



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da prova ilícita: sua influência no ato de julgar

Cristiano Moraes da Silva

Rio de Janeiro  
2013

CRISTIANO MORAES DA SILVA

Da prova ilícita: sua influência no ato de julgar

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Prof. Guilherme Sandoval Góes

Prof<sup>a</sup>. Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Prof<sup>a</sup>. Néli Luiza Cavalieri Fetzner

Prof. Nelson Carlos Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2013

## DA PROVA ILÍCITA: SUA INFLUÊNCIA NO ATO DE JULGAR

**Cristiano Moraes da Silva**

Pós-Graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade Estácio de Sá em convênio com a SENASP/MJ.

**Resumo:** O contato do julgador com a prova declarada ilícita acaba por afetá-lo de tal maneira que o mero desentranhamento daquela prova dos autos não tem o condão de fazer com que o seu posterior julgamento, de forma implícita ou inconsciente, não seja por ela influenciado. Tal situação demanda a substituição do julgador como forma de asseguramento da *ratio essendi* da inadmissibilidade da prova ilícita.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal. Prova Ilícita. Inadmissibilidade. Desentranhamento. Contaminação do Julgador. Substituição.

**Sumário:** Introdução. 1. Breves apontamentos sobre prova ilícita. 2. A prova ilícita e a contaminação do julgador. 3. O veto ao §4º do art. 157 do CPP à luz do Garantismo Penal. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Na última década, instalou-se no Brasil o que se convencionou chamar de “Estado Policial”, no bojo do qual eclodiam, mormente em âmbito federal, fantásticas megaoperações policiais, muitas das vezes em conjunto com o Ministério Público. Fortemente apoiadas por determinados segmentos da imprensa, muitas dessas operações “pirotécnicas” resultavam em verdadeiras catástrofes jurídicas e acabavam por gerar um sem número de arbitrariedades e, por conseguinte, de nulidades processuais, que repercutiam inarredavelmente no resultado das ações penais delas decorrentes. Tais operações, muitas das quais protegidas pela decretação

judicial de segredo de justiça, foram divulgadas na mídia devido ao desejo desenfreado de alguns profissionais da persecução penal de fama e ascensão rápida na carreira, uma vez que com esse aporte midiático a notoriedade dessas pessoas ganharia dimensões estratosféricas, proporcionando-lhes uma gama de possibilidades, muitas das quais no âmbito político-partidário-eleitoral. Basta um mero exame do nosso cotidiano para verificar que assim se deu com vários de nossos parlamentares, secretários, prefeitos etc.

Nesse contexto, a temática da inadmissibilidade da prova ilícita não pode ser relegada ao plano cartesiano de seu mero desentranhamento, devendo a sua influência sobre o julgador ser efetivamente neutralizada com a sua substituição no processo, de modo a chegarmos a uma prestação jurisdicional infensa a essas vicissitudes.

A influência, muitas das vezes inconsciente, que o contato com a prova ilícita acarreta no ato de julgar do magistrado é, comparativamente, temática pouco explorada na doutrina e na jurisprudência, razão pela qual a reflexão sobre o tema é sobremodo importante.

Ademais, o veto ao §4º do art. 157 do Código de Processo Penal, que presumia de forma absoluta a contaminação do juiz pela prova ilícita com a qual teve contato, prendeu-se a razões de eficácia do processo, olvidando-se de considerar as garantias do acusado como, por exemplo, a de uma prestação jurisdicional imparcial, livre de quaisquer vícios. Não se pode conceber que o mero desentranhamento de uma prova considerada como ilícita, produza no julgador a neutralidade necessária para a prolação de uma sentença. Certo é que tal prova agirá como elemento de valoração, mesmo que de forma implícita.

A análise da repercussão da prova ilícita no ato de julgar é importante para demonstrar que o veto ao dispositivo em tela foi descabido sob a ótica do Garantismo Penal e que o afastamento do julgador que teve contato com a prova ilícita é medida necessária em prestígio ao devido processo legal substantivo, vez que por essa ramificação controlam-se os

arbítrios e as omissões do legislador, bem como, a discricionariedade dos atos do Poder Público por intermédio do exame de sua razoabilidade e racionalidade.

Considerando o fato de que o magistrado não pode apagar de sua mente o contato, as impressões e as conclusões que obteve ao avaliar uma prova obtida por meios ilícitos, o mero desentranhamento da referida prova não é suficiente para afastar a sua influência no ato de julgar, uma vez que a prova ilícita, mesmo desentranhada dos autos, exerce carga decisiva no ato de julgar, inclusive de forma inconsciente.

Sob a ótica do Garantismo Penal, o veto ao §4º do art. 157 do CPP prestigiando a celeridade do processo, vulnerou o arcabouço protetivo da teoria da vedação à prova ilícita, em afronta à Constituição da República revelando que a alteração objetivou tão-somente a celeridade processual em detrimento das garantias constitucionais, o que acabou por desprestigiar, principalmente à luz dos primados do Garantismo Penal, uma prestação jurisdicional isenta e imparcial.

Entretanto, um estudo dessa natureza não pode desprezar as premissas básicas relacionadas à inadmissibilidade da prova ilícita, pelo que se apresenta imprescindível a fixação das vigas-mestras do instituto, enfatizando a base constitucional e perpassando a legislação ordinária, de modo a dar o devido enquadramento da matéria no ordenamento jurídico pátrio e, mais que isso, traçando as principais correntes doutrinárias. Assim, com a análise panorâmica, propicia-se a meditação crítica sobre o tema de forma mais segura.

Em suma, o presente trabalho busca uma reflexão acerca da eficácia do desentranhamento da prova ilícita dos autos da ação penal, considerando o aspecto psíquico que o contato com a citada prova gera, inclusive no inconsciente do julgador. Também objetiva avaliar, levando-se em conta a *ratio essendi* do instituto, se a mera retirada da prova dos autos é suficiente para neutralizar a influência dessa prova no Magistrado ou se somente a sua substituição atingiria esse desiderato. Ainda, tem por escopo criticar o veto ao §4º do art.

157 do CPP que, a pretexto de imprimir maior celeridade ao processo, teve como efeito indesejado o comprometimento da garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas.

## 1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE PROVA ILÍCITA

Um dos principais questionamentos que se apresenta quando tratamos do tema da prova ilícita é a sua aptidão de influenciar no convencimento do julgador mesmo em se tratando, em regra, de elemento probatório proscrito.

Assim dispõe o art. 157, *caput* do Código de Processo Penal, doravante CPP: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

O dispositivo acima reproduzido revela a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, determinando a retirada do processo dessas provas obtidas com o desrespeito à lei ou à Constituição.

Pergunta-se: mesmo determinando a lei o desentranhamento da prova ilícita dos autos, nos termos do que preceitua o dispositivo transcrito acima, é possível ao magistrado adotar uma conduta de neutralidade em relação àquela prova? De outro modo: levando-se em consideração a natureza humana do juiz, pode-se afirmar de aquela prova considerada ilícita nada influenciou, seja por processos conscientes, ou até mesmo inconscientes, o convencimento do julgador? São a esses questionamentos que se pretende elucidar no decorrer do presente trabalho.

A hipótese motivadora de ausência de “neutralidade/imparcialidade” do juiz em face do contato com a prova considerada ilícita, bem como o *iter* selecionado para comprovação da tese defendida, explorando a literatura específica que busca explicar os mecanismos do

pensamento, da decisão e dos meandros mais ocultos da psique humana, são de enorme importância prática, uma vez que podem revelar a ineficácia do comando inserido no art. 157, *caput*, do CPP, considerando que a razão de ser do instituto jurídico em comento é justamente impedir que a prova ilícita, seja utilizada como fundamento para o *decisum*, porquanto produzida em afronta aos primados da lei e da Constituição.

Contudo, não se pode adentrar ao estudo do tema sem o conhecimento prévio da doutrina da prova ilícita, mormente em âmbito nacional. Frise-se que não se pretende esgotar o tema atinente à prova ilícita, mas, tão-somente, situar o leitor, fornecendo-lhe dados propedêuticos, de modo a proporcionar-lhe substrato para um pensamento crítico sobre o que se exporá em seguida.

Embora haja certa controvérsia na doutrina quanto à distinção entre provas ilícitas, ilegais e ilegítimas, é sobretudo importante delinear tais conceitos. Assim, segundo Moraes<sup>1</sup>, tem-se que as provas ilícitas são aquelas provas que são produzidas em desacordo com as normas de direito material, como, por exemplo, a prova obtida mediante tortura. As provas ilegítimas são aquelas que em sua produção houve a inobservância dos preceitos contidos em norma de direito processual, como na hipótese de interceptação telefônica sem a devida autorização judicial. Por fim, as provas ilegais são o gênero do qual são espécies as provas ilícitas e as provas ilegítimas.

Conforme ensina Bulos<sup>2</sup>, a base constitucional da vedação das provas ilícitas no processo é o art. 5º, LVI, que assim dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

O dispositivo constitucional repudia as provas obtidas por meios que não obedecem aos limites ético-jurídicos encartados na Constituição e nas normas infraconstitucionais. Tais limites tem por escopo a proteção da pessoa contra o poder persecutório estatal,

---

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 125.

<sup>2</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 681-682.

historicamente tendente ao abuso e ao arbítrio, e que funda raízes no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88), vetor axiológico de interpretação do ordenamento jurídico, e no princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV da CRFB/88), derivado do conceito anglo-saxônico do *due process of law*, dos quais são consectários os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CRFB/88).

A conjugação de todo esse arcabouço constitucional de vedação das provas obtidas por meios ilícitos deixa entrever que o legislador constitucional não se satisfaz com a mera exclusão da prova dos autos, a inadmissibilidade da prova ilícita é de tal amplitude que importa em sua desconsideração total para qualquer efeito, sob pena de avilte aos princípios do devido processo legal e, principalmente, da dignidade da pessoa humana. Aliás, na conformação dada pela Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, o Estado brasileiro é tipo por um Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, não pode a qualquer pretexto, menos ainda no campo persecutório penal, de viés claramente punitivo, violar o ordenamento jurídico por ele criado, já que também a ele subordinado. Assim leciona Nicolitt<sup>3</sup>:

Ao lado da garantia da presunção de inocência, ou como aspecto desta, temos o princípio da vedação das provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CRF/1988). Trata-se de norma decorrente do Estado de Direito, uma vez que não seria admissível que o próprio Estado violasse a lei com o objetivo de alcançar seus fins. Sendo assim, são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

Trata-se de garantia do cidadão contra o afã persecutório do Estado, que no mais das vezes dirige seu aparato instrumental ao sabor das classes economicamente dominantes em franca seletividade punitiva.

Assim sustenta Calhau<sup>4</sup> em lição acerca da teoria do *labelling approach*:

[...] os grupos sociais criam os desvios ao fazerem as regras cuja infração constitui o desvio e ao aplicarem tais regras a certas pessoas em particular, qualificando-as como marginais. Os processos de desvios, assim, podem ser considerados primários ou secundários. O desvio primário corresponde à primeira ação delitiva do sujeito, que pode ter como finalidade resolver alguma necessidade, por exemplo, econômica, ou produz-se para acomodar sua conduta às expectativas de determinado grupo subcultural. O desvio secundário se refere à repetição dos atos delitivos,

<sup>3</sup> NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 358-359.

<sup>4</sup> CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de criminologia*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 75.

especialmente a partir da associação forçada do indivíduo com outros sujeitos delinquentes.

No mesmo sentido, Vera Regina Pereira de Andrade<sup>5</sup> ensina que o:

[...] desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção. Uma conduta não é criminal “em si” ou “per si” (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade (patologia). O caráter criminal de uma conduta e atribuição de criminoso a seu ator depende de certos processos sociais de “definição”, que atribuem à mesma um tal caráter de “seleção”, que etiquetam um ator com delinquente.

E ainda Azevêdo<sup>6</sup>:

[...] Com amparo em Marx, é possível desconfiar que toda produção de conhecimento, enquanto parte da super-estrutura, seja determinada por uma infra-estrutura, a da economia. Infra-estrutura que seleciona o conhecimento por meio de uma ideologia.

Mas como ocorre a difusão do conhecimento selecionado pela ideologia? Responde-se: por meio da pedagogia, arte de ensinar. Se ensinar constitui uma das funções da retórica, conclui-se que o aprendizado depende, em grande medida, da arte da persuasão. Se o conhecimento é apreendido por meio da arte da persuasão, já se percebe, desta forma, que a assimilação propriamente dita do conhecimento não é um processo exclusivamente racional. É antes, demasiadamente emocional, ou, por que não dizer, irracional. E qual a importância de tal constatação?

A importância reside no fato de que a ideologia, a serviço de uma infra-estrutura, aproveita-se da irracionalidade humana para selecionar um determinado conhecimento, e, desta forma, autodisseminar-se de forma escamoteada. Por meio dessa estratégia, a ideologia controla os atos dos seres humanos inseridos no contexto social. (...) O livre convencimento motivado torna-se uma ferramenta da dogmática jurídica, por meio do qual se mascara a atuação da ideologia capitalista e se controla o ato de decisão judicial.

O art. 157 do CPP trazia assim em sua redação original: “*O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.*”

Com o advento da Lei n. 11.690/2008, a temática da prova ilícita ficou tratada da seguinte forma:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

<sup>5</sup> PEREIRA DE ANDRADE apud D’ELIA FILHO, p. 41-42.

<sup>6</sup> AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *O ato de decisão judicial: uma irracionalidade disfarçada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 26-27.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

O legislador alterou a redação do *caput* e incluiu quatro parágrafos, introduções essas que objetivam albergar as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais mormente matizadas pela influência estadunidense, que já vinham se sedimentando à luz do que preceituava a Constituição em matéria de ilicitude da prova.

Sem embargo do avanço que foi a positivação dos pilares da doutrina da prova ilícita, não se pode deixar de tangenciar as críticas acerca do modo como foram introduzidas no ordenamento pátrio as teorias da *independent source* e da *inevitable discovery*, em especial no que se refere à redação dos dispositivos se submetidos ao art. 5º, LVI da CRFB/88. É o que afirma Nicolitt<sup>7</sup> ao dizer que “a redação dos parágrafos reduz o alcance da norma constitucional contida no art. 5º, LVI, o que é inconcebível”.

Certo é que nem todas as alterações trazidas pela Lei n. 11.690/2008 entraram em vigor. O §4º do art. 157 restou vetado sob o principal argumento de que consistia o dispositivo em óbice à celeridade que era propugnada pela reforma processual penal empreendida. Sobre esses argumentos do veto presidencial haverá capítulo específico neste trabalho.

Assim, fixadas essas premissas básicas, é possível avançar no tema.

---

<sup>7</sup> NICOLITT, op. cit., p. 375-376.

## 2. A PROVA ILÍCITA E A CONTAMINAÇÃO DO JULGADOR

Desde muito, um dos maiores desafios da ciência é entender o funcionamento do cérebro, em especial, o do cérebro humano. Trata-se de uma estrutura extremamente complexa. Não se pode conceber o cérebro de forma estanque do resto do corpo e também não há como compreender o sentido da mente humana desconsiderando as interações e influências recíprocas, tanto no que concerne a estímulos de ordem interna como externa.

É o que ensina Damásio<sup>8</sup>:

[...] 1) o cérebro humano e o resto do corpo constituem um organismo indissociável, formando um conjunto integrado por meio de circuitos reguladores bioquímicos e neurológicos mutuamente interativos (incluindo componentes endócrinos, imunológicos e neurais autônomos); 2) o organismo interage com o ambiente como um conjunto: a interação não é nem exclusivamente do corpo nem do cérebro; 3) as operações fisiológicas que denominamos por mente derivam desse conjunto estrutural e funcional e não apenas do cérebro: os fenômenos mentais só podem ser cabalmente compreendidos no contexto de um organismo em interação com o ambiente que o rodeia. O fato de o ambiente ser, em parte, um produto da atividade do próprio organismo apenas coloca ainda mais em destaque a complexidade das interações que devemos ter em conta.

A importância de se ter a noção da fisiologia do cérebro humano e das inúmeras atividades por ele desenvolvidas, especialmente no que tange ao processo decisório foi objeto da atenção do Professor Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho em seu trabalho apresentado para a obtenção do título de pós-doutoramento no Instituto de História e Teoria das Ideias da Universidade de Coimbra, em dezembro de 2009:

[...] O cérebro conta com cerca de 10 a 12 bilhões de células nervosas e é a mais complexa estrutura física conhecida. Boa parte delas situa-se no córtex cerebral, a camada de cerca de dois milímetros que envolve o cérebro e que representa o mais evoluído sistema nervoso de um ser vivo. Ele se divide em dois hemisférios, ligados por um feixe de fibras nervosas conhecido como corpo caloso. As pesquisas revelam que cada hemisfério tem preponderância em determinadas funções. O esquerdo controla a fala e o lado direito do corpo; o direito controla o lado esquerdo do corpo e maneja muito bem a percepção emocional. As visões de cada metade direita dos dois olhos são processadas pelo hemisfério esquerdo, enquanto cada metade esquerda dos dois olhos projetam imagens para o lado direito processar. Mas o cérebro dá conta de reunir todas as informações cruzadas. Há separação e certa preponderância de funções entre os dois hemisférios, mas há comunicação entre

---

<sup>8</sup> DAMÁSIO, Antônio R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 17.

eles. Quando se perde a comunicação entre eles, há deficiência em algumas das funções.<sup>9</sup>

Outros componentes que não podem ser desconsiderados no processo de tomada de decisão são as emoções e os sentimentos que, embora denominados abstratos, tem influência concreta no ser humano e são justamente os diferenciais que tornam o ser humano único dentre as espécies terráqueas.

O mecanismo de atuação dos sentimentos e das emoções e a sua importância para o indivíduo foi bem captado por Damásio<sup>10</sup>:

[...] emoções e sentimentos são os sensores para o encontro, ou falta dele, entre a natureza e as circunstâncias. E por natureza refiro-me tanto à natureza que herdamos enquanto conjunto de adaptações geneticamente estabelecidas, como à natureza que adquirimos por via do desenvolvimento individual através de interações com o nosso ambiente social, quer de forma consciente e voluntária, quer de forma inconsciente e involuntária. Os sentimentos, juntamente com as emoções que os originam, não são um luxo. Servem de guias internos e ajudam-nos a comunicar aos outros sinais que também os podem guiar. E os sentimentos não são nem intangíveis nem ilusórios. Ao contrário da opinião científica tradicional, são precisamente tão cognitivos como qualquer outra percepção. São o resultado de uma curiosa organização fisiológica que transformou o cérebro no público cativo das atividades teatrais do corpo. Os sentimentos permitem-nos entrever o organismo em plena agitação biológica, vislumbrar alguns mecanismos da própria vida no desempenho das suas tarefas. Se não fosse a possibilidade de sentir os estados do corpo, que estão inerentemente destinados a ser dolorosos ou apazíveis, não haveria sofrimento ou felicidade, desejo ou misericórdia, tragédia ou glória na condição humana.

Verifica-se que com essa enormidade de elementares que se imbricam no pensamento humano e deságuam na decisão, estruturar e compreender o processo decisório não é tarefa simples, até porque os conceitos de pensamento, raciocínio e decisão apresentam uma linha muito tênue entre si, o que dificulta muita a sua individualização, ou seja, onde começa um e termina outro. Essa problemática foi mencionada por Damásio quando frisou que os “[...] termos raciocinar e decidir estão tão interligados que, por vezes, se confundem.

---

<sup>9</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Estado de Direito e Decisão Jurídica: As dimensões não-jurídicas do ato de julgar*. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Decisão Judicial: A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 88.

<sup>10</sup> DAMÁSIO, op. cit., p. 15.

Phillip Johnson-Laird captou essa estreita interligação sob a forma de uma máxima: “Para decidir, julgue; para julgar, raciocine; para raciocinar, decida (sobre o que raciocinar).”

A frase de Phillip Johnson-Laird causa certa perplexidade, mas retrata bem o círculo vicioso (ou virtuoso, a depender do ponto de vista) do processo decisório, um *loop* de indagações e conclusões que encerra um denso processo reflexivo e que culmina em uma decisão, mesmo que para aquele momento específico.

O juiz no seu decidir não difere de qualquer outro ser humano<sup>11</sup>. Não é infenso às circunstâncias de ordem interna e externa e, portanto, os sentimentos e as emoções também afetam a valoração dos fatos a ele submetidos para julgamento. Tais influxos são percebidos por Prado<sup>12</sup> que parafraseando Luis Recaséns Siches diz que para “[...] o autor, na produção do julgado, destaca-se o papel do sentimento do juiz, cuja importância fica evidenciada até pela etimologia da palavra sentença, que vem de *sentire*, isto é experimentar uma *emoção*, uma *intuição emocional*.” (grifos do original)

Ademais, não se pode conceber o julgador como um autômato<sup>13</sup>, imune aos estímulos do meio-ambiente e às vicissitudes inerentes à sua condição de ser humano, muito pelo contrário, como qualquer pessoa o magistrado traz consigo uma carga emotiva, valorativa e axiológica que são a resultante de suas experiências de vida e que o tornam uma pessoa distinta de qualquer outra na face da Terra.

Em termos de provimento jurisdicional, um dado que não se pode ignorar é a dimensão jurídica do ato decisório, contudo, o cerne da questão não é a inquestionável presença do aspecto jurídico do *decisum*, mas sim, o que se deve perscrutar é o modo como o magistrado irá lidar com essa componente<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. São Paulo: Millennium, 2005, p. 18.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>13</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, prefácio.

<sup>14</sup> CARVALHO, op. cit., p. 88.

O processo de decisão, como se disse, congloba aspectos conscientes e inconscientes.

Como bem percebeu Carvalho<sup>15</sup>:

É inegável que o cérebro cruza informações para bem funcionar. Para pensar, une-se a memória (passado) à percepção (presente) para projetar o futuro. O pensamento constitui a busca de algo que a pessoa queira ou necessite e expressa imensa vontade de criar. Normalmente a consciência está envolvida no ato de pensar e de julgar, mas, como julgamos inúmeras questões ao longo do dia, muitas vezes, a consciência não está presente em todos os momentos. A consciência não é sempre necessária para discriminar, decidir, julgar questões de menor importância. Julgamos, muitas vezes, automaticamente. (...)

O julgamento judicial não é um modo estruturalmente diferente de usar o cérebro. Do mesmo modo que os hemisférios do córtex se comunicam, que as habilidades de cada hemisfério se completam, também o processo decisório judicial é rico em comunicações e percepções, vindas da Constituição, da lei, da jurisprudência, da prova dos autos, das máximas da experiência, das influências externas de ordens variadas (políticas, econômicas, sociais) etc.

Igualmente, o processo decisório judicial pode abstrair-se, em maior ou menor medida, da consciência, quando o inconsciente se interpõe. Ou pode automatizar-se tanto que obnubile a vontade criativa que é a nota essencial do pensamento.

Em matéria de raciocínio humano, não se pode alcançar qual fator teve maior peso para que determinada decisão fosse tomada, não se pode afirmar, sem sombra de dúvidas, que foram os aspectos conscientes ou que foram os inconscientes. Trata-se de uma empreitada impossível. É por essa razão que na seara dos julgamentos judiciais, deve-se ter em mente que a preocupação com a imparcialidade é algo de que não se pode relegar a um segundo plano, sob pena de se fazer tábula rasa do devido processo legal, mormente em sua faceta substantiva.

Com finsas nessa preocupação que Carvalho afirmou o seguinte:

É impossível penetrar nos escaninhos do cérebro humano para demonstrar tal ou qual aspecto assume preponderância no ato decisório. (...)

O que se pretende é, tão somente, trazer à tona as possibilidades de todos esses processos acontecerem também nas decisões judiciais e denunciar que o terreno em que o mundo jurídico se move não é tão seguro como nos fizeram crer por séculos.

A insegurança, de fato, é flagrante. Não raro são os casos de julgamentos que se orientam por fatores “extra-autos”. Um dos casos mais notórios é o julgamento de Jesus Cristo, no qual ocorreram diversas violações do direito vigente à época, principalmente em

---

<sup>15</sup> Ibidem, p. 89.

função do clamor público. Tal clamor e os incidentes processuais havidos durante o julgamento foram habilmente manipulados, em grande parte pelos Saduceus, que lograram condenar o filho de Deus e impingir-lhe a pior das penas à época, a morte por crucificação, a famigerada *crucifagium*. Trata-se do exemplo mais conhecido no mundo de um julgamento injusto e demonstra quão frágeis e influenciáveis podem ser as decisões judiciais, mesmo que bem fundamentadas e amparadas por um silogismo pretensamente escoreito, o que lhes dá cores de justiça.

A esta altura pode-se afirmar que a neutralidade para se julgar é algo inalcançável, uma vez que o juiz é uma pessoa e, como tal, está existencialmente vinculado, trazendo consigo uma carga valorativa, fazendo com que o ato de julgar não se reduza a uma aplicação mecânica, acrítica, valorativamente neutra<sup>16</sup>.

Acerca da neutralidade do juiz, Mendonça<sup>17</sup> indaga para ao final concluir:

[...] Seria o juiz um mero “autômato”, despido de inserção social e de preferências pessoais? Ou talvez um virtuoso e abnegado aplicador do direito positivo? A resposta para tais indagações surge a partir de duas abordagens sobre o magistrado: uma institucional, na qual ele representa um órgão componente da máquina estatal, encarregado de dar solução aos conflitos de interesse; outra pessoal, individual, na qual o juiz é um servidor público, que faz parte de uma sociedade determinada e tem sua atividade inegavelmente influenciada por seus valores culturais e convicções ideológicas.

Essa última faceta aflora, quando da aplicação do direito, pois nesse momento o juiz não é apenas mais uma peça na engrenagem do Estado, mas na verdade um indivíduo pessoalmente identificado, dotado de uma racionalidade própria e que decide os litígios, inegavelmente influenciado por suas experiências pessoais. Nesta situação, torna-se bastante problemático falar-se em neutralidade do juiz. (...) A neutralidade, na primeira hipótese, é um pressuposto; na segunda uma falácia.

Nesse diapasão a Psicanálise vem ao encontro das demais ciências para reafirmar a complexidade dos mecanismos de pensamento e de decisão. Assevera-se a importância tanto do consciente quanto do inconsciente nas tomadas de decisão, não se olvidando do condicionamento dado a esse processo pelos influxos internos e externos relativamente ao julgador.

---

<sup>16</sup> VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. I. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p. 362.

<sup>17</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 10-12.

Nas palavras de Melchior<sup>18</sup>:

A Psicanálise recusa a considerar a consciência como a essência da vida psíquica, vendo nela apenas uma qualidade desta. O Eu não somente deixa de ser ‘senhor da sua própria casa’, como se reduz até contentar-se com informações raras e fragmentadas daquilo que se passa fora da consciência, no restante da vida psíquica. Ao que parece, para racionalistas, só teria sobrado uma saída honrosa: achar pela filosofia contemporânea outra ideia da razão, nas palavras de Merleau-Ponty, uma razão alargada, que pudesse dar conta de todos os progressos do conhecimento. Realmente, é preciso concordar com o mestre de Viena: depois de Copérnico e Darwin, a Psicanálise foi a responsável pela terceira grande ferida sofrida no narcisismo do saber ocidental. Ao produzir uma fratura exposta nos dogmas pregados pela filosofia moderna, a Psicanálise derrubou a razão e a consciência do lugar sagrado em que descansavam. Alcançar a importância desta ruptura é fundamental ao realocamento do sujeito, no caso o julgador, no ambiente do Processo Penal. Ao tornar a consciência um mero efeito da superfície do inconsciente sobre um sujeito despido de suas certezas mais elementares. O edifício frio da neutralidade se desmorona. O conceito de inconsciente cliva a subjetividade e, portanto, remete o pensamento humano para um horizonte bem mais complexo. A emergência de um sujeito cindido, refém de um conflito interno, assusta.

É muito comum ensinar-se que a sentença como ato formal de julgamento, de decisão judicial, deve encerrar em suas linhas o itinerário lógico percorrido pelo juiz até a chegada de sua conclusão. Trata-se do capítulo da sentença denominado de fundamentação (ou motivação) que, em regra, completa a trinca basilar dessa peça decisória juntamente com o relatório e a parte dispositiva. Aqui se trata a sentença como gênero das mais variadas espécies de decisão judicial. É também cediço que é nessa fase, muito cara ao devido processo legal, mormente na vertente adjetiva do contraditório e da ampla defesa, que se deve estabelecer a sustentação lógica dos motivos que levaram o julgador a decidir de tal ou qual maneira, hipótese a que se pode aludir à denominada motivação, típica do Direito Administrativo.

Em sede de decisões judiciais a fundamentação é tão importante que recebeu tratamento constitucional. Assim preceitua o art. 93, IX da CRFB/88, *in verbis*:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

---

<sup>18</sup> MELCHIOR, Antônio Pedro. *Gestão da prova e o lugar do discurso do julgador: O sinthoma político do Processo Penal democrático*. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/4120373/antonio%20pedro%202011.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2013.

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A ausência de fundamentação é sancionada pelo texto constitucional com a nulidade. O que não poderia ser diferente em razão da gravidade do vício que inquina os atos judiciais exarados sem a observância desse pressuposto.

Destarte, sempre foi corriqueira a afirmação de que a fundamentação das decisões judiciais concretizava um silogismo regular, a partir do qual o magistrado amparado na premissa maior (lei) e na premissa menor (fatos), de forma dedutiva, chegava a uma conclusão (decisão judicial)<sup>19</sup>. É o que podemos chamar também de método de raciocínio dedutivo, que se contrapõe ao método indutivo. Ou também de método lógico-substantivo.

Dessa forma, o “[...] método da subsunção resultava, por seu turno, da particular técnica de elaboração da premissa menor do silogismo judiciário, assente na recondução automática de certos factos a determinados conceitos jurídicos.”<sup>20</sup>

No entanto, o silogismo que se apresenta nas decisões judiciais, por mais que possa parecer, não se trata de um silogismo regular. Nessa espécie de silogismo todas as premissas são consideradas e se acham explícitas, ao contrário do que ocorre nos julgamentos judiciais, em que, frequentemente, até por razões de estratégia argumentativa, algumas das premissas são omitidas de modo a robustecer sua capacidade de convencimento das partes, assim como de qualquer outra pessoa que tenha acesso ao *decisum*. Com efeito, “[...] a própria motivação da sentença representa uma tentativa de, por parte do juiz de se convencer as partes e a sociedade do acerto de sua decisão.”<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*: Introdução à problemática científica do direito. Tradução J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 7. ed. rev.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 150.

<sup>20</sup> CANARIS, op. cit., prefácio.

<sup>21</sup> MENDONÇA, op. cit., p. 3.

Trata-se, em verdade, não de um silogismo regular, mas de um silogismo retórico, também chamado entimema.

E quanto a essa conclusão afirma Mendonça que:

[...] a estrutura do ato de decisão judicial, em vez de silogística, como quer Kelsen, é entimemática. Isto porque nem todas as normas utilizadas pelo ato de decisão judicial são efetivamente explicitadas: permanecem não apenas excluídas da fundamentação do ato de decisão judicial, bem como são mantidas de forma oculta. (...) Por conseguinte, o que torna o ato de decisão judicial um entimema não é o fato de não possuir uma estrutura silogística, vez que o entimema também é uma espécie de silogismo, mas, sim, a circunstância de, normalmente, encobrir a sua premissa maior, revelando apenas a premissa menor (o caso trazido a processo que não se confunde com o caso real) e a conclusão (aplicação da sanção penal ou a imediata colocação em liberdade do acusado).

O que se pode asseverar é que o ato de julgamento judicial não se conforma em um silogismo regular, perfeito, ao revés, materializa-se num silogismo entimemático, imperfeito, retoricamente utilizado como sustentação formal para uma decisão tomada sem a observância do percurso necessário atinente ao método dedutivo, de contorno lógico-subsumtivo. O que se afigura comum é que magistrado, no âmbito de seu julgamento, decide antecipadamente e depois busca os fundamentos, elegendo os mais adequados, que serão o substrato de sua decisão, o que pode parecer um silogismo às avessas, se é que assim se pode caracterizá-lo, visto que se trata de uma subversão do processo dessa classe de integração das ideias.

Consoante explica Prado<sup>22</sup>:

Karl Llewellyn acredita que, geralmente, a mente do juiz primeiro antecipa a decisão que considera justa (dentro da ordem jurídico-positiva) e depois procura a norma que pode servir de fundamento a essa solução, atribuindo aos fatos a qualificação apropriada. Percebe-se, por essa observação do autor, a admissão da existência, no processo decisório – sem excluir o prisma legal e o valorativo –, de aspectos extralógicos, relacionados com conteúdos subjetivos do juiz.

E arremata Azevêdo<sup>23</sup>:

Se há uma ordem cronológica na composição do silogismo que, de fato, é utilizado na elaboração do ato de decisão judicial, a norma geral, se realmente existente, vem depois. (...) Não é demais dizer, assim, que a circunstância que realmente determina o ato de decisão judicial, a sua premissa maior, é, por vezes, não mencionada em sua fundamentação, quando não, se afigura inconfessável.

<sup>22</sup> PRADO, op. cit., p. 13-14.

<sup>23</sup> AZEVÊDO, op. cit., p. 172-173.

Verifica-se, então, muitas das vezes, que o juiz, mesmo estando imbuído da mais lídima sinceridade, pode, por meio de seu inconsciente (ou até mesmo da sua consciência) e dos demais aspectos psicológicos que envolvem o raciocínio humano e seus processos de tomada de decisão, ser influenciado a decidir de uma ou outra forma. É a conclusão a que chega Carvalho<sup>24</sup>:

[...] o ato de julgar também tem uma *dimensão inconsciente* que se projeta nas decisões. Por veze, elas ajudam a fazer justiça; outras vezes podem afastá-la. Não se trata de má-fê do julgador, que, na maioria das vezes, está convicto de que está fazendo justiça; mas, às vezes, pode estar sendo traído pelo seu inconsciente. (grifos do original)

Diante dessas circunstâncias, é possível afirmar que o contato do magistrado com a prova ilícita tem aptidão suficiente para condicioná-lo indevidamente a determinada decisão, não sendo bastante o desentranhamento dos autos e a posterior destruição da referida prova (arts. 157, *caput* e §3º do CPP), para proscrever qualquer influxo indesejado. Tal situação se dá porque não é possível ao juiz, ser humano que é, apagar aquela prova de sua memória, elidindo as influências, positivas ou negativas, do seu contato com ela. Por mais convicto (ou não) que esteja o julgador de que não poderá utilizar aquela prova como base de fundamentação, mesmo assim desejando, não lhe é possível neutralizar a dimensão inconsciente no aspecto decisório, o que, por si só, já não garante a imparcialidade requerida para a prolatação do *decisum*.

Assim, contaminado o julgador pelo conteúdo da prova declarada ilícita, resta violada a imparcialidade do julgador, pelo que é seu dever ético a abstenção do ato de julgar em homenagem às bases que erigiram a vedação às provas ilícitas no processo moderno.

Acerca do tema, assim se referiram Friede e Dyrlund<sup>25</sup>:

---

<sup>24</sup> CARVALHO, op. cit., p. 126.

<sup>25</sup> FRIEDE, Reis; DYRLUND, Poul Erik. *Vícios da capacidade subjetiva do julgador: do impedimento e da suspeição do magistrado: (no processo civil, penal e trabalhista)*. 6. ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 6.

*Imparcialidade*, ao lado do equilíbrio e da serenidade, se constituem, por efeito conclusivo, na palavra-chave, no valor máximo a ser buscado, de todas as formas, pelos Membros do Poder Judiciário em sua missão última de produzir – através de suas decisões – o que convencionalmente ousamos chamar de Justa em sua acepção mais ampla. Não é por outra razão, portanto que a *capacidade subjetiva do julgador*, pelo menos em tese, deve ser sempre questionada, incluindo, nesta avaliação, a constatação do real distanciamento do magistrado em relação Às (*sic*) paixões trazidas pelas partes, como bem assim, de suas próprias, permitindo a *razão* e o *ideal Ético (sic)* (a vontade livre dirigida unicamente à realização do bem comum) possam sempre – e em todas as hipóteses e circunstâncias – prevalecer. (grifos do original)

Como na célebre frase de Caio Júlio César: “À mulher de César não basta ser honesta, tem de parecer honesta”. Da mesma forma, à sentença não basta ser justa, tem de parecer justa!

### **3. O VETO AO §4º DO ART. 157 DO CPP À LUZ DO GARANTISMO PENAL**

A reforma processual penal de 2008, especialmente realizada pelas Leis n. 11.689 e 11.690, de 09 de junho de 2008; e pela Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, dentre outras finalidades, destinou-se à efetividade na prestação jurisdicional e à celeridade, sem embargo do fortalecimento do sistema acusatório, do robustecimento das garantias do acusado e da valorização do papel da vítima, sob influência perceptivelmente garantista.

A despeito desse viés jurídico-filosófico, com fulcro no art. 66, §1º da CRFB/88, o Presidente da República, amparado em pareceres do Ministério da Justiça e da Advocacia-Geral da União, decidiu vetar o §4º do art. 157, o que fez nos termos da Mensagem nº 350, de 09 de junho de 2008:

Senhor Presidente do Senado Federal,  
 Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 4.205, de 2001 (nº 37/07 no Senado Federal), que “Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências”.  
 Ouvidos, o Ministério da Justiça e a Advocacia-Geral da União manifestaram-se pelo veto ao seguinte dispositivo:  
§ 4º do art. 157 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, alterado pelo art. 1º do projeto de lei:  
 “Art. 157. ....

.....  
 § 4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.” (NR)

Razões do veto

“O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode 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.

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, 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.”

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, a qual ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Este texto não substitui o publicado no DOU de 10.6.2008 (grifos do original)

O processo penal, a partir de sua natureza instrumental para a realização do Direito penal, detém duas primordiais funções, a saber: a de ser a ferramenta que possibilita a aplicação das sanções penais e a de baluarte dos direitos fundamentais<sup>26</sup>.

Conquanto seja louvável a preocupação da Presidência da República com a administração judiciária, vez que as serventias judiciais encontram-se a cada dia mais assoberbadas de trabalho em face do volume estratosférico de demandas propostas, não se afigura difícil notar o quanto se perdeu em qualidade jurisdicional em termos de justiça e de defesa das garantias constitucionais com o veto do §4º do art. 157 do CPP. Em primeiro lugar, porque como amplamente comprovado em linhas transatas, o magistrado que não conseguirá apagar de sua mente a prova declarada ilícita; em segundo lugar, porque o art. 5º, LVI da CRFB/88 não se satisfaz com o mero desentranhamento das provas consideradas ilícitas, mas sim, com a sua desconsideração para qualquer fim, inclusive o de fundamentação da decisão judicial.

---

<sup>26</sup> SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78.

Não se pode transigir com valores tão importantes quando se objetiva construir um Estado de Direito que tenha por base e finalidade a proteção das pessoas contra o exercício arbitrário do poder, principalmente na senda do Direito Penal, terreno altamente movediço, até porque, “[...] sabemos que um direito penal totalmente “com verdade”, se se entender “verdade” em sentido objetivo, representa uma utopia que é tão importante perseguir quanto ilusório e perigoso acreditar que seja possível alcançar.”<sup>27</sup>

Segundo Castro<sup>28</sup>:

Independentemente das interações que o princípio do Estado de Direito encontra explícita ou implicitamente no texto constitucional, sobressaem os pressupostos subjacentes contidos no tripé: juridicidade, constitucionalidade e direitos fundamentais. O objetivo do Estado de Direito é garantir um ambiente de paz social, com segurança jurídica, que é a certeza de que há previsão legal a orientar as ações estatais e individuais. A dignidade da pessoa humana é intangível e exige respeito e proteção do Poder Público. É ainda, princípio conformador e informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Grande parte da doutrina brasileira em seus manuais e escritos acerca da reforma do art. 157 do CPP, sequer menciona o vetado §4º, não obstante a sua notória importância científica e prática.

Dos poucos que se aventuram, colhem-se alguns exemplos de defensores do veto presidencial, por todos Marcellus Polastri Lima. Contudo, a maioria, notadamente adeptos do um modelo garantista, posiciona-se contrariamente a ele, justamente pelos aspectos até aqui explorados, a impossibilidade do apagamento mental por parte do magistrado em relação à prova declarada ilícita e o descompasso com o princípio constitucional da vedação das provas ilícitas sob o lume garantista.

Nessa esteira Lopes Jr.<sup>29</sup> assim se manifesta:

Mas tinha algo nesse projeto que representava uma grande evolução, rumo ao desvelamento do infantil (ou perverso?) cartesianismo vigente. Era o §4º do art. 157,

---

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 90.

<sup>28</sup> CASTRO, Raimundo Amorim de. *Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 63.

<sup>29</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 604.

cuja redação original era: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

E ainda, sobre a denominação de *descontaminação do julgado* assevera Lima<sup>30</sup>:

O objetivo do dispositivo era evitar que o juiz que tivesse contato com a prova ilícita viesse a julgar o caso, pois não teria isenção de ânimo suficiente para apreciar o caso concreto com a imparcialidade que dele se espera. É o que se denomina de descontaminação do julgado.

Assim, pode-se verificar que o veto presidencial ao §4º do art. 157 do CPP, ainda que destinado a promover a celeridade e a simplicidade do processo penal, foi indevido e provocou a não entrada em vigor de um dispositivo de fulcral importância no que concerne à garantia de um julgamento justo e imparcial, o que demandaria a atuação do Poder Legislativo, consubstanciado em sua legitimidade democrática, uma vez que autêntico representante do povo, para efetuar a derrubada do veto em comento, nos termos do que dispõe os §§ 4º e 5º do art. 66 da CRFB/88.

Todavia, mesmo diante de eventual manutenção do veto pelo Congresso Nacional, o magistrado, pode afastar-se de julgar tais casos em que teve contato com a prova ilícita, alegando razões de foro íntimo, em analogia ao que preceitua o Código de Processo Civil no seu art. 135<sup>31</sup>, ou até mesmo considerando que o rol previsto no art. 254 do CPP é *numerus apertus*, ou seja, meramente exemplificativo. É a lição de Nicolitt<sup>32</sup>:

O Código de Processo Civil prevê as possibilidades de suspeição por motivos de foro íntimo, que independem de motivação (parágrafo único, art. 135, CPC). Não existe tal previsão no Código de Processo Penal. Não obstante, parece-nos que em função dos bens jurídicos tutelados no processo penal, com maior razão, poderá o juiz aplicar analogicamente o parágrafo único do art. 135 do CPC e dar-se por suspeito por motivo íntimo. Vale lembrar que parte da doutrina sustenta que o rol do art. 254 não é taxativo e sim, exemplificativo, podendo haver outras causas, não previstas a darem ensejo à suspeição, desde que sejam capazes de macular a imparcialidade do julgador.

Quando ocorrer qualquer causa de impedimento ou suspeição o juiz, de ofício ou por provocação das partes, a declarará, remetendo os autos ao juízo substituto ou tabelar.

---

<sup>30</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. V. I. Niterói: Impetus, 2011, p. 916.

<sup>31</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves; SILVA, Luiz Cláudio. *Manual de processo e prática penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 231.

<sup>32</sup> NICOLITT, op. cit., p. 221.

Declarando-se suspeito por qualquer dos fundamentos acima expostos, o juiz estará agindo como verdadeiro juiz de garantias, adequando-se na *ratio* do art. 5º, LVI da CRFB/88, em perfeito alinhamento com os ideais do modelo garantista, e evitando a prolação de um julgamento sem a isenção de ânimo desejada.

A esta altura, as preciosas palavras de Carvalho<sup>33</sup> caem como uma luva:

O juiz não precisa se tornar um sábio antes de se tornar juiz. Convém, porém, perceber exatamente isso: que não é sábio, que não é infalível, que não detém a verdade. Assim, com humildade, começará sua jornada em busca de ser o mais justo possível.

## CONCLUSÃO

Chegando ao final deste estudo, que se deu a partir do estudo propedêutico dos pilares da inadmissibilidade da prova ilícita no ordenamento jurídico e na doutrina pátrias, com o manejo de sólidos argumentos de cunho biológico, psicológico e psicanalítico foi plenamente possível a comprovação de que a prova ilícita, mesmo desentranhada dos autos, inflige ao julgador enorme carga valorativa, impedindo-o, de forma absoluta, de exercer um julgamento imparcial e justo, no contexto da inadmissibilidade da consideração da prova ilícita.

Também se logrou revelar que o veto presidencial ao §4º do art. 157 do CPP acabou por desprestigiar uma prestação jurisdicional justa e imparcial, quando deu enfoque primordial à garantia da celeridade e da simplicidade do processo em detrimento das demais garantias constitucionais, mormente a insculpida no art. 5º, LVI da CRFB/88, uma vez que ignorada a sua *ratio essendi*. A fundamentação do veto em tela não se coaduna com o espírito da reforma processual penal de 2008, de notório matiz garantista, e demonstra uma preocupação que se volta para o aspecto quantitativo (produtividade) da atividade jurisdicional e não, como deveria ser, com seu aspecto qualitativo, considerando que nessa

---

<sup>33</sup> CARVALHO, op. cit., p. 134.

senda estão em jogo os bens jurídicos mais caros à dignidade da pessoa humana. É flagrante o descompasso entre as razões do veto e os primados do Garantismo Penal que se pretendia robustecer com a alteração da legislação processual penal de 2008, o que, de certa medida, imporia ao Congresso Nacional a derrubada do veto em homenagem ao modelo processual penal garantista que se pretendia fortalecer.

Conclui-se, então, que não basta o mero desentranhamento da prova ilícita dos autos, há a necessidade pungente de tornar o julgador que teve contato com a prova declarada ilícita absolutamente impedido de julgar o feito.

Em última análise, mesmo em face do veto presidencial ao §4º do art. 157 do CPP, existem saídas jurídicas viáveis para o magistrado que objetiva zelar pela isenção de seus julgamentos, a saber: a aplicação do art. 254 do CPP (casos de suspeição), sob o entendimento que se trata de rol exemplificativo; ou a aplicação analógica do art. 135 do CPC (razões de foro íntimo).

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti; TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2012.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *O ato de decisão judicial: uma irracionalidade disfarçada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 29 set. 2013.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 out. 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 29 set. 2013.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 jan. 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 05 out. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de criminologia*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Estado de Direito e Decisão Jurídica: As dimensões não-jurídicas do ato de julgar*. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Decisão Judicial: A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. Madri: Marcial Pons, 2012.
- CASTRO, Raimundo Amorim de. *Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas*. Curitiba: Juruá, 2007.
- DAMÁSIO, Antônio R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FRIEDE, Reis; DYRLUND, Poul Erik. *Vícios da capacidade subjetiva do julgador: do impedimento e da suspeição do magistrado: (no processo civil, penal e trabalhista)*. 6. ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita, juiz contaminado e o Direito Penal do inimigo*. Disponível em: [http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20080716181236305](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080716181236305). Acesso em: 15 jan. 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: Introdução à problemática científica do direito*. Tradução J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 7. ed. rev.. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. V. I. Niterói: Impetus, 2011.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MELCHIOR, Antônio Pedro. *Gestão da prova e o lugar do discurso do julgador: O sintoma político do Processo Penal democrático*. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/4120373/antonio%20pedro%202011.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2013.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. São Paulo: Millennium, 2005.

SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Franklyn Roger Alves; SILVA, Luiz Cláudio. *Manual de processo e prática penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. I. São Paulo: Axis Mundi, 2003.