

REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

15

ANO VI - VOL. VI
JAN. - ABRIL 1975

REVISTA DA
ORDEM DOS
ADVOGADOS
DO BRASIL

Editada pelo Conselho Federal
da Ordem dos Advogados do Brasil

publicação quadrimestral

★

conselho de direção:

Arnoldo Wald
Clóvis Ramalheira
F. A. Serrano Neves
J. Motta Maia
José Olympio de Castro Filho
Paulo Mercadante

★

editor responsável:

J. Motta Maia

★

coordenação e revisão:

José Cruz Medeiros

★

endereço:

Av. Marechal Câmara, 210 — 4.º
andar — telefones — 222-7062 e
242-6491 — Rio de Janeiro, RJ

★

número avulso: Cr\$ 10,00

assinaturas:

1 ano ou 3 números, Cr\$ 24,00;
Registrado, Cr\$ 26,00; via aérea,
Cr\$ 30,00; exterior, U\$ 7,00;
número atrasado, Cr\$ 15,00.

★

Os artigos assinados são de res-
ponsabilidade de seus autores.

★

ACEITAMOS PERMUTA
WE ASK FOR EXCHANGE
ON DEMANDE L'ÉCHANGE

editorial

5 PODER DAS IDEIAS

artigos

- 9 A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO — Prof. Haroldo Vailidão
29 REFORMA CONSTITUCIONAL, O MITO DA FEDERAÇÃO — Alcino Salazar
41 CONSIDERAÇÕES SOBRE UMA REFORMA PENITENCIÁRIA PARA O BRASIL
— Prof. A. B. Cotrim Neto
67 AS CODIFICAÇÕES PROCESSUAIS E O MERCADO NEGRO DA PROVA —
Serrano Neves
81 PELA INSTITUIÇÃO DA JUSTIÇA AGRÁRIA — João Baptista Herkenhoff
105 A FALTA DE CREDIBILIDADE NOS DIREITOS HUMANOS — Niall MacDermot

decisões

- 121 REGIMENTO INTERNO DA SEÇÃO DE MINAS GERAIS — Relator: **Conselheiro
Rubens Ferraz**
123 REGIMENTO INTERNO DA SEÇÃO DO DISTRITO FEDERAL — Relator:
Conselheiro Luiz Carlos Valle Nogueira
126 CRIAÇÃO DE SUBSEÇÃO DA OAB — Relator: **Conselheiro Afífo Ponzi**
131 CÓDIGO DE MENORES: COLABORAÇÃO DA OAB AO CONGRESSO —
Relator: **Conselheiro Mário Guimarães**
133 SOCIEDADE DE ADVOGADOS E IMPEDIMENTOS DO ESTATUTO DA OAB
— Relator: **Conselheiro João Campos Duna**
142 RETENÇÃO, POR ADVOGADO, DE DINHEIRO DE CLIENTE: PENA DO
ART. 110 DO ESTATUTO DA OAB — Relator: **Conselheiro Claudionor de
Andrade Júnior**
147 PUBLICIDADE DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA: QUANDO CONSTITUI IN-
FRAÇÃO DO ESTATUTO DA OAB — Relator: **Conselheiro Claudionor de
Andrade Júnior**
150 DESAGRAVO DE ADVOGADO: QUANDO NÃO CABE. ART. 130 DO ESTA-
TUTO — Relator: **Conselheiro Haryberto de Miranda Jordão**
153 APLICAÇÃO DE PENA DE SUSPENSÃO A ADVOGADO POR DENUNCIACÃO
CALUNIOSA — Relator: **Conselheiro Serrano Neves**

legislação

157 FUSÃO DAS SEÇÕES DA OAB DA GUANABARA E DO RIO DE JANEIRO

noticias

- 163 Nova Diretoria do Conselho Federal da OAB [Discurso do Prof. Caio Mário da Silva Pereira]
- 171 Orosimbo Nonato
- 174 Povina Cavalcanti, o *bâtonnier* exemplar
- 175 Ivo d'Aguino, um servidor do interesse público
- 176 Novo Presidente do Supremo Tribunal Federal
- 178 Reunião de Presidentes dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil
- p. 178 — Ata da reunião de 27-2-75
- p. 180 — Ata da reunião de 28-2-75
- p. 183 — Lançamento do livro sobre a autonomia da AOB
- p. 184 — Discurso do Advogado Darío de Almeida Magalhães

atualidade bibliográfica

- 191 Luiz Antônio Severo da Costa — *A Reforma do Judiciário e outros estudos*
- 192 Igor Tenório e J. Motta Maia — *Dicionário de Direito Tributário*
- 193 Antônio J. Franco de Campos e outros — *Comentários ao Código Tributário Nacional*
- 194 Alberto Germanò — *Il Processo Agrario*
- 197 Joseph C. Goulden — *Los Abogados del Dólar*
- 198 Francisco Ruiz-Jarabo y Baquero — *Administración de Justicia, Desarrollo Economico-social y Planificación [Comparative Juridical Review]*
- 199 Álvaro Villaça Azevedo — *Bem de Família*

As Codificações Processuais e o Mercado Negro da Prova

Serrano Neves

SURGE no Brasil, com o advento do novo Código de Processo Civil e com a *ameaça* contida no Anteprojeto Frederico Marques, de Código de Processo Penal, a possibilidade de que, a exemplo do que ocorreu na Itália, em 1968, aqui também se instale, para estardalhaço geral, um "Supermercado para Espiões". Com a diferença de que, entre nós, caso não haja pronta reação, o que se montará será movimentado, satânico e desafiador *mercado negro da prova judicial*.

Já em 1960, quando escrevemos nosso *O Direito de Calar* — monografia sobre a confissão penal, editada pela Livraria Freitas Bastos — alertávamos os estudiosos do direito judiciário para a *tendência*, já então manifestada no Brasil, por parte de alguns juristas, no tocante à aceitação, como meios de prova, de certas *técnicas detetivescas* anunciadas, notadamente na América do Norte, como aptas a prestar providenciais serviços ao doce e amargo mister de distribuição de justiça.

Falava-se, então, dos prodígios do chamado "soro da verdade" (*Truth Serum*), dos milagres dos "detectores de mentiras" (*Lie Detectors*); das proezas de outros tantos *polígrafos (automatógrafos, retiniscópios, psicogalvanômetros, pneumógrafos, espiomanômetros, cardiopneumógrafos etc.)*, pretendendo-se arrojadamente, que todo esse instrumental de *extração da confissão* passasse a figurar como *magna pars* da prova judicial... *ad eruendam veritatem* — dizíamos — como HUNGRIA, meros disfarces da tortura medieval.

Nossos técnicos, porém, até hoje, não se convenceram de que já vai longe a época, muito negra aliás, do “*confessio est regina probationem*”. É, assim, sempre que surge um meio de extrair uma confissão, estufam o peito, triunfalmente, como se os seus objetivos da prova judicial estivessem plenamente realizados.

Passada a era dos polígrafos e da narcoanálise, eis que novas técnicas se insinuam, com igual pretensão, com o aperfeiçoamento dos métodos policialescos. Já agora, portanto, ao lado dos *detetives mecânicos* e *narcoanalíticos*, passeia, “vitoriosamente,” o *detetive eletrônico*, representado pelos aparelhos de escuta, pelos microfones disfarçados, pelos gravadores, pelas câmaras fotográficas teleobjetivas ou subaquáticas, alguns desses engenhos dissimulados em abotoaduras, pequenos relógios de pulso, pregadores de gravata, distintivo ou anéis, para que a pessoa visada possa cair na armadilha... e abreviar, “assim”, o trabalho da investigação.

O “detetivismo” é de criação contínua. Por isso, aparece agora, outra *máquina* — extremamente sensível — capaz de identificar (dizem), com absoluta fidelidade, a *voz humana* (gravação em fita ou disco). E a verdade é que os apologistas do engenho em causa afirmam, *corde magno, et animo volenti*, que é ele mais eficaz e preciso do que o especialista em datiloscopia, à vista de uma impressão digital.

Em relação ao “arsenal políciaco” existente antes do instrumento de identificação da voz, já discurremos, em 1960, em nossa já mencionada monografia. E é sabido que, precedentemente, em 1945, com seu escrito intitulado *Diagnose da Mentira*, NELSON HUNGRIA já repelira, como imprestável, a “prova” obtida com o emprego de métodos que tais, sempre violadores, é claro, da “zona de reserva” da personalidade humana, sempre insusceptível de “desapropriação”.

Foram essas as idéias que triunfaram, em 1948, na Assembléia Geral das Nações Unidas, ocasião em que, entre outras recomendações incensuráveis (a que o Brasil empregou decidido apoio), foi proclamada esta, no catálogo da “Declaração Universal dos Direitos do Homem”: — Artigo XII. — *Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu*

lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Já em fins do século passado, a questão da *espionagem* de escândalo, de chantagem ou de “prova” — que ia do luxuoso salão de Madame Warren, até ao *submundo* dos quadrilheiros da *malavita* de Boston — falava-se, nos meios jurídicos, do direito que o homem tem de ser deixado a sós (*The right to be let alone* ou *The right of an individual to live a life of reclusion and anonymity*). Mas a objeção dos juristas quanto à *escuta* — já então ocasionando falências, discórdias, divórcios, suicídios, escândalos e desordens sociais — não conteve o delírio de violação do “*right of privacy*”, aos poucos, ao contrário, transformado em *indústria* e em instrumento de pressão e de chantagens, a serviço de *gangsters*, de sindicatos do crime e de “famílias” mafiosas (da *Cosa Nostra*).

O veículo mais em uso, então, no campo das violações da intimidade, era, exatamente, a *gravação*, a captação do diálogo telefônico, a desapropriação (digamos assim) da voz humana, esta, na hipótese, como se sabe, emitida *sem compromisso, informalmente, intimamente*, “inter amigos”, afinal.

Confidências, tagarelices, fanfarronices, ironias, pilhérias, confissões por vaidade ou capricho, *notícias* sem compromisso, *dialogadas* (e, portanto, sem autocensura) prontamente eram convertidas em “material explorável” publicamente, — *horresco referens!* — até em prova judicial.

Mas — pergunta-se: ciente de que está falando *para o mundo* (e não, apenas, para o íntimo), *assim prevenido*, diria o cidadão “aquilo” que, depois, apareceria, *como prova*, numa fita ou num disco, de manipulação particular interveniente para prejuízo de seus interesses, objetivos ou direitos?

Bastaria — cremos — a observação; suficiente seria essa interrogação para que, de pronto, repellido restasse, pelos juristas, esse abusivo meio de “prova” — hoje, infelizmente, com ares de autoridade e prodomínio. Mas ocorre que outra objeção, igualmente importante, fala em desfavor da “novidade processual”. A voz humana, com efeito, não pode ser objeto de “desapropria-

ção" ou de uso (comercial ou não) arbitrário e irrestrito. Foi o que já procuramos demonstrar, recentemente, em dois escritos intitulados "Da Tutela Penal da Imagem e da Voz" e "Inconstitucionalidade e Homologação de Fraude no Processo Penal", divulgados, respectivamente, pelas revistas da OAB-CONSELHO FEDERAL (n.º 12, 1974) e *Litis* (n.º 1, ano I, 1974).

Na América do Norte — voltamos à fonte do detetivismo desenfreado — em consequência dos escândalos provocados pelas *invasões domiciliares* (com emprego de teleobjetivas) e das interceptações de correspondências telefônicas, houve uma época em que ninguém mais tinha sossego. Os aparelhos de escuta, com efeito, *marcavam, ab hoc et ab hac*, indústrias milionárias, famílias ilustres, damas e moças da alta sociedade, chefes de Estado, sacerdotes, médicos, advogados e magistrados, na mais desabrida e despejada intromissão de que a história nos dá notícia. No mesmo período em que o inescrupuloso advogado James G. Broady *escutava* o presidente da Pepsi-Cola, controlava, outrossim, as linhas telefônicas das usinas Bristol-Myers and E. R. Squib, Inc. ou das Knoedler Art Galleries, *tomando*, de apenas um de seus clientes, naquela época, a polpuda quantia de 60.000 dólares. Ao mesmo tempo, surgia, já nas páginas dos jornais, o "caso Appelbaum", seguido do "caso do advogado Marrinan", prontamente eliminado pela Ordem dos Advogados, tal como ocorreu em relação a Broady.

Amplios e complicados "estúdios" de escuta, na década de 50, operavam, na verdade, perigosamente, nos Estados Unidos da América do Norte. E o certo, como documentamos no escrito "Da Tutela Penal da Imagem e da Voz", é que não somente o diálogo telefônico era objeto da investida rotineira e criminosa, mas também a *imagem desprevenida* — outro "prato opíparo" do banquete argentino e desafiador. Assim, conceituadas famílias, prósperas indústrias, estadistas, sacerdotes, magistrados, damas e mocinhas, quando não surgiam, nas páginas da imprensa "marrom", sob licenciosas e hábeis *fotomontagens*, eram colhidos, a distância (e até com câmaras submarinas, como no "caso senhora Onassis") na intimidade de alcovas ou quartos de banho, (*intra muros*, portanto), já que as poderosas *teleobjetivas* de hoje *buscam* tudo, em consideráveis distâncias.

Contra o "inferno eletrônico", reagiu, prontamente, a Justiça dos Estados Unidos da América do Norte. Também a italiana. Igualmente a francesa.

Voto memorável, proferido na Corte Suprema da América do Norte, com efeito, sublinhava que "*a censura telefônica é medida tão ilegal quanto a invasão domiciliar, com a diferença única de que, naquela hipótese, lança-se mão de recursos da moderna tecnologia.*"

Edificante! Em época bastante recuada, já se bradava, no Parlamento britânico, pela palavra de LORD CHATHAM (William Pitt): — "O mais pobre dos homens pode desafiar as forças da Coroa. Embora a morada ameace ruína, ofereça o teto larga entrada de luz, sobre o vento através das frinchas, a tempestade faça de toda a casa o seu ludíbrio, nada importa: acha-se garantida e choupana humilde contra o rei da Inglaterra, cujo poder vai despedaçar-se contra aquele miserável reduto."

No Tribunal de Justiça de Nova Iorque, o juiz JEROME FRANK, do alto de sua autoridade e em face do que ocorria em seu país, proclamava, alto e bom som: — "Uma sociedade sadia, civil, que tenha decoro, deve garantir ao indivíduo... um oásis, um refúgio contra a indiscrição alheia, um recanto pessoal, um lugar inviolável que constitua a sua cidadela."

Tribunais americanos, franceses, italianos, ingleses e alemães — temos lido freqüentemente — não se fartam de anular ações penais, *ab initio*, porque fundadas em "provas" obtidas fraudulentamente, isto é, com violação do *right of privacy*. As revistas estrangeiras e o noticiário da imprensa noticiosa nos dispensam das citações, pois aí estão, à disposição dos pesquisadores.

Sob a oportuna influência do direito jurisprudencial, surgiu, afinal, na América do Norte, a Lei Federal de Comunicações, e, com esta, a restrição providencial: as *gravações* (que não fazem prova em Juízo) só excepcionalmente podem ser levadas a efeito, ou à vista de autorização do Judiciário, ou do Ministério competente, conforme o caso. E essa, é, de resto, a orientação seguida pela legislação de todos os Países-Membros, isto é, de todos os adesistas, em 1948, da "Declaração Universal dos Direitos do Homem" (48, aí incluído o Brasil), pois 8 se abstiveram de votar

o documento (blocos soviético, da Arábia Saudita e da União Sul-Africana).

Nessa ocasião, nem se supunha que, em seguida, e a despeito da "Declaração", o mundo civilizado se estarreceria com as revelações à margem do rumoroso divórcio de Mr. Appelbaum, conduzidas pelas arrojadas *gravações* a cargo de Robert C. La Borde — "técnico em eletrônica e profissional em interceptações"; com os ruídos, originários de Manhattan, de um "centro especializado em interceptações, sob direção do advogado James C. Broady; com os escândalos desencadeados pela *escuta* do detetive particular Charles V. Gris e com tantos outros sucessos da *prova extraída*, de que aqui cuidamos.

Burlava-se, então, (revela-nos GEORGE DOBRY, in *Review de la Commission Internationale de Juristes*, 1958, v. 1, n. 2), como, de resto, até hoje (ai está o "caso Watergate"), quer a vigilância judiciária, quer a ministerial — a primeira, muito mais do que a segunda. No entanto, sabe-se que, na América do Norte, o *right of privacy* é consagrado, como nos revela recente pesquisa de PAULO JOSÉ DA COSTA JR., nos Estados de Alabama, Alasca, Arizona, Califórnia, Carolina do Norte, Carolina do Sul, Distrito de Colúmbia, Flórida, Geórgia, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Missouri, Montana, Nevada, Nova Jersey e Oregon. Tendem ao reconhecimento do *privacy* — aduz o jurista pátrio — o Colorado, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, Ohio, Pensilvânia e Washington.

Omite-se o pesquisador paulista acerca da posição de Nova Iorque. E, no entanto, o certo é que esse Estado, em sede de tutela da intimidade, pode ser apontado, na América do Norte, como pioneiro. Antes de 1881, com efeito (antes, pois, do telefone), o Código Penal novaiorquino, em seu art. 721, punia, severamente, a *escuta* junto a janelas e portas. Posteriormente (art. 134), passou a punir a *escuta* a título de *felony* e, finalmente (art. 552), ampliou a tutela penal em causa, daí resultando expressiva jurisprudência sobre o tema.

Em Rhode Island, na Califórnia e na Flórida, a matéria é encarada com extremo rigor. "O uso de confissões involuntárias em julgamentos criminais, ainda que pelo Estado — decidiu, em

1952, a Corte californiana — é constitucionalmente um absurdo, e não apenas por sua impraticabilidade. Pela cláusula do *devido processo*, são inadmissíveis, mesmo que as suas revelações possam ser provadas por meios independentes. Confissões forçadas ofendem o senso de decência e honestidade da comunidade" — declarou o juiz FRANKFURTER. "O Estado — bradou ANDREW D. MEINHERGER — precisa proteger-se; mas não pode, por injustificado medo ou pânico, destruir a liberdade individual."

Na demanda *Nardone versus* Estados Unidos, a Corte Suprema proclamou que a expressão "nenhuma pessoa" contida no *Federal Communications Act* alcança também os agentes federais, que não têm, em consequência, o direito de revelar o conteúdo das informações, que acaso possuam, resultantes de interceptações de comunicações telefônicas, não lhes sendo lícito, por outro lado, utilizá-las perante a Justiça.

Na França, a Corte de Toulouse, a 7 de novembro de 1957, decidiu que "les preuves ainsi obtenues sont sujettes à caution puisqu'il y a danger d'alteration du texte de l'enregistrement, par exemple du fait de la reproduction d'une partie seulement de la conversation." E, de outra feita, proclamou que "l'enregistrement d'une conversation téléphonique a été fait par surprise et que la découverte du délit et l'identification de l'accusé étaient intervenues en violation des règles de procédure criminelle."

No Brasil, a jurisprudência ainda não foi convenientemente chamada ao tema. Recordamo-nos porém, de hipótese confiada ao nosso escritório, em seguida à Revolução de 1964. Um juiz criminal, com efeito, após um interrogatório, determinou que o réu permanecesse em seu gabinete, ocasião em que, complementarmente, dele recolheu longo histórico, pormenorizado, acerca dos fatos. Daí a *Reclamação* (n.º 5.682), por nós formulada, perante a Terceira Câmara Criminal deste Estado, pois — sustentávamos — as declarações assim obtidas violavam o direito de *reserva* e, por outro lado, surgiam de meio de prova não admitido pela codificação de ritos penais em vigor. Relatada pelo des. CARLOS DE OLIVEIRA RAMOS, a Reclamação foi dada como procedente, "comunicando-se a decisão ao Conselho da Magistratura, para que este adote as medidas cabíveis, por

entender a Câmara que a colheita de declarações através de fita magnética não é prevista em nosso direito positivo”.

A partir de 1948 — voltamos ao núcleo do assunto — as Constituições e as codificações que não continham disposições de tutela da intimidade, passaram a consagrá-las. E, de ordinário, para exigirem que a *escuta*, quando justificada, seja levada a efeito sob controle, judicial ou ministerial, conforme a hipótese — repetimos. Esse é o *critérium* seguido, na Europa, pela Itália, pela Áustria, pela Alemanha, pela Dinamarca, pela Suécia, pela Noruega, pela Suíça e pela França — para citarmos apenas as legislações mais conhecidas.

A mais recente codificação penal do mundo — a alemã — (cuja Parte Geral entrou em vigor em outubro de 1974), em sua Seção 25 (“Egoísmo punível e violação de segredo alheio), pune, com prisão até cinco anos, quem, *sem autorização* (grifo nosso): I) — recolhe num gravador de som a palavra de outrem, falada não publicamente; II) — serve-se de um registro assim obtido ou o faz acessível a terceiros. E pune, igualmente, quem, *sem autorização* (grifo ainda nosso), intercepta, com aparelho de escuta, a palavra de outrem, falada não publicamente, não destinada ao seu conhecimento. E não fica aí o minucioso Código Penal alemão, eis que, sob outra epígrafe (“Crimes e delitos na função pública”), pune também, com o mesmo rigor, o que denomina “violação, por funcionário público, da proibição de estar à escuta”.

Grifamos, proposita e repetidamente, a expressão “sem autorização” do Código Penal da Alemanha porque, desde que lançado, passamos a repelir, como *insuficiente* aqui e *permissivo* acolá, o art. 161 do Código Penal Brasileiro de 73, que pune o fato de alguém “violiar, mediante processo técnico, o direito à intimidade da vida privada ou o direito ao resguardo das palavras ou discursos que não foram pronunciados publicamente.”

PAULO JOSÉ DA COSTA JR., como Relator de parte do Código Penal Tipo para a América Latina, *quase* alcançou, segundo cremos, o que, para a hipótese, deveria ser construído. Sua sugestão, melhorada depois de rejeitada pelos juristas que participaram do debate, conquanto mais extensa e explicativa, ainda

não satisfaz, porém, plenamente. Em primeiro lugar, porque a matéria está deslocada, nela, para a área dos crimes contra a honra. E é sabido que as violações da intimidade nem sempre buscam atingir o indivíduo na sua honra ou reputação, mas em seus negócios, em seus projetos, em seus empreendimentos etc. Em segundo lugar, porque nela não se fez nenhuma ressalva, quanto a certas violações, lícitas, por parte de funcionários ou autoridades, *desde que justificadas e autorizadas*.

O art. 8.º da “Convenção Européia” fez essa ressalva — crítico, aliás, que é seguido, como se viu, pela legislação dos povos cultos. Eis a ressalva, na versão de J. VARELA FEIJOO (in *La Protección de los Derechos Humanos*, ed. Hispano-Europa, 1972):

1 — Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2 — No puede haber interferencias de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo que esta interferencia esté prevista por la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, para la seguridad pública, para el bien económico, para la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, para la protección de los derechos y las libertades de otro.

A sugestão (melhorada) do eminente jurista Costa Jr. está assim concebida, *expressis verbis*:

Art. X — Fazer referência, ainda que verdadeira, acerca da vida alheia, privada ou familiar, que possa diminuir o prestígio social do ofendido.

Parágrafo único — Se a referência se fizer através dos grandes meios de divulgação da massa, a pena será agravada da metade. Sanção de natureza civil.

Art. XX — Violar o direito à intimidade da vida privada mediante o emprego de teleobjetivas ou de outros instrumentos congêneres, bem como violar o direito ao resguardo das palavras ou discursos que não forem pronunciados publicamente, através de microfones secretos ou gravações clandestinas ou, sem justa causa, invadir arbitrária e fraudulentamente, a vida privada alheia. Pena — detenção, de 3 meses a 01 ano.

§ 1.º — Em igual pena incorrerá quem importunar, de forma reiterada e sem justa causa, alguém recolhido à intimidade, em local público ou privado.

§ 2.º — A divulgação de notícia que se veio a adquirir da forma abusiva ou fraudulenta referida no artigo anterior, será reprimida com a pena agravada de 1/6 até metade.

§ 3.º — Nos casos previstos neste artigo, somente se procederá mediante queixa.

A ressalva por nós advogada — expliquemo-nos — seria no sentido de que se consentisse em *certas* violações (escuta, controle telefônico), *desde que* justificadas e autorizadas. É que a *escuta*, entre nós, está sendo, de uns tempos a esta parte, transformada em *rotina*, em desmarcado abuso. Está clamando, pois, por um — basta! — do direito positivo.

Posto isto, parece-nos oportuno observar que, alheio ao avanço da ciência penal, à luz dos direitos humanos, o Anteprojeto FREDERICO MARQUES, de Código de Processo Penal, passou a entrar em flagrante conflito, quer com a Constituição Federal, quer com o direito penal codificado, em vésperas de vigência. É que o Anteprojeto, em seu art. 331, dispõe, com arrojo, que

A reprodução mecânica, como a fotografia, cinematografia ou por meio de processo eletrônico, poderá valer como prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe reconhecer a conformidade; sendo negada, o juiz poderá ordenar a realização de exame pericial.

Duas outras objeções — temos sustentado — podem ser opostas ao texto em causa. Em primeiro lugar, com efeito, temos dúvida quanto à *disponibilidade*, pela parte, do direito de não ser objeto de “prova” colhida de *surpresa*, à *sorrelha*, com sua pressão arbitrária de um de seus pressupostos morais de marca-nte essencialidade. Em segundo lugar, não cremos na apreçoada infalibilidade das máquinas de identificação da voz... tão precisas, ou mais, como se tem dito, do que as análises ao vivo das impressões digitais.

Ah!, os engenhos a serviço do detetivismo hodierno!...

Pois não é sabido que o próprio eletroencefalógrafo — dia a dia mais aperfeiçoado — *não é* ainda instrumento infalível?

Quanto à identificação da voz, outras *circunstâncias*, certamente embaraçosas, hão de rondar em torno da máquina e do perito. Suponha-se que o paciente, ao ser *escutado*, começa ao perito padrões que, a seguir, venham a sofrer modificações. Suponha-se ainda que, ao contrário, na primeira fase da violação, o paciente (*desconfiado*, *prevenido*) forneça ao perito padrões inautênticos, ou, talvez, até emitidos com a colaboração de um *imitador*. Suponha-se, afinal, que, na primeira ou na segunda fase da experiência (a segunda, é claro, referente à perícia), o paciente se apresente com lesão ou outro problema nas cordas vocais ou na garganta; haja sofrido alterações na arcada dentária; esteja sob a ação de drogas ou experimentando certos estados de espírito; esteja afônico; com os hábitos voculares modificados; com desvios ou alterações do temperamento. Em tais casos, como falar em perícia? Que se poderia dela esperar?

Assinale-se, por outro lado, que a *prova da máquina*, segundo estamos seguramente informados, é superlativamente onerosa, milionária, complexa e demorada. Poderia, pois, quando muito, “servir” apenas a litigantes de certa classe — cercados de caprichos, vaidades e contas bancárias por todos os lados. Pelo menos, até que os gabinetes ou laboratórios de criminalística pudessem adquirir espantoso número de máquinas de identificação, pois nossa população litigante, notadamente nos Juízos em que mais perícias se realizam (Varas Criminais e de Família), é, sabidamente, espantosa.

Não insistamos, porém, nessa questão, pois a *outra* (que surgirá fatalmente) será bem mais perturbadora. Multiplicando-se as máquinas e os peritos especializados e tornando-se essa perícia acessível a qualquer litigante, não tenhamos dúvida: paulatinamente, surgirão, nos grandes centros, sempre num plural desafiadoramente singular, os *supermercados de escuta*, talvez até com atuação pelo sistema “facilitário”. E estará, assim, instalado entre nós o *mercado negro da prova*.

Vitoriosa a disposição processual *convidativa*; triunfante o sistema da livre *conquista* da prova judicial, ninguém mais terá sossego. A intimidade da vida do homem descerá ao nível dos charcos. O segredo — médico, sacerdotal, ministerial e da advocacia — uma vez que a “vítima” tenha problemas em casa ou fora desta, do *disco* ou da *fitá* passará ao mundo. Ninguém mais terá segurança e paz.

Em sua estupenda monografia intitulada *Valor Procesal Penal de los Sueros de la Verdad*, (ed. Ediar, 1949), MANUEL LOPEZ REY, do alto de sua cintilante cátedra de Direito Penal e Criminologia, assim nos adverte: — “La técnica debe servir al Derecho sin perderse de vista que en estas horas actuales tan confusas, la misión del jurista es tratar de afirmar y perpetuar el valor de la PERSONA y de la PERSONALIDAD HUMANA.”

Ainda é tempo de se fazer algo pelo destino, à luz dos direitos humanos, da prova judicial. Pois que os juristas brasileiros o façam, já e já.

Tenhamos em boa conta, o próprio conteúdo do art. 305 do Anteprojeto FREDERICO MARQUES. E não nos deslembramos de que aí se diz que “todos os meios legais, bem como os *moralmente legítimos* (grifo nosso), ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a acusação ou a defesa.”

Quando a lei fala em *meios moralmente legítimos de prova*, não há dúvida de que, com isso, quer dizer que a prova deve ser produzida às claras, sem subterfúgios, sem surpresas, sem ardidilhas e com absoluto respeito à personalidade humana. Aí está, com efeito, uma codificada aspiração da civilização jurídica. Aí está um *pressuposto* essencial, na ausência do qual a prova se torna, numa sociedade democrática, apenas um *zero à esquerda*.

É tempo de matarmos — no nascedouro — a simples idéia de que, entre nós, no futuro, poderá operar, na sombra ou às escâncaras, um mercado negro da prova judicial. Mãos à obra, portanto.

LES CODIFICATIONS DE PROCEDURE ET LE MARCHÉ NOIR DE LA PREUVE

(Sommaire)

Avocat criminaliste par spécialité, l'Auteur est un éminent chercheur des problèmes de droit pénal dans notre pays et les étudie sérieusement, enrichissant ses connaissances doctrinaires avec sa grande activité d'avocat.

Il commence par mettre l'accent sur le risque que présente l'installation d'un super-marché pour les espions, si le Projet du Code de Procédure Pénale venait à réussir.

Il affirme que l'avant-projet dont est l'auteur le Prof. José Frederico MARQUES se trouve en flagrant conflit avec la Constitution et avec le droit pénal codifié, notamment dans son Art. 331 où l'on attribue une valeur de preuve à la reproduction mécanique, photographique, cinématographique ou au moyen d'un procédé électronique, pourvu que celui contre qui la preuve a été fournie lui reconnaisse le caractère de conformité. La loi, lorsqu'elle se réfère aux moyens de preuve moralement légitimes — dit l'Auteur — elle entend que la preuve doit être exhibée clairement, sans subterfuges, malentendus ou guet-apens. Il conclut par la nécessité d'éliminer, dès la naissance, la simple idée que, dans l'avenir, un marché noir de preuve judiciaire serait possible de prospérer au Brésil.