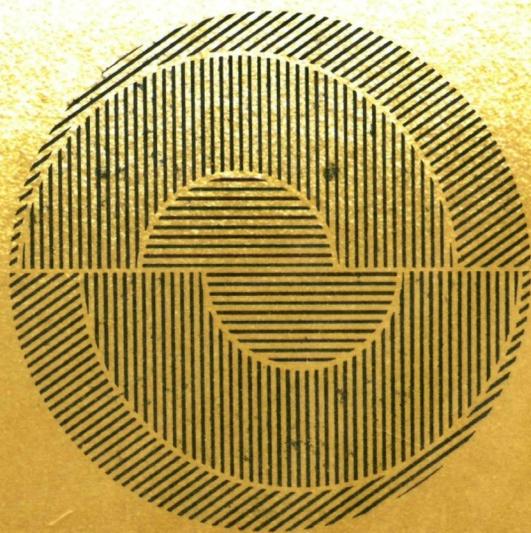


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1988

ANO 25 • NÚMERO 97

Provas ilícitas no processo penal

MARIA DA GLÓRIA LINS DA SILVA COLUCCI

e

MARIA REGINA CAFFARO SILVA

Do Curso de Mestrado da Universidade
Federal do Paraná, sob a orientação do
Professor René Ariel Dotti

S U M Á R I O

1. *Introdução.* 2. *Vocábulo "prova" e suas implicações.* 3. *Provas lícitas e ilícitas.* 4. *Provas ilícitas: conseqüências.* 5. *Conclusão.*

1. *Introdução*

A teoria da prova retrata no processo penal uma crescente tendência à liberação dos *meios* de descoberta da verdade real, aliada à apreciação racional dos fatos pelo juiz.

Um longo processo histórico envolve a elaboração da teoria da prova, acompanhando os sistemas processuais penais⁽¹⁾: ora se consagram a prefixação e hierarquia entre as provas (certeza legal ou sistema da legalidade das provas); ora se atribui à subjetividade do juiz validade suficiente para examinar as provas e decidir com soberania e liberdades tais, que não precisa motivar ou mesmo expor os elementos de sua íntima convicção (*judgmento secundum conscientiam*). Num terceiro estágio, em respeito ao contraditório, fixou-se como pressuposto do direito de defesa o conhecimento pelas partes dos caminhos percorridos pelo juiz ao julgar (persuasão racional), cedendo-se ao julgador liberdade de valoração da prova, desde que acompanhada de demonstração lógica dos motivos da decisão. A motivação das sentenças e decisões de um modo geral tornou-se verdadeira garantia individual, evitando-se que a excessiva liberdade na avaliação das provas transformasse o processo penal em instrumento de opressão e terror, em vez

(1) Veja-se "Sistemas de Processo Penal", COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva e SILVA, Maria Regina Caffaro. In *Jornal Gazeta do Povo*, Curitiba, Paraná, em 10-8-86, p. 48.

de protetor das liberdades públicas. O livre convencimento do juiz não colide com a demonstração dos procedimentos lógicos utilizados na descoberta da verdade. O legislador pátrio, em diversas disposições, reporta-se à racionalidade na perquirição dos fatos, tais como: compatibilidade e concordância entre as provas (art. 197 do CPP); juízo de necessidade (art. 209 do CPP); exame das provas em conjunto (art. 200 do CPP); divergências entre testemunhas e seu esclarecimento (arts. 229 e 230 do CPP) etc., consagrando o art. 157 do mesmo diploma legal que: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova", acrescentando-se que, para validade da decisão, observará os requisitos do art. 381, incisos I a VI, do CPP.

O questionamento da ilicitude das provas envolve não apenas um juízo técnico quanto ao aproveitamento ou rejeição de determinados elementos probatórios recolhidos ao longo da *persecutio criminis*. Há, sem dúvida, uma dimensão ética, imprescindível à validade dos procedimentos utilizados na descoberta da verdade, sob pena de se impor uma política penal maquiavélica, em que os fins justificam os meios... No entanto, fica uma indagação: até que ponto interessa à comunidade e ao ordenamento jurídico rechaçar determinadas provas, rotulando-as de "ilícitas", em detrimento de uma efetiva investigação da verdade?

Devem ser estabelecidos limites ao princípio da verdade real, pressuposto e fim último do processo penal? Diante de "fatos incertos", que conduzem à absolvição do acusado em observância ao princípio do *in dubio pro reo*, acatado pelo legislador pátrio (art. 386, VI do CPP), deveriam interrogatórios, depoimentos ou mesmo buscas e apreensões feitas em discordância com o mandamento legal ser aproveitados? A resposta legal é negativa. A dúvida que gerou a realização desse breve ensaio reside na qualificação legal de uma prova lícita ou ilícita, e nos *critérios* adotados pelo legislador ao rotulá-la como tal: seriam de ordem técnica, ou teriam, na verdade, fundamentação ética? Considerando que a técnica e a ética evoluem, haveria um mínimo de eticidade a ser observado na qualificação legal das provas? Uma vez estabelecidos princípios ou critérios legais, deveriam estes ser aplicados apenas quando houvesse violência ou alguma forma de agressão à pessoa? Muitas são as indagações que o assunto envolve, não temos a pretensão de esgotá-las.

2. O vocábulo "prova" e suas implicações

O vocábulo envolve diversidade de acepções. Semanticamente, prova é a demonstração da veracidade ou autenticidade de alguma coisa⁽²⁾. De um modo geral, os compêndios jurídicos se referem à prova como *meio*, *ônus* e *resultado*, embora outros significados possam ser atribuídos ao termo.

Abstraídos os sujeitos poder-se-á considerar que: a prova implica na existência de *objeto* (os fatos relevantes), *meios* (instrumentos legais de

(2) BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Ed. Nova Fronteira, 1975.

pesquisa da verdade); *métodos* (procedimentos a serem observados na obtenção da verdade) e *resultado* (o que resta demonstrado nos autos como verdadeiro). Subjetivamente, as provas envolvem um *destinatário* e sua *convicção* (o juiz) e as *partes* (a quem compete o ônus de provar o alegado), tendo por *finalidade imediata* formar a convicção do juiz e *mediata*, realizar a justiça; no que toca ao desejo das partes, porém, no que respeita à essência do processo, a finalidade imediata é sempre a concretização da justiça ⁽³⁾.

Decorência da multiplicidade de significados do termo é a variedade de enfoques; todavia, uma breve referência a CARNELUTTI parece-nos suficiente, quando são classificadas as provas em *históricas, críticas, pessoais e reais* ⁽⁴⁾. As provas históricas envolvem documentos e testemunhos; ao passo que as críticas são decorrentes de uma avaliação de circunstâncias ou indícios; as reais envolvem um elemento exterior ao indivíduo, e as pessoais "... são aquelas cujo objeto instrumental está constituído por um ser com personalidade e consciência que contribui para formar o convencimento do juiz mediante declarações de conhecimento" ⁽⁵⁾

Fixando apenas os significados mais frequentes da palavra, veremos que como *resultado* será "... demonstração, submetida ao crivo do contraditório processual, da real ocorrência dos fatos relevantes para o julgamento da pretensão do autor" ⁽⁶⁾. Poderá significar também *ônus* "... faculdade que tem a parte de demonstrar, no processo, a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal" ⁽⁷⁾. Enquanto *meio*, a prova corresponde "... ao conjunto de meios regulares e admissíveis que se empregam para demonstrar a verdade de um fato conhecido ou controvertido, ou para convencer da certeza de um fato ou ato jurídico; daí afirmar-se que o direito exige prova" ⁽⁸⁾.

O aproveitamento da prova, enquanto *resultado*, somente será possível, se tiverem sido observados os requisitos formais para sua obtenção (legalidade) e respeitados os princípios consagrados na lei processual (licitude). De sorte que: "... são inadmissíveis os meios de prova que a lei proíba e aqueles que são incompatíveis com o sistema processual em vigor. Tais são: a) meios probatórios de invocação do sobrenatural; b) os meios probató-

(3) SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, vol. II, p. 286.

(4) CARNELUTTI, *apud* MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1965, vol. II, p. 275.

(5) FENECH, Miguel. *Apud* MARQUES, Frederico, *op. cit.*, p. 276.

(6) JARDIM, Afranio Silva. "O ônus da prova na ação penal condenatória". In *Revista Brasileira de Direito Processual*, Forense, 1986, nº 51, p. 17.

(7) *Idem*, p. 18.

(8) SOARES, Orlando. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Ed. José Konfino, 1977, p. 242.

rios que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade da pessoa humana” (9).

A teoria da prova deita raízes comuns ao processo civil e penal, como aliás acontece com a maioria dos institutos processuais, cujas diferenças eventuais apenas aparecem para destacar as identidades. Desta forma, o preceito do art. 332 do Código de Processo Civil, no que toca à prova, enquanto *meio*, é de valia também para o processo penal: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” Por outro lado, o art. 155 do Código de Processo Penal expressamente declara que não serão observadas no juízo penal restrições quanto à prova, salvo quanto ao estado das pessoas. A enumeração dos meios legais de prova não se choca com a livre investigação pelo juiz, que procederá na pesquisa da verdade com total iniciativa (princípio do impulso oficial) à vista do que dispõe a lei processual penal em inúmeros dispositivos, tais como: art. 156 (*in fine*); art. 205; art. 209; art. 242 etc. Cabe-lhe agir “sem preconceitos legais” quanto à aferição das provas, embora tenha o dever de motivar suas decisões (10).

A par de serem os *meios* de prova apenas enumerados exemplificativamente, fica o julgador livre de acatar como definitivos os laudos, consoante dispõe o art. 182 do CPP: “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”. No mesmo sentido preceitua o art. 436 do CPC, com a ressalva do art. 335 também da lei processual civil.

Quanto ao *ônus* da prova, o art. 156 do CPP repete o princípio já consagrado, qual seja, de que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, no entanto, considerando a natureza dos interesses tutelados pela lei penal, não são os efeitos da omissão de defesa idênticos aos que ocorrem no processo civil (presunção de verdade — art. 302 do CPC); porque, como bem esclarece AFRANIO SILVA JARDIM, “. . . ao Estado também não interessa a condenação de um possível inocente, sendo mesmo preferível o risco da absolvição de um culpado. . .” (11). Por isso mesmo, ao juiz são dados poderes para, “. . . no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligência para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (art. 156 do CPP).

A relatividade dos *meios* de prova é outro aspecto a ser considerado, no sentido de que nenhuma prova tem por si só idoneidade suficiente para demonstrar cabalmente a verdade. Tanto assim é que a lei não rejeita o testemunho único, consoante antigo brocardo *testis unus testis nullus*, que não mais se coaduna com os princípios da livre investigação das pro-

(9) MARQUES, Frederico. *Op. cit.*, p. 275.

(10) Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (1941), item VII.

(11) JARDIM, Afranio Silva. *Op. cit.*, p. 30.

vas e da persuasão racional do juiz, diferentemente do procedimento ainda acolhido no século XVIII, cuja prática vem justificada por BECCARIA nos seguintes termos: “Apenas uma testemunha não é suficiente porque, se o acusado nega o que a testemunha afirma, nada resta de certo e a justiça então tem de respeitar o direito que cada qual tem de considerar-se inocente” (12).

Enquanto *resultado*, as provas serão encaradas pelo juiz individualmente e em conjunto, conforme a lei processual penal dispõe (art. 200), todavia, esbarrará em certos limites, tais como: nos delitos que deixam vestígios, a ausência do exame de corpo de delito, direto e indireto, não poderá ser suprida pela confissão do acusado (art. 156 do CPP) e quanto ao estado das pessoas estará jungido ao que dispõe a lei civil (art. 155 do CPP).

Por outro lado, se a verdade brotar de provas obtidas por meios criminosos, conforme expressamente prevê a lei processual penal quanto às cartas particulares (art. 233) ou implicitamente quanto à confissão ou depoimentos obtidos mediante qualquer tipo de coação, ou buscas e apreensões irregularmente feitas, serão repetidos os atos processuais em juízo, se lícitos, ou serão inadmissíveis, se ofensivos à lei ou à moral.

3. *Provas lícitas e ilícitas*

Há que se estabelecer, inicialmente, distinção entre legalidade e licitude quanto à prova.

São *meios legais* os especificados no Código de Processo Penal nos arts. 158 a 250. São lícitos (admissíveis) os meios não proibidos ou que não ferirem de algum modo os princípios processuais garantidos do “devido processo legal”.

A legalidade não se limita apenas à enumeração por lei dos meios de prova, que, aliás, é exemplificativa, mas também à observância dos procedimentos (formalidades) estabelecidos para obtenção da prova. Na grande maioria dos casos, uma vez descumpridas tais formalidades, poderá a deficiência ser suprida pela repetição do ato em conformidade com o mandamento legal, como, por exemplo, se o menor for ouvido sem a presença do curador (art. 194 do CPP), poderá ser realizado novo interrogatório; se o exame grafotécnico não observar o que dispõe o art. 174, poderá ser refeito; poderá ser efetuado exame complementar no caso de lesões corporais, se incompleto o primeiro (art. 167) etc. Na verdade, o que pretende o legislador ao estabelecer os procedimentos legais para

(12) BECCARIA. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo, Hemus — Livraria Ed., p. 26.

obtenção da prova é garantir a realização da justiça e não obstruí-la (art. 181 e parágrafo único do CPP). Tornando-se, no entanto, impossível a repetição dos atos probatórios, tais como: desaparecimento de vestígios (art. 167); modificação do estado das coisas (art. 169); se não tiver sido reservado material para posterior exame (art. 170) etc., poderá a incerteza daí decorrente ser suprida pelo conjunto das provas, uma vez que não há hierarquia ou prevalência entre as mesmas, com a ressalva do art. 158, conjugado com o art. 167, ambos do CPP.

A preocupação do legislador com a legalidade dos meios de prova transparece mais dos procedimentos a serem adotados do que da admissibilidade de outros meios, tanto que, consoante o espírito do art. 155 do CPP, são admissíveis outras provas desde que moralmente legítimas, "... tais as chamadas *provas emprestadas*, isto é, transportadas de outros processos..."⁽¹³⁾, ressalvando-se que serão aproveitáveis se de alguma forma não representarem ofensa ao contraditório.

Algumas formalidades são descritas de forma minuciosa pelo legislador no Código de Processo Penal, por exemplo: exame de corpo de delito (arts. 158, 159 e parágrafos); necrópsia (art. 162); exame do local do crime (art. 169); perícia de lesões corporais (art. 169); perícias de laboratório (art. 170); exame grafotécnico (art. 174); exame de instrumentos (art. 175); requisitos a serem observados na elaboração do laudo pericial (art. 160 e parágrafo único). No interrogatório do acusado são considerados aspectos gerais (arts. 185 a 191) e especiais ou típicos a certos acusados (mudo, surdo ou surdo-mudo — art. 192); quando não falar a língua nacional (art. 193); for menor (art. 194); analfabeto (art. 195 e parágrafo único). O depoimento de testemunhas apresenta formalidades bem detalhadas (arts. 203 a 225). O reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226 a 228), a acareação (arts. 229 a 230), a busca e apreensão (arts. 240 a 250) seguem pelo mesmo caminho.

Serão ilícitas (inadmissíveis) as provas que ofenderem expressa disposição legal, tais como a do art. 233: "As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos não serão admitidas em juízo"; a do parágrafo 2.º do art. 243: "Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito"; ou ainda a do art. 207: depoimento de pessoas que devam, por função, ministério, ofício ou profissão guardar segredo. Suas declarações caracterizarão a prática de ilícito penal (art. 154 do CP), se o depoente não tiver consentimento, expresso ou mesmo tácito (ausência de representação), do titular do segredo e sua divulgação produzir dano a outrem. Todavia, "... o consentimento não obriga o profissional

(13) SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 290.

à revelação, nem mesmo em Juízo, como bem claro deixa o art. 207 do Código de Processo Penal, quando frisa: se quiserem dar o seu testemunho. Apesar de desobrigado pelo cliente, pode o bom nome do depositário do segredo ressentir-se com a revelação" (14).

Não muito freqüente, porém perfeitamente viável, é a obtenção de confissão judicial, mediante procedimento ilícito, atribuível ao juiz: "O art. 188, nos seus incisos I a VIII, dá o conteúdo do interrogatório, sobressaindo-se de todas as perguntas a relativa à verdade da imputação feita ao denunciado. Ele enseja sua confissão, cujo valor não se pode pôr em dúvida. Não é lícito, porém, ao Juiz forçá-lo à confissão, nem armar ciladas, provocar contradições etc., com o fim de prostrá-lo vencido à sua dialética. Tal combate, em que todas as vantagens estão, em regra, de um lado, não se coaduna com a majestade da Justiça" (os grifos são nossos) (15).

O magistrado FLÁVIO ARAÚJO, contestando o pensamento de MAGALHÃES NORONHA, adverte: "A prática de longos anos está a nos demonstrar que em condições normais não há qualquer possibilidade de o juiz forçar uma confissão. Quanto ao fato de se armar ciladas ou provocar contradições, a prática também tem demonstrado que praticamente setenta por cento dos acusados comparecem ao interrogatório convenientemente industriados" (16).

Cotejando os dois pensadores, poder-se-á observar que assiste razão a ambos, tanto que o eminente magistrado se refere a um percentual que deixa uma margem de trinta por cento, além de fazer menção a "condições normais". A ilicitude de qualquer prova repousa na anormalidade dos procedimentos... (17)

São legais as provas fotográfica, fonográfica ou cinematográfica, embora o Código de Processo Penal não lhes faça referência expressa, visto que à época de sua elaboração, eram bem pouco utilizadas como meio de comprovação da verdade. A menção do parágrafo único do art. 232 estaria ligada, quer-nos parecer, às cópias fotostáticas ou fotocópias de documento, embora a fotografia também possa ser utilizada para reprodução de documentos. Ainda hoje, são tidas como provas precárias, conforme se verifica do que dispõe o art. 383 do CPC: "Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade". O Projeto de Código

(14) NORONHA, Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo, Saraiva, 1969, p. 124.

(15) *Idem*, p. 116.

(16) ARAÚJO, Flávio. "Da Prova no Processo Penal em face das Modernas Técnicas da Ciência Médica". In *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, 1981, nº 24, p. 93.

(17) Veja-se BECCARIA. *Op. cit.*, p. 29.

de Processo Penal (n.º 1.655, de 1983) reproduz quase que literalmente esta disposição, e o seu parágrafo único, da mesma forma que o parágrafo único do art. 383 do CPC, expressamente estabelece que, uma vez impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial.

Cabe aqui uma indagação: Por que o legislador dispõe com tanta cautela quanto às provas em questão? Responde-nos CAIO MÁRIO: “Não se pode, em princípio, negar o seu valor probante. Mas, no estado atual do direito e do desenvolvimento desses processos técnicos, são de receber-se com grandes reservas. A gravação do som, feita diretamente ou pela conjugação do instrumento com aparelho telefônico, se tem o poder de fixar as conversas e depois reproduzi-las na vivacidade dos diálogos, presta-se, entretanto, a deturpações, supressão de trechos, enxertia de declarações etc., que se podem produzir sem deixar o menor vestígio. Por isso mesmo não é possível aceitar-se este tipo probatório, senão com o máximo de cautela. A fotografia, se bem que suscetível de alterações (arranjos fotográficos), é um seguro adinículo da evidência judiciária. As películas cinematográficas, igualmente sujeitas a manuseios, como cortes, inversão de seqüências etc., também têm seus préstimos no moderno sistema de provas. Cumpre, entretanto, a quem tiver de fazer uso desses ou outros processos técnicos agir com moderação e prudência, e sobretudo não se impressionar com a aparente exatidão, pois que podem ocultar manobras e contrafações, hábeis a desorientar ou mal-informar o julgador” (18).

As provas técnicas podem prestar-se com grande facilidade à obtenção de confissão ou testemunhos forçados (mediante escuta telefônica, por exemplo); ou imagens furtivamente obtidas (através de teleobjetivas ou instrumentos semelhantes), oferecendo-se como meios ilícitos de comprovação de fatos. Indaga-se: uma vez obtidas mediante fraude, poderiam tais provas ser utilizadas para demonstrar a verdade de um fato incerto, cuja inexistência de elementos probatórios levaria à absolvição do acusado?

Antepõem-se, à essa altura, dois interesses: de um lado o *aproveitamento* de provas obtidas mediante procedimentos ilícitos significaria, na ausência de outros elementos de convicção, a condenação de um culpado; de outro, a *rejeição* conduziria à absolvição do réu e aplicação do princípio *in dubio pro reo*, correspondendo, todavia, ao mandamento constitucional que determina sejam preservadas a integridade física e moral do detento e do presidiário (art. 153, § 14).

O Projeto de Código de Processo Penal já referido dispõe expressamente em seu art. 255, § 1.º: “As provas obtidas por meios ilícitos não podem ser consideradas pelo juiz para formação de sua convicção.”

(18) PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1966, vol. I, p. 362.

Hoje, *parafraseando* a conhecida expressão de que a *confissão* é a rainha das provas, poder-se-á afirmar que a *tortura* é a rainha das provas ilícitas!

O envolvimento da tortura com a política não é recente, porque “o suplício, como os rituais do século XVIII o demonstram, foi um poderoso agente político e, segundo FOUCAULT, ele entra logicamente num sistema punitivo em que o soberano, de maneira direta ou indireta, exige, resolve e manda executar os castigos, na medida em que ele, através da lei, é atingido pelo crime. Em toda infração há um *crimen majestatis*, e no menor dos criminosos um pequeno regicida em potencial” (19).

Os procedimentos de tortura têm sido gradativamente ampliados e sofisticados de tal forma que nem vestígios deixam. Quais seriam as justificativas para este fato? “Essa praga pode derivar de inúmeros fatores, da imoralidade ao sadismo, mas só um deles — a funcionalidade — é responsável pela instalação da doença dentro da máquina do Estado. A tortura é considerada funcional porque, a despeito das restrições que lhe são feitas, é efetivamente capaz de produzir resultados. No mundo dos estudiosos da praga, denomina-se essa linha de raciocínio de “massuísmo”. É uma homenagem ao general francês Jacques Massu, que nos anos 50 enfrentou a insurreição da Argélia, então território pertencente à França, com o ostensivo recurso à tortura” (20).

Freqüentemente os algozes escapam ilesos, por falta de provas dos agravos praticados contra suas vítimas, que permanecem pelo resto de suas vidas marcadas física e psicologicamente. Principalmente nos chamados crimes políticos, embora não esteja afastada dos denominados crimes comuns. Os métodos utilizados contra as vítimas superam a imaginação de um cidadão comum. As confissões, depoimentos e apreensões realizados em tais circunstâncias carecem de qualquer respaldo legal, porque é notório que tais procedimentos desprezam e abominam a lei. A lei, ora, a lei! . . . O que pretende o torturador? “. . . não quer apenas defender o Estado, quer também ser recompensado dentro de sua máquina burocrática. . .” (21) e (. . .) “foi moeda corrente na cúpula militar brasileira a partir de 1969. Há pelo menos uma apostila da Escola Superior de Guerra na qual se sustenta que os presos da “guerra revolucionária” estão fora do alcance da Convenção de Genebra, que proíbe a tortura de prisioneiros. . .” “a tortura, efetivamente, funcio-

(19) DOTTI, René Ariel. “Notas para a História das Penas no Sistema Criminal Brasileiro”. Separata da *Revista Forense*, volume 292, p. 3.

(20) *Revista Veja*, 10-9-86. “O Tamanho do Porão”, p. 43.

(21) *Idem*, p. 43.

nava. Ela surgiu em 1968, e um ano depois Carlos Marighella, o principal teórico do terrorismo, estava morto” (22).

A variedade com que se apresentavam os procedimentos e “técnicas” utilizados pelos torturadores é espantosa: são, por exemplo, o conhecido “pau-de-arara”; os choques elétricos, a privação do sono, alimentos e água; a exposição a baixas e altíssimas temperaturas; os detectores de mentiras, as narco-análises, os espancamentos, as queimaduras e lesões, a inoculação de remédios e vírus para provocar doenças e morte aparentemente “natural”; ameaças à família da vítima, seqüestros, induzimento ao suicídio, o afogamento (chamados de “H2O”) etc.

A tortura tem sido condenada desde a primeira Constituição Brasileira, de 25 de março de 1824, quando o art. 179 “. . . proclamou a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Além das garantias gerais no campo das liberdades públicas e dos direitos individuais, a Carta Política previu a organização urgente de um código criminal fundado nas sólidas bases de justiça e equidade. Declarou, formalmente, a abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis. . .” (23).

As Constituições Brasileiras que se seguiram consagraram o direito à vida, à liberdade e à segurança individual como um dos postulados fundamentais; nesse sentido, temos: Constituição de 1891 (art. 72); 1934 (art. 113); 1937 (art. 112); 1946 (art. 141); 1967 (art. 150) e 1969 (art. 153). A Constituição de 1937 ressalva que, além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes: (art. 122, item 13) *alínea e*: “tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social”.

O fantasma da subversão tem sido o responsável pela infundável seqüência de atos de tortura, posto que, em nome de uma suposta ordem social ou política, muitos atos atentatórios à dignidade humana têm sido praticados. A impunidade de tais procedimentos é um estímulo à sua prática: “Num clássico estudo sobre a tortura, o professor americano Edward Peters, catedrático de História Medieval da Universidade da Pensilvânia, oferece uma chave para a compreensão do que houve, do que há e do que se espera que não volte a haver no Brasil. “O futuro da tortura depende do futuro dos torturadores, resume Peters. Enquanto se der aos torturadores, como direito

(22) *Idem*, p. 43.

(23) DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 3.

líquido e certo, a segurança de um bom futuro, igualmente promissor será o futuro da tortura” (24).

O Anteprojeto da Constituição, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, publicado em setembro de 1986, inclui expressamente, dentre os “Direitos e Garantias”, no art. 16: “Todos têm direito à vida, à existência digna, à integridade física e mental, à preservação de sua honra, reputação e imagem pública”. *Parágrafo único*: “A tortura, a qualquer título constitui crime inafiançável e insusceptível de anistia e prescrição”.

Os textos legais estrangeiros, como, por exemplo, o Código de Processo Penal português, também condenam a tortura e os meios ilícitos na obtenção de provas. Nesse sentido dispõe o art. 261 do mencionado diploma legal: “É proibido a qualquer entidade ou pessoa participante no processo penal: a) perturbar a liberdade de vontade ou de decisão do argüido através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) perturbar a capacidade de memória e de avaliação do argüido; c) utilizar a força contra o argüido, fora dos casos e dos limites expressamente permitidos pela lei; d) ameaçar o argüido com uma medida legalmente inadmissível ou prometer-lhe qualquer vantagem não prevista na lei” (in *Código de Processo Penal*, anotado e comentado por MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, Coimbra, Ed. Livraria Almedina, 1984, pp. 359/360).

A degradação moral produzida pela tortura não limita seus efeitos ao torturado e à sua família, mas se estende a toda a sociedade, abalando os alicerces do Estado, depondo governantes e provocando o incremento dos atos de terrorismo, na razão direta de que o ódio e a violência atraem igualmente o ódio e a violência.

Repudiada veementemente por BECCARIA, em pleno século XVIII, é humilhante que ainda tenhamos que conviver com tais práticas e estejamos à sua mercê, sem a conveniente proteção do Estado, que a institucionalizou, em vez de combatê-la: “É uma barbárie que o uso consagrou na maioria dos governos fazer torturar um acusado enquanto se faz o processo...” e acrescenta o grande humanista: “A tortura é, freqüentemente, um meio certo de condenar um inocente débil e absolver um criminoso forte” (25).

A verdade que se pretende resulte do processo penal há de ser, segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, tomada em duplo sentido: “. . . de uma

(24) Revista *Veja*, reportagem cit., p. 43.

(25) BECCARIA. *Op. cit.*, p. 31.

verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, *não uma verdade obtida a todo preço, mas processualmente válida*”⁽²⁶⁾ e acrescenta: “De resto, o próprio pensamento filosófico mais recente veio mostrar que *toda verdade autêntica passa pela liberdade da pessoa, pelo que sua obtenção à custa da dignidade do homem é impensável*” (os grifos são nossos)⁽²⁷⁾.

4. Provas ilícitas: conseqüências

A ausência de formalidades legais exigidas para perfeição e aproveitamento dos atos probatórios somente ensejará a declaração de sua nulidade se resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, este é o princípio geral do art. 563 do Código de Processo Penal. Observa-se que o art. 564, no inciso III, destaca apenas “as formas ou termos” cuja desconformidade com o estatuído em lei implicará em nulidade do ato; dentre elas, no que toca às provas, podem ser mencionadas: “b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167; c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos; h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei; e acrescenta o inciso IV: por omissão de formalidade que constitui elemento essencial ao ato” (por exemplo: falta de intérprete quando a testemunha não conhecer a língua nacional — art. 223; ausência de mandado de busca e apreensão, caso do art. 241 e/ou omissão dos requisitos do art. 243, ou mesmo redigido em desacordo com o que dispõe a Constituição no art. 153, § 10 etc.).

A nulidade do ato probatório é uma sanção de natureza processual, no entanto, não se resumem as conseqüências das provas ilícitas a isso, visto que podem ensejar a qualquer tempo a revisão criminal (art. 621, incisos II e III, do CPP) e uma justa indenização, nos termos do art. 630 e parágrafos do CPP.

As provas ilícitas podem ainda configurar inúmeros tipos previstos no Código Penal, sobretudo no caso de tortura: homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, III); induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art.

(26) DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra, 1984, vol. I, p. 194.

(27) *Idem*, p. 194.

122, I e II); lesão corporal grave (art. 129, §§ 1.º e 2.º); maus tratos (art. 136); constrangimento ilegal (art. 146, §§ 1.º e 2.º); ameaça (art. 147); seqüestro e cárcere privado (art. 148); violência arbitrária (art. 322); exercício arbitrário ou abuso de poder (art. 350); arrebatamento de preso (art. 353, sobretudo os incisos III e IV) etc.

A busca e apreensão realizada sem a observância das formalidades legais poderá caracterizar violação de domicílio (art. 150, com a agravante do § 2.º); violação de correspondência (art. 151), ambos do Código Penal, com visível ofensa às garantias previstas nos §§ 9.º e 10 do art. 153 da Constituição Federal.

A testemunha, perito, tradutor ou intérprete poderão incorrer no delito de falso testemunho ou falsa perícia (art. 342). Surgirão, ainda, dependendo das circunstâncias, a coação no curso do processo (art. 344); sonegação de papel ou objeto de valor probatório (art. 356), ou mesmo a violação de segredo profissional (art. 154), todos do Código Penal.

5. Conclusão

Do exposto, observa-se que mesmo sendo a verdade real o fim último do processo, jamais se poderá encontrá-la por meios ilícitos, não apenas formalmente considerados (domínio da técnica), mas materialmente também (domínio da ética). Os critérios de licitude ou ilicitude, adotados pelo legislador, repousam “aparentemente” em fórmulas preexistentes, todavia, há princípios subjacentes, indispensáveis à sobrevivência do “devido processo legal”. O formalismo consagrado pela lei é freqüentemente burlado, no entanto, representa um “mínimo de eticidade”, de moralidade a ser observada na consecução da verdade. A violência ou agressão à pessoa humana não aparece somente quando lhe são infligidos suplícios, torturas, humilhações, perdas patrimoniais etc., mas todas as vezes que a lei é burlada. A Constituição Federal consagra como pressuposto de todos os direitos e garantias individuais o *princípio da legalidade*, exarado no art. 153, § 2.º: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Não há uma ética processual penal e uma ética processual civil. A ética processual é uma, o que corrobora na elaboração de uma Teoria Geral do Processo. Assim, se ao processo civil por vezes basta a verdade formal (o que dos autos consta), para o processo penal a verdade real é imprescindível (o que realmente aconteceu). Estará, por isto, havendo duas éticas? Não! A ética processual prima pela realização da Justiça, enquanto valor e poder do Estado, dependendo dos indivíduos, seus instrumentos físicos de viabilização. Tanto partes, quanto juízes, quanto auxiliares da

justiça, advogados, enfim, todos que do processo participam, hão de pautar-se segundo princípios éticos.

Os valores têm uma essência imutável através dos tempos, não apenas no que tange ao processo. As idéias de que a realização da Justiça no processo somente se atinge se os juízes, advogados e partes resguardarem um mínimo de probidade; de que a verdade é essencial ao atingimento da Justiça, e que a imparcialidade responde pelo equilíbrio das decisões judiciais, não são apanágio das legislações mais evoluídas, despontando, de fato, desde as mais rudimentares formas de ordenação da conduta. *Verbi gratia*, em Êxodo 18:21 lemos que Moisés, como líder político e religioso, recebeu de Deus a incumbência de escolher juízes probos: "Procura dentre o povo homens capazes, tementes a Deus, homens de verdade, que aborreçam a avareza. . . para que julguem este povo em todo o tempo". No Código de Hamurabi e na Lei das Doze Tábuas, o falso testemunho é punido severamente: "Se alguém em um processo se apresenta como testemunha de acusação e não prova o que disse, se o processo importa perda de vida, ele deverá ser morto", e o inciso XXIII da lei romana estabelece que "seja precipitado da Rocha Tarpéia aquele que prestou falso testemunho" (28).

Mais proximamente encontramos o direito de defesa e o respeito à dignidade do detido ou preso expressos na Magna Carta (art. 48). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dispõe que: "VII — Nenhum homem pode ser acusado, sentenciado, nem preso senão nos casos determinados pela lei e segundo as formas que ela tem prescrito". A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra definitivamente em seu artigo 10: "Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele" (29).

Enfim, o processo é autêntico ímã que atrai para si valores que a experiência humana consagra; ao mesmo tempo que funciona como termômetro desses valores, pois todas as vezes que a parcialidade, os acordos fraudulentos, a tortura e os desvarios dominam os labirintos da Justiça, a sociedade está em crise (30).

(28) ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. São Paulo, Melhoramentos, 2ª ed., pp. 31 e 80.

(29) *Idem*, pp. 217 e 221.

(30) COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva. "Ética e Técnica no Processo". In *Revista Jurídica*, Diretório Acadêmico Clotário Portugal, Faculdade de Direito de Curitiba, 1983, nº 2, pp. 119 a 128.