



a admissibilidade da prova no processo penal

Quartas-de-final da copa do mundo de 1986, a Argentina vence a Inglaterra

por 2 x 1. Seria só mais um grande jogo entre grandes seleções em partidas decisivas de mundiais. Não fosse o fato de estar em campo Diego Maradona e dele protagonizar um lance antológico, mais do que qualquer um de seus gols sucedidos de uma série de dribles: um gol de mão. Ao pular para disputar a bola com o goleiro inglês o jogador argentino desviou a bola com a mão. Questionado ao final do jogo se havia usado a mão, ele respondeu: “*Lo marqué un poco con la cabeza y un poco con la mano de Dios*”. Daí a frase entrou para história, a romantização do ato contrário às regras do jogo fora encoberta pela “mano de Dios”.

O que isso tem a ver com o processo penal? Tudo. Pois tem a ver com regras, com limites e com jogo, no qual, se insere também o jogo processual penal.¹ Para a história do futebol, para a biografia de um gênio dentro das quatro linhas (e muito polêmico fora delas) ou para os amantes de um roteiro com personagens obcecados pelo resultado a qualquer custo, o lance foi genial, épico, lindo e, portanto, válido. Mas o fato é que, gostando ou não, tivesse a regra do jogo sido aplicada, o gol não seria válido e o desfecho da partida poderia ser outro e, quem sabe, a Inglaterra, poderia ter ido para as finais ou, até mesmo, sido campeã, isso nunca saberemos.

Ainda na seara do futebol, a utilização do árbitro de vídeo, recente inovação nos campeonatos mundo afora, certamente, impediria um lance como o vivenciado em 1986. Obviamente que não é um equipamento imune a erros, tampouco, sem problemas e, muito menos, longe das críticas. Sem adentrar na questão dos critérios e da subjetividade do árbitro na apreciação do lance pelo vídeo, o que chama a atenção é o grande número de críticas que se endereçaram ao instrumento por ele “tirar a graça do futebol”. Se a crítica fosse pela sua demora na visualização e o quanto o jogo fica parado, se entenderia, mas a crítica se apresenta pelo fato de que há uma “graça” no ardil, no embuste, na malandragem que visa a vantagem.



O paradoxal é que, trazendo para o processo penal, essa mesma “graça” por vezes se justifica. A “regra” é um estorvo, a “forma” prejudica e, pior, o avanço tecnológico, de forma oposta ao futebol, traz mais incertezas no que tange a limitação das regras e cria um cenário de maior insegurança em relação à defesa dos direitos.

Mesmo passados tantos séculos das penumbras da inquisição e dos horrores perpetrados por uma crença mitológica na busca por uma verdade (seja ela real, formal, processual, ou o adjetivo que se queira dar, pois o problema está no substantivo²), o instituto se reinventa, ganha outras roupagens e aparece sob outras vestes, mas, ao fim e ao cabo segue se acreditando, amparado, por exemplo em Taruffo ³, que o processo não pode abdicar da verdade. O problema é que tal pensamento, muito bem sustentado pelo mestre italiano, que merece o maior respeito e admiração, é civilista e absolutamente inadequado para o processo penal. Novamente nos deparamos com o erro da teoria geral do processo (constantemente resignificada pelos seus seguidores, dada sua absoluta insuficiência e inadequação), que insiste em não compreender e respeitar a diversidade fenomenológica insuperável entre o processo civil e o processo penal. O erro está lá nos ‘fundamentos’, cuja diferença não pode ser esquecida ou desconsiderada.

Quem sustenta – a exemplo de autores que tratam da epistemologia da prova – que a finalidade do processo penal é a ‘busca da verdade’ ou atrela seu fundamento da existência, função ou legitimação (sim, existe uma polissemia semântica) à “verdade”, incorre nesse gravíssimo erro: ignorar a história, os fundamentos e as categorias jurídicas próprias do processo penal. Sem falar no preço que isso cobra na estruturação de um sistema processual e no lugar do juiz (especialmente no que se refere a imparcialidade, que constitui o ‘princípio supremo do processo penal’).

Tal crença, com maior ou menor refinamento teórico, acaba por legitimar o *decisionismo* (exaustivamente denunciado por Lenio STRECK com acerto) e uma espécie de “abolicionismo probatório disfarçado”, pois essa busca da verdade culmina por cobrar um preço: flexibilização e relativização das regras do devido processo. Isso porque, inegavelmente, as regras do jogo são controladores epistêmicos que dificultam a obtenção da mitológica verdade, ou seja, retoma a crença da atuação ilimitada do julgador patrocinada pela sua função de revelar a verdade (seja real ou processual, pois o problema é a verdade e não o adjetivo) do caso concreto.

Não se trata aqui de negar a verdade (ainda que não se possa desconsiderar que ela contém um excesso epistêmico para o processo, que é um redutor da complexidade), mas de discutir o seu “lugar” e as consequências dessa compreensão.⁴ Em última na análise, problema central está naquilo que Salah KHALED denuncia com *ambição de verdade*⁵ no processo penal. Rui Cunha Martins, na mesma linha, adverte que *o problema basilar da verdade tem a ver com a desproporcionalidade de seu lugar canônico e não com a utilidade das competências que ela assegura*.⁶ O mito fundante do processo inquisitório é a busca da verdade, evidenciando que ela sempre serviu ao poder. Não se pode esquecer que nosso processo penal é autoritário e se debate há décadas para se livrar da estrutura inquisitória (e não conseguiu) e, o mais difícil, para o abandono da ‘cultura’ inquisitória.



Em breves linhas, eis aqui uma noção de ‘fundamentos do processo penal’ que é ignorado (ou desconhecido) para quem se abraça a Taruffo e/ou a escola espanhola da epistemologia da prova, constituída por gente séria e bem preparada, mas que tem a matriz civilista e, por isso, segue vendo o processo penal com o olhar míope do processo civil.

O cenário é agravado se considerarmos as novas tecnologias utilizadas como instrumento de investigação e meios de (ou de obtenção de) prova, criando um espaço de grande indefinição acerca do alcance e limite das medidas. O que antes necessitava de uma busca e apreensão a ser cumprida mediante determinados critérios e limites, hoje se alcança em muito maior quantidade e de forma muito mais rápida com a utilização, por exemplo, de softwares espões em computadores ou *smartphones* (portadores de mais informações pessoais e profissionais do que “qualquer gaveta” ou armário).

Então, por qual razão, há uma dificuldade em se ter de forma clara os limites estatais na produção dessa prova e a necessidade de zelar pela sua licitude, sob pena de se violar o princípio fundamental da garantia do devido processo penal? As respostas podem girar em torno de alguns tantos outros pontos que não teríamos espaço aqui, nessa proposta, para alinhar, de modo que nos limitaremos a apenas três desses: o fetiche autoritário e o mito da busca da verdade, o efficientismo e a contaminação do julgador.

Por *fetiche autoritário*, nos limitaremos a definir essa carga cultural que acredita na “bondade do Estado” personificado no agente de segurança pública que atua imbuído de um propósito salvacionista, de defesa do “povo” ou dos “cidadãos de bem”. Isso é mais um sintoma da tradição autoritária, que pode ser compreendida na forma como a sociedade se relaciona com a ditadura instaurada no Brasil em 1964. Há uma tentativa perversa de negar o ocorrido. O que representa uma fé no exercício da força como solução para os mais diversos problemas. A heroicização de personagens como o Capitão Nascimento, evidenciam este ideal autoritário. Personifica o Estado que se torna ilegal no objetivo de combater ilegalidades.⁷ Quantos filmes retratam heróis que para vencer o mal precisavam desapegar de ritos e limites legalmente estabelecidos? Nosso imaginário cria esse cenário de que se pode relativizar a ilegalidade dependendo de quem sejam os envolvidos. Quanto ao *mito da busca da verdade*, remetemos ao dito anteriormente, evidenciando aqui como ele anda de mãos dadas e a serviço do poder punitivo.

Em relação ao *efficientismo*, se parte da ideia (mesmo não assumida) de que os fins justificam os meios. Se foi possível atingir o resultado previamente definido como almejado e justo, tudo fez sentido. Se foi preciso agir de tal forma para a alcançar elementos a impor a condenação, está validada pelo resultado. O que envolve outro aspecto a ser considerado a partir da *espetacularização do processo penal*, que faz com que se defina a culpa de alguém independente da apreciação e valoração das provas existentes no processo.



E, por fim, no que tange a *contaminação do julgador* está o fato de que toda essa cultura traz uma carga de expectativas que conduzem a um determinado horizonte de preenchimento⁸ e com isso, coloca o julgador diante dessa situação a definir sobre a legalidade ou não dessa prova. Tudo isso refletirá de forma significativa na atuação do julgador a definir se a prova é ilegal ou não, principalmente pelo fato de que essa análise se faz juntamente com o conteúdo da prova. Ou seja, o julgador atuará sempre contaminado, seja por informações extra autos à lhe condicionar, seja pelo que depreende a partir do conteúdo da prova.

Daí nosso encaminhamento final como um elemento a ser cada vez mais defendido e definido no processo penal: o controle da legalidade da prova deve preceder à análise da valoração de seu conteúdo. Em outras palavras, não há sentido em se avaliar o conteúdo de uma prova quando se está questionando a legalidade de sua realização, pelo simples fato de que o conteúdo desimporta.

Trazendo o paralelo, novamente, para o futebol. seria o mesmo que um jogador receber uma bola em evidente posição de impedimento, mas dominasse ela no peito e, mediante a realização de uma “bicicleta”, colocasse a bola no ângulo do gol adversário. Diante da estética “perfeita” da cena, o juiz ignora o impedimento e valida o gol, pelo *conjunto da obra*, ou seja, pelo fato do gol ter sido bonito demais para ser anulado em razão de um “simples” detalhe de posicionamento. Seria absurdo, mas ocorre todo dia no processo penal.

Quando o jogador dominou a bola em impedimento, o jogo parou. O que vier depois disso é ilegal. Faça ele o que fizer, seja ele quem for. Esse é o preço de se jogar com regras. É o custo a que deve se submeter quem entra no jogo. No jogo do processo penal as regras também existem e não podem ser relativizadas, flexibilizadas a partir da “gravidade” ou da “relevância” do conteúdo. Vale a regra, não vale tudo. Por isso, é preciso que se entenda que na prova ilícita, o “jogo já parou” e o que veio depois disso é ilegal.

Forma é garantia, é legalidade, é limite de poder. Aqui é processo penal, não processo civil, entenderam? Somente a partir do controle efetivo da legalidade (com óbvios sacrifícios epistêmicos) e a separação séria entre admissão e valoração, teremos um processo penal acusatório e democrático. Porque nem pelas *manos de dios* ou pelas de qualquer agente estatal é possível compactuar com o desvirtuamento das regras do jogo processual, pois sem regras, não há jogo a ser jogado.

¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4^a ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017

² E aqui estamos fazendo alusão direta ao pensamento carneluttiano exposto no antológico “Verità, dubbio, certezza”, Rivista di Diritto Processuale, vol. XX, Padova, 1965, onde se lê: “La verità non è e no può esser che una sola; quella che io come altri chimavo verità formale non è lá verità. Né io sapevo allora che cosa fosse e perché, soppratutto, ne col processo né in alcun altro modo, dall’uomo si può mai raggiungere.”



3 É oportuno considerar que a verdade é um fim essencial do processo e uma condição necessária para a justiça da decisão, mas não é o único fim que o processo persegue. Conseqüentemente, a função epistêmica que o processo pode desempenhar é muito importante mas não é a única. O processo, na verdade, é também um lugar em que as normas são aplicadas, valores são postos em prática, garantias são asseguradas, direitos são reconhecidos, interesses são tutelados, escolhas econômicas são feitas, problemas sociais são enfrentados, recursos são alocados, o destino das pessoas é determinado, a liberdade dos indivíduos é tutelada, a autoridade do Estado é manifestada...e as controvérsias são resolvidas através de decisões pretensamente justas. (*In* TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: O Juiz e a Construção dos Fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. P: 160)

4 Sobre o tema, remetemos especificamente para a obra de Aury Lopes Jr, “Direito Processual Penal”, 2020, p. 387 e ss.

5 Imprescindível, para compreensão do tema, a leitura do excepcional trabalho de Salah Khaled Jr, “**A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**”. 3ª edição, Editora Letramento.

6 CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito: the brazilians lesson**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 88.

7 CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P: 133.

8 MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013.

Date Created

05/06/2020