como a do anatomista que secciona o cadáver; mas aí de nós se esquecermos que, enquanto o documento é uma coisa, a testemunha é um homem; um homem com o seu corpo e com a sua alma, com os seus interesses e com as suas tentações, com suas lembranças e com seus esquecimentos, com sua ignorância e com sua cultura, com sua coragem e com seu medo. Um homem que o processo coloca em uma posição incômoda e perigosa, submetido a uma espécie de

<sup>69</sup> CARNELUTTI, F., *Verità, dubbio, certezza* (apud.) ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G., *Prova*, p. 37.

<sup>70</sup> LOPES JR, A., *Processo Penal e sua conformidade constitucional*, p. 558.

<sup>71</sup> DI GESU, C., *Provas penais e falsas memórias*, p. 128. A excelente obra da autora discute, *ex professo*, a contaminação dos depoimentos das pessoas que de alguma forma participam do processo judicial.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 450.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 127 et. seq.

requisição para utilidade pública, afastando de seus afazeres e sua paz, pesquisado, espremido, inquirido, e convertido em objeto de suspeita. (...) No centro do processo, em última análise, não está tanto o acusado ou a testemunha quanto o indivíduo. Todos sabemos que a prova testemunhal é a mais infiel entre as provas; a legislação a cerca de muitas formalidades, querendo prevenir os perigos; a ciência jurídica chega ao ponto de considerá-la um mal necessário; a ciência psicológica regula e inventa até instrumentos para a sua avaliação, ou seja, para discernir a verdade da mentira; mas a melhor maneira para garantir o resultado sempre foi e será sempre a de reconhecer na testemunha um homem e de conceder-lhe o respeito que merecem todos os homens.<sup>74</sup>

A testemunha, como ser humano que é, possui uma capacidade seletiva inata, tenha vivenciado a ocorrência ou tenha dela tido conhecimento por quaisquer de seus sentidos, acaba por adquirir a experiência acerca do fato<sup>75</sup>. Nesse particular, Piero Calamandrei, em passagem emblemática, propõe um interessante desafio:

Ponham dois pintores diante de uma mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete, e voltem uma hora depois para ver o que cada um traçou em sua tela. Verão duas paisagens absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo. Dir-se-ia, nesse caso, que um dos dois traiu a verdade?<sup>76</sup>

Por isso mesmo, é que os fatos levados a juízo são sempre subjetivados, aliás, no mínimo, duplamente subjetivados: uma vez pela testemunha que distorce os fatos involuntariamente, ao expô-los segundo a sua percepção, ou voluntariamente, ao mentir; e outra vez pelo juiz que, ao apreender os fatos, por quaisquer meios de prova, imprime a eles também subjetividade, imprescindível inclusive para valorá-los e interpretá-los, quando da decisão<sup>77</sup>.

De toda forma, importa perceber que tanto a vítima, quanto as testemunhas ao narrarem os fatos ao juiz recorrem à memória, o que implica sempre no risco da falsificação da lembrança<sup>78</sup>.

Cristina Di Gesu aduz que o processo mnemônico fidedigno à realidade não reconstrói o fato tal e qual ocorreu na realidade, mas constitui tão-somente uma síntese aproximativa, fortemente influenciada pela emoção. Não obstante, as recordações estão sujeitas a contaminações de várias ordens, de sorte que quanto maior o transcurso de tempo entre o fato e as primeiras declarações, maior a

<sup>74</sup> CARNELUTTI, F. *As misérias do processo penal*, p. 51-52.

<sup>75</sup> AQUINO, J. C. G. X., *Ensaio sobre o fato, a verdade e a certeza*, p.70-71.

<sup>76</sup> CALAMANDREI, P., *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, p. 121

<sup>77</sup> ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G., *Prova*, p. 34 et. seq..

<sup>78</sup> Cf. DI GESU, C., *Provas penais e falsas memórias*.

possibilidade de a testemunha ou a vítima, incorporar à sua percepção elementos externos, havendo uma verdadeira confusão entre aquilo que realmente ocorreu e as informações adquiridas posteriormente por intermédio dos jornais, da televisão, de uma conversa com um amigo, da inquirição por médicos, psicólogos e policiais<sup>79</sup>. Ao depois, o tempo contribui para o esquecimento, principalmente dos detalhes que de alguma forma poderiam influir no processo.

O depoimento infantil é um caso a parte. É isso porque as crianças são altamente sugestionadas e induzidas a declarar acerca de fatos que, efetivamente, nunca presenciaram ou ouviram<sup>80</sup>.

À conta dessas considerações, parece lícito pontuar o quão precária é a reconstrução dos fatos a partir da prova oral, em geral. Não é por outra razão que Cristina Di Gesu é enfática ao afirmar que “não se pode tolerar que sentenças sejam proferidas diariamente a partir – quase que exclusivamente – da prova testemunhal, desconsiderando os riscos de estarmos diante de um caso de falsas memórias”<sup>81</sup>.

É bem verdade que, na atualidade, a despeito de inexistir hierarquia entre os meios de prova, os juízes, na busca da reconstrução da verdade histórica, têm depositado, sobremaneira, sua confiança na prova pericial, tendo em vista a análise técnica e científica feita acerca dos fatos. No entanto, até mesmo sem prescindir das valiosas contribuições das ciências, as provas periciais não têm o condão de demonstrar a verdade objetiva acerca de um determinado fato, limitando-se, quando muito, a emitir um maior grau de probabilidade de sua ocorrência.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart lembram, a propósito, que até mesmo o exame em DNA, para a avaliação da paternidade deixa uma margem, ainda que ínfima, para dúvidas, não podendo, por isso mesmo, traduzir a verdade, na medida em que essa por ser conceito absoluto, não admite variações<sup>82</sup>. Não

---

<sup>79</sup> DI GESU, C., *Prova Processual e Falsas Memórias*, p. XVI.

<sup>80</sup> Idib. p. XV-XVI.

<sup>81</sup> Idib. p. XV.

<sup>82</sup> Nas palavras dos autores: “Mesmo com toda sofisticação tecnológica do método, e de todo o avanço científico, o exame é capaz de gerar uma segurança de 99,9%. Ou seja, ainda que ínfima, sempre haverá a possibilidade de que o exame esteja errado. E, se há tal possibilidade, não se pode dizer então que as conclusões desse teste reflitam a *verdade*, a qual, como conceito absoluto, não admite variações” (ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G., *Prova*, p. 37). De toda forma, cumpre registrar que a incorreta manipulação do material genético e a imperícia na utilização da técnica podem reduzir bastante o grau de confiabilidade da prova.

fosse o risco latente de falibilidade humana na manipulação do objeto cognoscível e das técnicas utilizadas nessa atividade, a justificar, sempre e sempre, uma boa dose de reservas quanto à prova pericial (o que, aliás, é feito em relação à prova testemunhal). Cesar Asfor Rocha bem lembra que:

(...) não podemos exagerar na crença desses métodos científicos que são anunciados como verdades absolutas, porque, muitas vezes, depois são descredenciados por outros avanços científicos. E é muito bom que seja assim, porque é exatamente por sua insatisfação para com as conquistas tecnológicas alcançadas que o homem se volta a novos avanços.<sup>83</sup>

Mesmo a confissão que durante muito tempo foi considerada a *rainha das provas*, não tem o condão de traduzir a verdade acerca dos fatos sob investigação e nem pode, por si só, embasar um édito condenatório. Destarte, a confissão deverá ter sempre um valor relativo, inclusive quando prestada em juízo, sob o crivo do contraditório. Em suma, a confissão deve ser recebida com uma boa dose de cautela pelo magistrado, mormente em questões penais, quando muitas vezes a admissão da culpa pode servir para camuflar interesses escusos ou como mecanismo de cessação de constrangimentos físicos e psíquicos exercidos contra o acusado<sup>84</sup>.

A confiança *cega* na confissão pode levar o magistrado a cometer erros irreparáveis em relação ao confitente. Guilherme de Souza Nucci ressalta que a admissão da culpa, conquanto possa ser considerada um ato nobre e moralmente elevado, é, via de regra, antinatural, porquanto a tendência racional e emocional do ser humano é negar qualquer fato que possa prejudicá-lo<sup>85</sup>. Não é por outra razão que o autor pontifica o valor relativo da confissão, assentando que é preciso valorizar a proteção conferida ao acusado, consagrada pelo direito ao silêncio, justamente para ampará-lo contra confissões indesejadas. Assim sendo, quando o silêncio for rompido e a admissão de culpa chegar aos ouvidos do magistrado, a cautela se impõe. É que para ele, abrir mão de um direito constitucional para se entregar ao possível castigo advindo na sentença condenatória merece avaliação e não pode encontrar espaço no comodismo dos operadores do Direito<sup>86</sup>. Cada confissão precisa ter um fundamento lógico para ser considerada válida e

---

<sup>83</sup> RECURSO ESPECIAL Nº 706.987 - SP (2004/0169973-1)

<sup>84</sup> Cf. NUCCI, G. S., *Provas no Processo Penal*, p. 82 et. seq..

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>86</sup> Cf. NUCCI, G. S., *Provas no Processo Penal*, p. 84

legítima<sup>87</sup>.

Em outro flanco, se é possível afirmar que as partes têm liberdade para convencer o magistrado quanto à veracidade de suas alegações, essa liberdade (como as liberdades em geral) não é absoluta, já que condicionada pelo modelo constitucional de processo. Há, certamente, inúmeras regras que inviabilizam a produção de certas provas e, por conseguinte, a busca da “verdade” a qualquer preço.

É isso justamente porque estribar as provas sob os auspícios da obtenção da verdade constitui uma promessa falsa, e, porque a verdade – se é que ela existe no processo – é um meio e não um fim em si mesma, o modelo constitucional de processo deve encontrar para ela outra fundamentação.

Com efeito, a prova não tem o condão de demonstrar a verdade de coisa alguma, mas de convencer o julgador acerca da veracidade das alegações sustentadas pelas partes do processo, enfim, de gerar nele uma certeza de que algo ocorreu ou não. Há considerável diferença nisso. Um fato pode não ter efetivamente acontecido, mas uma pessoa – o juiz – pode estar convencida (ter a certeza) de sua ocorrência, diante das provas colocadas à sua frente. De igual modo, um fato pode ter ocorrido, mas diante da fragilidade das provas, o julgador pode não se convencer (não ter a certeza) de sua ocorrência.

A pena de Machado de Assis, por exemplo, narra a interessantíssima estória de Bento e Capitu. Bento estava convencido de que Capitu havia lhe traído com um amigo seu, mas se isso efetivamente ocorreu é uma incógnita. Aliás, é o mistério que tornou Dom Casmurro<sup>88</sup> um dos clássicos de nossa literatura. Fato é que a certeza de Bento conduziu-lhe a tomar suas decisões. Ele estava convicto que havia sido traído.

Essa convicção (certeza) está condicionada às regras do jogo, indispensáveis para o estabelecimento de uma postura de diálogo entre os atores do processo. As regras do jogo ficam a cargo do modelo constitucional do processo.

Por conta dessa constatação, uma última observação parece pertinente. A certeza que se procura produzir no processo não é uma certeza subjetiva, ou seja, uma representação da verdade completamente irracional, ou que não pudesse ser adotada por ninguém, com o razoável discernimento. Quero dizer que a certeza

---

<sup>87</sup> Idib., loc. cit.

<sup>88</sup> Cf. ASSIS, M., *Dom Casmurro*.

que deve ser obtida pelo processo é do tipo judiciária – aquela que é resultado de um consenso, entendido como tal a interpretação razoável das provas dos autos. Qualquer pessoa que estivesse diante daquelas provas, analisando-as imparcialmente e compreendendo as regras do jogo, decidiria daquela forma<sup>89</sup>, ou no mínimo, diria que a interpretação levada a efeito pelo julgador não é absurda e ilógica.

Obviamente, a motivação da decisão judicial é o que dá o tom dessa convicção judiciária, já que é a argumentação expendida pelo magistrado que demonstra a racionalidade da decisão. É porque o regime constitucional das provas não sufraga o sistema de prova legal ou tarifado, mas o de persuasão racional, o qual impõe ao julgador o *dever* de externar as razões de seu convencimento, enfim, o que lhe levou a decidir de tal e qual forma. É a motivação, estribada nas regras do jogo, que possibilita separar o convencimento pessoal do convencimento judicial. As provas respaldam essa certeza do tipo judiciária.

Destarte, o fruto da atividade probatória não é a verdade (não é e nunca foi), mas o convencimento do magistrado. Aury Lopes Jr., por exemplo, é enfático ao afirmar que a sentença não é reveladora da verdade, mas um ato de fé, de crença<sup>90</sup>. Essa crença pode ou não corresponder à verdade - nunca se saberá. A legitimidade do processo não está condicionada à obtenção da verdade, mas no procedimento levado a efeito, no diálogo estabelecido entre as partes, para o convencimento do julgador (uma certeza judiciária), com estrita observância às regras do jogo<sup>91</sup>.

A legitimidade da decisão decorre da participação dos interessados, dentro das regras do jogo limpo, na construção do provimento final e não na definição da verdade histórica do fato. É a participação das partes - produzindo provas inclusive – que tem o poder de persuadir o magistrado, de convencê-lo, enfim, de construir um provimento judicial que lhe seja favorável.

---

<sup>89</sup> Em semelhante pensar: AQUINO, J. C. G. X., *Ensaio sobre o fato, a verdade e a certeza*, p. 84 et. seq..

<sup>90</sup> LOPES JR, A., *Processo Penal e sua conformidade constitucional*, p. 565.

<sup>91</sup> ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G., *Prova*, p. 42 et. seq.. Os autores partem de uma concepção habermasiana no que diz respeito à função da prova. Para eles a legitimidade do processo se funda no discurso travado em paridade pelas partes e no respeito às regras do jogo. Para os autores a verdade não está no objeto e nem no sujeito, mas é intersubjetiva, fincada na relação estabelecida no processo, na comunicação travada entre os atores do processo.

## 2.4.2

### A função registral da prova

A prova, além de ter o poder de convencer o julgador acerca das alegações feitas pelas partes (*função persuasiva da prova*), possui uma função registral, já que ela constitui a “memória do processo”. Luigi Ferrajoli encarar esse registro como a própria verdade processual<sup>92</sup> ou a “verdade do processo”.

Como bem lembra Adrian Sgarbi, a argumentação e a alegação no campo jurídico são insuficientes, já que é imprescindível provar o que se alega e argumentar que a prova diz respeito ao caso, devendo o julgador considerá-las ao proferir seus éditos. “É necessário que tudo seja registrado nos autos, já que o que não está nos autos não está no mundo, isto é, ‘*Quod non est in actis, non est in mundo*’”<sup>93</sup>.

O magistrado é livre para formar o seu convencimento, entretanto a sua atividade cognitiva acerca das questões fáticas fica adstrita às provas constantes nos autos. Apenas em casos excepcionais é dado ao magistrado escapar dessa realidade (*e.g.* no tribunal do júri, fatos notórios).

O registro do processo serve inclusive como garantia para as partes, e principalmente para o acusado, que não pode ser surpreendido com uma sentença

<sup>92</sup> Cf. FERRAJOLI, L., *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 47 et. seq.. Pontuamos, porém, que não endossamos a idéia do italiano no sentido de que a prova tem a *função de espelhar a verdade*, mesmo que seja uma verdade processual, permeada de concessões. Preferimos perfilhar a corrente que vê na prova uma *função persuasiva*, ou seja, a concebe como um instrumento capaz de convencer o julgador acerca das alegações das partes e isso nada tem que ver com a verdade (não olvidamos da perplexidade que essa afirmação pode gerar na maioria das pessoas). Aliás, a verdade é uma – é um conceito absoluto –, *o que não é verdadeiro é falso*, não há como adjetivar a verdade, não há meias verdades. É contraditório sustentar a existência de uma verdade que não é a verdade (“*esta verdade [a processual] não pretende ser a verdade*” – Ibid, p. 48). A nosso sentir não há uma verdade material, uma verdade formal ou até mesmo uma verdade processual, o que certamente há são elementos capazes de convencer o magistrado, cuja suficiência para prolação de uma sentença é estabelecida conforme modelos mais ou menos exigentes para a formação da certeza do tipo jurídica. Com todo respeito aos que pensam de maneira diversa, adjetivar a verdade é engodo, que, ao menos no campo processual penal, por muito tempo serviu para fundamentar um discurso de dominação e, para justificar as práticas inquisitivas desenvolvidas por magistrados-acusadores (a esdrúxula figura da quimera do processo), tudo sob os auspícios da obtenção da verdade – o discurso utilitarista (e sedutor, por certo) -, que o modelo constitucional do processo tem que se livrar. De toda forma, estamos inteiramente com o italiano no que concerne às limitações que devem imperar no agir cognitivo do magistrado, no respeito às regras do jogo, as quais são pela sustentação das alegações da acusação por meio de provas recolhidas, por meio de técnicas normativamente preestabelecidas e ritualmente formadas. Também concordamos com o autor quando o mesmo afirma que a atividade judicial é um “saber-poder”, situada no justo equilíbrio entre o conhecimento (*veritas*) e de uma decisão (*auctoritas*) (Ibid., p. 49). Com efeito, decisão sem conhecimento é arbítrio; conhecimento sem decisão não é exercício da jurisdição.

<sup>93</sup> SGARBI, A., *Teoria do Direito: primeiras lições*, p. 576.

que não tenha estribo nas provas coligidas aos autos.

A certeza judiciária produzida no processo não se confunde com a certeza do tipo pessoal, e divisar uma espécie da outra só é possível com base na motivação judicial concatenada com o registro feito nos autos.

Assim, o magistrado pode intimamente estar convicto acerca de uma versão dos fatos sustentada (ou não) por uma das partes, mas se o interessado não cuidou de carrear aos autos provas de sua versão, evidentemente a decisão judicial não poderá encampá-la. O modelo constitucional de processo repudia decisões arrimadas no imaginário do julgador, deslocadas do acervo probatório. A convicção pessoal do magistrado não pode sustentar um veredicto, porque isso é arbítrio, é tão somente exercício de *auctoritas*. A convicção judicial, e, por conseguinte, a certeza judiciária, reclama a existência de provas, de um registro que permita a verificação da razoabilidade da interpretação dos fatos levada a efeito pelo juízo. É sempre bom insistir que quanto às questões de fato a prova bitola a atividade do julgador.

A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais vai justamente no sentido de controlar o poder de decisão do julgador e a racionalidade das opções eleitas pelo magistrado, evitando-se o arbítrio na apreciação tanto das questões de direito quanto das questões de fato.

Não fosse a função registral da prova seria impossível verificar a razoabilidade da interpretação judicial dos fatos. Restaria às partes tão somente a viabilidade de se insurgirem, em sede recursal, contra as questões de direito de uma decisão. No entanto, é importante perceber que na grande maioria dos processos judiciais de natureza criminal as decisões se cingem a um juízo de tipicidade, ou seja, de verificação se um fato alegado se acomoda a uma tipificação legal. De forma mais clara: a maioria das questões submetidas ao juízo criminal, de primeira e segunda instância, dizem respeito à questões de fato. E se é assim, a inexistência de um registro atinente às provas resultaria em uma cognição judicial, em via recursal, precária e excessivamente limitada. Ao depois, a maciça repetição das provas no juízo recursal é, simplesmente, impraticável, senão uma afronta ao princípio da economia processual e um desrespeito ao jurisdicionado brasileiro que tanto padece com o moroso sistema judicial brasileiro.

A vista dessas considerações, é importante destacar que a função registral da prova elogia os princípios da economia processual e da segurança jurídica,

permitindo-se o máximo aproveitamento de um ato processual juridicamente válido, bem como o controle da “sensibilidade” do magistrado na verificação e interpretação do acervo probatório que lhe é posto.

Ainda, quanto a essa função registral da prova, uma observação mais parece ser cabível.

A prova, enquanto instituto jurídico, tem seus contornos fixados pelo direito positivo, e se é assim, só merece registro aquela prova produzida em plena harmonia com a legislação. É exatamente por isso que as provas obtidas por meios ilícitos devem ser *desentranhadas* do bojo dos autos, ou seja, o seu registro deve ser extirpado do processo, até mesmo porque o vício que a inquina atua no sentido de inviabilizar a formação de uma certeza do tipo jurídica.

Com efeito, a prova *contra legem* deve ser reputada inservível e retirada do processo, pois a sua permanência nos autos pode conduzir o magistrado a prolatar uma decisão arrimada em um convencimento do tipo pessoal, mas com um falacioso ar de legitimidade.

A prova ilícita “não é prova; é não-prova.”<sup>94</sup>.

Não vejo razão para que uma *não-prova* tenha conservado o seu registro no bojo dos autos. Realmente, em se considerando a prova ilícita como uma não-prova, portanto, destituída de qualquer eficácia jurídica, a sua permanência nos autos não empresta qualquer favor ao Direito. Assim, “reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, consequência imediata é o direito da parte, à qual possa essa prova prejudicar, a vê-la desentranhada”<sup>95</sup>.

O Supremo Tribunal Federal não agiu com acerto ao conservar provas ilícitas no bojo de autos, ao argumento de ausência de prejuízo para o acusado ou para o deslinde do processo. Confira-se:

Habeas corpus. Constitucional. Penal e processual penal. Sentença condenatória fundada em provas ilícitas. Inocorrência da aplicação da teoria dos “frutos da árvore envenenada”. Provas autônomas. Desnecessidade de desentranhamento da prova ilícita. Impossibilidade de aplicação do art. 580 do CPP à espécie. Inocorrência de ofensa aos artigos 59 e 68 do Código Penal. Habeas corpus indeferido. Liminar cassada. 1. A prova tida como ilícita não contaminou os demais elementos do acervo probatório, que são autônomos, não havendo motivo para a anulação da sentença. 2. *Desnecessário o desentranhamento dos autos da prova declarada ilícita, diante da ausência de qualquer resultado prático em tal providência, considerado, ademais que a ação penal transitou em julgado.* 3. É

<sup>94</sup> HC 82.862/SP – Rel. Min. Cezar Pelluso, j. 18.02.2008.

<sup>95</sup> Inq. 731 ED/DF – Rel. Min. Neri da Silveira, 22.05.1996.

Impossível, na espécie, a aplicação da regra contida no art. 580 do Código de Processo Penal, pois há diferença de situação entre o paciente e o co-réu absolvido, certo que em relação ao primeiro existiam provas idôneas e suficientes para respaldar sua condenação. 4. No que se refere aos fundamentos adotados na dosimetria da pena, não se vislumbra ofensa aos artigos 59 e 68 do Código Penal. A motivação dada pelo Juízo sentenciante, além de satisfatória, demonstrou proporcionalidade entre a conduta ilícita e a pena aplicada em concreto, dentre os limites estabelecidos pela legislação de regência. 5. Habeas corpus denegado e liminar cassada.<sup>96</sup> (destacamos)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROVA ILÍCITA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS DAS DEGRAVAÇÕES. EXISTÊNCIA DE PROVA AUTÔNOMA. ESCUTA TELEFÔNICA DESPREZADA PELO JUÍZO DA INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO A SER PROTEGIDO. 1. O fato de constar do processo a degravação de conversas, obtidas mediante escuta telefônica, nenhum prejuízo advém ao réu quando essa prova houver sido rechaçada pelo juízo da instrução. 2. *Prova ilícita desprezada. Desentranhamento dos autos. Inutilidade da prestação jurisdicional requerida. Ausência de interesse jurídico a ser protegido ante a declaração de ilegitimidade da escuta telefônica.* Agravo regimental não provido.<sup>97</sup> (destacamos)

Ora, se a prova ilícita não gera qualquer resultado prático para o processo, porquanto inservível para estribar uma decisão judicial, força convir que o seu destino deveria ser o desentranhamento e não a sua conservação na “memória do processo”, porquanto o registro dessa *não-prova* produz, quando menos, um efeito simbólico e indesejável. Já anotamos que trafegar no mundo dos símbolos é um perigo para o asseguramento do modelo constitucional de processo. É que um ato jurídico destituído de validade, porém, conservado nos autos, pode contaminar a imparcialidade do julgador ou de outra forma desservir a ordem jurídica.

Aliás, sua conservação no processo só pode servir a propósitos não jurídicos. Não temos dúvidas em afirmar que a conservação do registro de uma prova ilícita pode comprometer sim o resultado de uma decisão, especialmente daquela dada em plenário do júri. É que em tempos em que os valores parecem andar na contramão, não se pode correr o risco de tomar o errado pelo certo, o ilícito pelo lícito, em especial quando estão em jogo direitos fundamentais. Até mesmo nos procedimentos não afetos ao tribunal do júri existe um risco latente da prova ilícita contaminar o “espírito do juiz”, comprometendo, mesmo que de forma inconsciente, a sua imparcialidade.

A nosso sentir, a conservação da prova ilícita no processo pode fulminar a imparcialidade do julgador na interpretação do material probatório, transformando

<sup>96</sup> HC 89.032/SP – Rel. Menezes Direito, j. 09.10.2007.

<sup>97</sup> RE 212171/RJ – Rel. Maurício Corrêa, j. 17.11.1997.

a cognição judicial num “fenômeno de pura consciência”, em que a valoração da prova ilícita fica insuscetível de qualquer verificação e controle. Demais disso, nunca se saberá se a decisão é fruto de uma certeza jurídica, a qual reclama obediência estrita às regras do jogo, ou fruto da convicção pessoal do julgador, deturpada pela prova ilícita, até mesmo porque a verdadeira motivação da decisão pode ficar oculta, trancada a sete chaves no íntimo do magistrado.

Ao depois, a invalidação da prova não é o suficiente, porque o reconhecimento de sua inaptidão para produzir efeitos fica apenas no plano normativo e o seu registro no mundo dos fatos. O modelo constitucional do processo não pode conviver com a conservação desse registro, ou melhor, com essa mancha.

O que aqui é defendido foi encampado *in totum* pela Lei nº. 11.690, de 09 de junho de 2008, que alterou o Código de Processo Penal fazendo constar expressamente no art. 157, *caput*, que “são inadmissíveis, *devendo ser desentranhadas do processo*, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (destacamos). Também a novel legislação é digna de encômios no que concerne ao destino que deve ser dado a essa prova desentranhada. É que consoante preceitua o aludido artigo, no seu § 3º, “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será *inutilizada* por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.” (destacamos). Certamente andou bem o legislador infraconstitucional em aclarar a extensão do direito constitucionalmente assegurado de não se ver processado com base em provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CR/88)<sup>98</sup>.

No entanto, o veto presidencial ao § 4º, do art. 157 do CPP, impediu que a legislação aclarasse ainda mais o conteúdo constitucional que proscree a utilização de provas ilícitas no processo. O dispositivo vetado previa que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.”. O veto presidencial ao dispositivo é simplesmente lamentável e as suas razões manifestamente insubsistentes.

Pois bem. O dispositivo foi vetado porque o objetivo da Lei nº. 11.690/2008 era o de “imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar

---

<sup>98</sup> Mais a frente, veremos alguns erros absurdos da novel legislação, que culminaram em inconstitucionalidade.

a prestação jurisdicional em condições adequadas”<sup>99</sup> e o dispositivo poderia causar “transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso”<sup>100</sup>; sobremais, pontuou-se ainda que quando o processo já se encontra em fase recursal “a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada”<sup>101</sup>.

Realmente, as razões do veto não nos convence. É que o direito a um processo sem dilações indevidas não pode ser invocado para justificar uma decisão dada em atropelo aos direitos e garantias do acusado, parte que consabidamente suporta mais de perto os efeitos deletérios do tempo do processo. Dessa forma, a toda evidência, a substituição do magistrado vem em socorro dos direitos e garantias do acusado, a parte mais fraca da relação processual. Destarte, a tempestividade da tutela jurisdicional deve ser pensada dentro da realidade do processo, considerando os incidentes havidos no curso do mesmo, a complexidade do caso, etc.; não há fórmula cartesiana para apurar, de antemão, o tempo gasto no trâmite do processo, já que a tempestividade da tutela jurisdicional é um princípio e como tal, deve ser atendido na maior medida possível.

Ora, se no processo foram inseridas provas ilícitas, obviamente a declaração da sua invalidade, o seu desentranhamento, a ulterior destruição e substituição do magistrado demandarão tempo, e não há qualquer problema nisso. Problema há em prosseguir com o processo conduzido por um “juiz contaminado”. De nada adianta avançar com um processo no qual o julgador está impregnado com as impressões (impressões *não-jurídicas*, é bom que se diga) causadas pela prova ilícita; por um juiz que decide primeiro, e depois busca lastro para justificar sua decisão. Conquanto se espere do magistrado temperança e capacidade de separar o joio do trigo, não se pode arriscar em matéria de liberdade. Para ser mais claro: acredito que existem razões fortes o suficiente para não se confiar a decisão do caso ao magistrado que tomou conhecimento do conteúdo da prova ilícita, já que os perigos de um decisionismo disfarçado parecem evidentes. Por conta disso,

---

<sup>99</sup> Mensagem nº 350, de 09 de junho de 2008, do Presidente da República ao Presidente do Senado Federal.

<sup>100</sup> Ibid.

<sup>101</sup> Ibid.

parece absolutamente acertada a lição de Aury Lopes Jr. ao registrar “não basta desentranhar a prova, deve-se ‘desentranhar’ o juiz!”<sup>102</sup>.

Quanto a esse particular é acertada a doutrina que advoga que o processo deve gastar o tempo necessário para se fazer justiça, nem um minuto mais, nem um minuto menos<sup>103</sup>. Alexandre Freitas Câmara adverte que tem havido, na atualidade, uma busca quase que desenfreada pela celeridade do processo, mas todo processo tem um tempo que há de ser respeitado, sob pena de se pagar preços indesejáveis<sup>104</sup>. É do carioca a preciosa analogia:

Pode-se comparar o processo a um automóvel trafegando por uma estrada. Automóveis excessivamente lentos são tremendamente perigosos, podendo causar acidentes. Mas tão perigosos quanto eles são os automóveis que trafegam em velocidade excessivamente alta. Muitas vezes, os acidentes por estes causados são ainda mais graves.<sup>105</sup>

Enfim, em que pese o veto presidencial, o afastamento do magistrado é medida que se impõe. Ilude-se quem pensa que o veto do *dispositivo* autoriza o magistrado *parcial* a prosseguir no feito, uma vez que existem *normas* que

---

<sup>102</sup> LOPES JR, A., *Processo Penal e sua conformidade constitucional*, v. 1, p. 596. Em mesmo sentido Nelson Nery Junior ao anotar que: “A ilicitude da prova acarreta a inadmissibilidade de sua utilização no processo, o que tem como conseqüência se desentranhamento dos autos e entrega a que a produziu. Contudo, esse procedimento não basta para a manutenção e garantia do *devido processo*, porque compromete a imparcialidade do juiz que determinou a sua realização ou, de alguma outra forma, conheceu dessa prova ou com ela teve contato. Por isso se faz necessário, também, o afastamento do juiz que teve contato com a prova ilícita, vez que não possui mais isenção para o julgamento. (...) Não se pode compreender o *devido processo*, consubstanciado na cláusula processual do devido processo legal (*procedural due process clause*), princípio do qual decorrem todos os demais, notadamente o do juiz natural no aspecto da *imparcialidade* do magistrado, sob o argumento de que o juiz que fez toda a prova não deve ser substituído por outro ‘que nem sequer conhece o caso’, porque isso conspiraria contra a razoável duração do processo. (...) Por isso assiste razão à doutrina quando critica essa situação e propõe o afastamento do juiz que tomou conhecimento da prova ilícita, independente do veto ao CPP 157 §4º, mesmo porque é conveniente (v.g., CPC 134 a 138; CPP 95 a 112 e 252 a 256; LPA 18 a 28), mas não é necessário que a lei preveja o *afastamento do juiz parcial* do caso, porque essa circunstância é inconstitucional de *per si*.” (NERY JR., N. *Princípios do Processo na Constituição*, p. 274-275). Em sentido contrário Américo Bedê Junior e Gustavo Senna ao registrarem: “Outra questão importante é que não nos parece adequado impedir que o juiz que teve o contato com a prova ilícita proceda ao julgamento. A uma, porque tal situação poderia estimular a produção de provas ilícitas para afastar o juiz natural; a duas porque, como o magistrado precisa fazer uma fundamentação detalhada e individualizada do crime e da pena não haverá espaço para a utilização da prova considerada ilícita.” (BEDÊ JUNIOR, A.; SENNA G., *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*, p. 53-54). De todo modo, os autores são incisivos em afirmar que a existência de provas ilícitas no bojo dos autos, em processos de rito do tribunal do júri, deve ser retirada antes da sessão de julgamento, sob pena de nulidade, já que não é possível aferir se os jurados levaram ou não em consideração a prova ilícita em seu veredicto, por conta do princípio da íntima convicção (Ibid., p. 54).

<sup>103</sup> Cf. CÂMARA, A. F., *Lições de Direito Processual Civil*, p. 58 et. seq..

<sup>104</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>105</sup> CÂMARA, A. F., *Lições de Direito Processual Civil*, p. 59.

determinam o seu afastamento da condução do processo, como por exemplo, a que confere ao acusado o direito a um processo devido, ou a que lhe dá o direito de ter seu julgamento realizado por um magistrado imparcial, e, até mesmo aquela, que pela obviedade, veda a utilização de provas ilícitas no processo. São desses assentos constitucionais que se extraem as normas que autorizam a invalidação, o desentranhamento e a destruição da prova obtida ilicitamente, bem como a substituição do magistrado que com ela teve contato<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> Cf. Item 3.5.2, em especial as notas de rodapé que indicam preciosa fonte bibliográfica acerca da distinção entre texto (dispositivo) e norma.