

De quem viola direitos e garantias fundamentais, o inimigo sou eu

21/06/2019



Parafraseando Von Liszt, o processo penal é a barreira

intransponível do Direito Penal. Deve-se conceber que o processo é a *strumentalità*, o caminho estreito, pelo qual se aplica o Direito. Não se trata de instrumento com finalidade exclusiva de aplicação da pena. Antes, o processo é instrumento a serviço do processo democrático, que tem por conteúdo “a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário”[1].

No entender de Jakobs, que aborda a legitimidade de um tratamento diferenciado àqueles que rotula como inimigos, deveria existir um direito penal do cidadão e outro direito penal do inimigo, para a preservação do próprio direito penal do cidadão[2]. Assim, nesse espaço, idealizou-se a corrupção como um inimigo e, com táticas de uma guerra-onde-tudo-vale, fere-se de morte a Constituição para combater esse inimigo.

Ocorre, que a confusão dos conceitos de “guerra” ou “combate à” com o processo penal faz nascer inimigos de ambos os lados. Há os inimigos daqueles que ferem o sistema acusatório; transgridem o processo penal; violam os princípios e garantias fundamentais; e esbofeteiam a face da Constituição Federal. Desses, o inimigo sou eu!

No dia 9 de junho, o site *The Intercept Brasil* iniciou a revelação de conversas ocorridas entre o ex-juiz e membros do Ministério Público responsáveis pela operação “lava jato” em Curitiba. Os diálogos apontam para a existência de relações espúrias, tramas processuais e a corrupção daqueles que se diziam paladinos de combate, justamente, à... corrupção.



Não se tratava da “corrupção penal tradicional” (solicitar ou receber vantagem indevida). Ao que tudo indica, tratava-se de corrupção sistêmica institucionalizada. Buscou-se corromper o “ser”, desvirtuando a verdadeira função do Estado-juiz para satisfazer, única e exclusivamente, seus anseios, interesses pessoais e aprovação do grande público para se estabelecer um projeto de poder. Mais do que isso, corrompeu-se o devido processo e a garantia de ser julgado por um juiz imparcial, de forma jamais vista.

O primeiro argumento levantado pelos (agora) fiscais da lei (antes travestidos unicamente de órgão de acusação-inquisidor) foi da ilicitude das provas *hackeadas* de seus telefones. Sabemos todos da proteção constitucional do sigilo das comunicações e também, por outro lado, da inexistência de direitos absolutos.

Não se pretende com isso a “convalidação” da prova ilícita em lícita. Em relação à utilização dessas provas contra o juiz ou os procuradores, desejamos que tenham bons advogados, que sofram um processo justo, presidido por um juiz verdadeiramente imparcial, que respeite o princípio acusatório e seus direitos e garantias fundamentais.

Mas é interessante que esse mesmo ex-juiz, ao vazar ilicitamente conversas telefônicas, no passado, argumentou em torno da supremacia do interesse público e a necessidade de que o povo tomasse conhecimento daqueles diálogos. O mesmo poderia ser invocado agora. Ou ainda, quem não lembra da tese de admissibilidade da prova ilícita, sustentada nas “10 medidas anticorrupção” (na verdade, “anti-a-Constituição”) por essas mesmas autoridades que agora a demonizam?

Também é inevitável não questionar: será que Moro ou qualquer dos procuradores da República gostaria de ser julgado em um processo onde o MP e o juiz trocam mensagens privadas para definir “estratégias”; o juiz indica uma “fonte séria” para o MP ir atrás; encomenda uma “nota” para rebater o “showzinho da defesa”; onde o juiz sugere que determinada procuradora faça treinamento porque “para inquirição em audiência ela não vai muito bem”; enfim, mantém uma relação com esse nível de promiscuidade e intimidade?

Você, leitor(a), faça um exercício imaginético e se coloque como réu nesse processo, gostaria de ser julgado nesse “faz de conta” processual? Responda honestamente... Elementar que não.

É indene de dúvidas que uma prova obtida por meio ilícito deve sempre ser admitida em um processo quando esta for beneficiar o réu[3]. Trata-se da teoria da admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade *pro reo*, admitida pela maioria da doutrina e jurisprudência pátria. E mais, ainda que a prova ilícita fosse obtida por um dos réus no processo, ainda assim deveria ser aceita, pois estariam acobertados por uma espécie de legítima defesa ou estado de necessidade para provar a nulidade ocorrida no processo ou sua inocência. Mas recordemos que, no caso em tela, as provas foram obtidas por terceiros e disponibilizadas publicamente. Ou seja, qualquer acusado em um desses processos maculados pela atuação de um verdadeiro consórcio de justiceiros e um juiz absolutamente parcial e comprometido poderia usar essa prova sem nenhuma conexão com a ilicitude originária. É, verdadeiramente, uma prova obtida por fonte independente, como consagra o artigo 157 do CPP, e nem ilícita poderia ser considerada.

Assim, o fato é que as conversas revelaram uma relação promíscua entre o órgão de acusação e o órgão julgador, uma verdadeira *protocooperação* velada. Na biologia, *protocooperação* é a relação entre indivíduos em que, apesar de viverem independentemente um do outro, estabelecem uma afinidade para que ambos sejam beneficiados. Um exemplo é a relação entre aves-palito e os crocodilos, onde o crocodilo abre a boca e permite que a ave-palito pouse dentro dela para se alimentar. Assim, o crocodilo fica livre das sujeiras, e a ave-palito obtém alimento de maneira fácil e segura.

Por essa metáfora, vê-se a possibilidade de o órgão acusador mostrar as imperfeições, defeitos e sujeiras das acusações de suas mandíbulas. Assim, sem pestanejar, o julgador, desconsiderando a posição de estranhamento, alheamento (*terzietà*) que deve manter, foge da sua função imparcial e se prontifica a orientar o modo de atuação, dá estratégias sobre as ordens das operações, reclama da inércia das investigações e estimula notas para agredir o exercício da defesa, tratando-a como mero “showzinho”.

As conversas reveladas evidenciam uma amizade íntima entre o ex-juiz e os procuradores, além do claro e direto aconselhamento do ex-juiz ao Ministério Público — o que fere diretamente os incisos I e IV, do artigo 254 e a igualdade de tratamento prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos. Sem falar que fere de morte o princípio supremo do processo penal: a imparcialidade do juiz.

Mas propomos aqui mais um exercício de imaginação: nos diálogos vazados existem diversos grupos de conversas. Há o grupo onde procuradores conversam entre si e há os grupos de procuradores que conversam com o ex-juiz. Assim, mentalmente, vamos trocar o nome de “Moro” pelo nome de qualquer procurador.

Ao realizar essa troca, veremos que não há diferença no diálogo ou no modo de atuação. A maneira com que o ex-juiz orquestrava os fatos, indicava provas, zombava da defesa ou auxiliava em como atuar em audiência mostrava que seu papel ali era de qualquer coisa, menos de juiz. A confusão do papel do Estado-juiz com o órgão de acusação foi tamanha que não é um exagero dizer que se tratou de hipótese de impedimento (artigo 252 do CPP), e não de suspeição, pois o que se vê nos diálogos é que o ex-juiz verdadeiramente desempenhou a função de acusador, ferindo o artigo 252, I e II, do Código de Processo Penal. Desse modo, mortalmente ferida está a imparcialidade.

É a posição do juiz do processo penal que define a eficácia do contraditório e, principalmente, a sua imparcialidade[4]. É o respeito ao sistema acusatório e aos direitos e garantias fundamentais que demonstra a evolução do processo penal. A simbiose existente entre as funções de julgador e de acusador evidencia uma tentativa de ressurreição típica do sistema inquisitivo, onde a figura do juiz se confunde com a do acusador, agindo fora dos parâmetros legais, sem paridade de armas entre acusação e defesa, porque a figura da acusação também se confunde, justamente, com a figura do juiz.

No caso *Piersack vs. Bélgica*, o Tribunal Europeu de Direitos humanos afirmou que “todo juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de julgar o processo. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem

inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática".

Assim, quem perde com a parcialidade do Poder Judiciário é o próprio Poder Judiciário. Como afirmava Ihering, "para a autoridade judiciária que tem violado o direito não há acusador mais terrível que a figura sombria e continuamente ameaçadora do homem, que a lesão do sentimento legal tornou criminoso; é a sua própria sombra sob traços bem sanguinolentos"[5].

Daqueles que se corrompem da verdadeira função estatal, ferem o sistema acusatório, entram em conluio para admitir provas ilícitas, violam direitos e garantias fundamentais, o inimigo sou eu! Não se combate corrupção com corrupção! E o grupo de inimigos deve crescer a cada dia, sob pena de se derrubar a República e tornar letra morta o Estado Democrático de Direito apregoado pela Constituição Federal.

Do que se mostrou dos diálogos até agora, a alegada corrupção foi investigada e julgada, também, com fatura de corrupção. Corrupção do devido processo, corrupção da imparcialidade, corrupção das regras mais mezinhas do processo penal. Mas, afinal, a lei é para todos? Quem são os corruptos nesse imbróglio?

[1] LOPES Jr. Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 57.

[2] JAKOBS, Gunther. Derecho penal del enemigo. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003. p. 42.

[3] LOPES Jr, Direito processual penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 398.

[4] LOPES Jr. Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 195.

[5] IHERING, Rudolf Von. A luta pelo Direito. Coleção a obra prima de cada autor. p. 44.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-jun-21/limite-penal-daqueles-violam-direitos-garantias-fundamentais-inimigo-sou-eu/>