

## Retrospectiva 2014: Advocacia criminal segue na luta pela liberdade

Spacca

Um jovem negro despojado de suas roupas, amarrado ao poste, depois de ter sido surrado. Poderia ser uma imagem de Debret, retratando o Rio de Janeiro escravista, se não tivesse estampado a primeira página dos jornais deste ano.

Parte da opinião pública se regozijou com a punição exemplarmente infligida ao ladrão de bicicleta. Se a repressão oficial é omissa, acusaram alguns, que a lei seja ditada com a força das próprias mãos.

Provando que o advogado consciente de sua função social é, antes de tudo, um cidadão, os criminalistas logo saíram em defesa dos valores fundamentais de nossa Constituição. Falaram em nome de um processo justo: não se pode confundir vingança com justiça, nem barbárie com civilização.

Exerceram ativamente sua liberdade de expressão em defesa das condições de existência da própria liberdade. Prestaram sua contribuição para que a dignidade do Estado de Direito não acabasse, também ela, aviltada num poste de esquina.

O que mais nos disse esse ano sobre a incessante luta que a liberdade trava no campo da lei, representada pela advocacia criminal?

### Um ano em que os criminalistas deram seu sangue

Ao final de 2013, neste mesmo espaço, nosso querido criminalista Márcio Thomaz Bastos expôs suas reflexões a respeito dos grandes acontecimentos que marcaram a advocacia criminal naquele ano.

Dentre outros pontos, ressaltou a problemática extinção do *habeas corpus* substitutivo, arriscando dizer que a nova guinada jurisprudencial não desafogaria os tribunais superiores. E de fato não desafogou.

Recente pesquisa feita pela FGV, encomendada pelo Ministério da Justiça justamente em razão dessa mudança na orientação jurisprudencial do STF e com vistas a conhecer o real motivo da altíssima demanda de HCs nas cortes superiores, aponta que, durante os cinco anos analisados (2008-2012), foram impetrados, em média, 180 pedidos de HC por dia no STJ e 30 no STF. O Tribunal de Justiça de São Paulo foi o líder isolado dentre as cortes que mais enviaram pedidos de HC ao Supremo e ao STJ, com 44% do total. Um número realmente surpreendente, que não diminuiu com as mudanças implementadas.



Isso porque as ilegalidades não pararam de ser cometidas e a jurisprudência dos tribunais continuou a ser desrespeitada. O não-conhecimento do HC não resolveu o problema, como se fosse possível eliminar o sintoma sem tratar as causas da patologia. O remédio constitucional é ministrado na exata dosenecessária para tratar a doença da arbitrariedade. Ninguém deixará de recorrer por conta disso, nem o advogado, nem a defensoria, seja por recurso ordinário, seja por HC substitutivo.

Não à toa, o próprio ministro Marco Aurélio, que deu início a toda essa discussão, declarou recentemente que “muitas ponderações têm sido feitas, calcadas na garantia do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, a revelar que será concedido *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação ao direito de ir e vir, por ilegalidade ou abuso de poder (HC 110.328, 1ª Turma, 11.11.2014)”. Ou seja, reconhece a necessidade da existência desse remédio constitucional, ainda que a ordem tenha de ser concedida de ofício.

Outra tendência examinada na retrospectiva do ano passado foi a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). Em um ano de vigência, nota-se uma grande movimentação do mercado empresarial no intuito de adequação das políticas das companhias às novas regras de *compliance* instituídas: um verdadeiro avanço para a sociedade brasileira.

Por outro lado, até hoje, a lei não foi regulamentada, o que gera insegurança jurídica e entraves até mesmo para o ajustamento das empresas aos dispositivos legais. Além disso, esse decreto regulamentar certamente servirá de referência para a edição de normas pelos estados e municípios. Corre-se o risco de haver um desajuste entre as normas federais e as locais. Alguns estados — como São Paulo, Tocantins e Paraná — já se anteciparam.

Outro grande marco de 2014 foi a Operação Lava Jato, responsável por surpreender diariamente a advocacia criminal com seus abusos e ilegalidades. Desde seu início, em todas as suas fases, assistiu-se à banalização de prisões temporárias e preventivas, decretadas com vistas à espetacularização e não ao cumprimento da lei.

Mais que isso, prendia-se como forma de justificação ou pressão psicológica, com o claro intuito de obter confissões e denúncias, já que a libertação dos presos era sempre condicionada ao famoso instituto da delação premiada. Os requisitos das prisões eram desconsiderados de imediato a partir do momento em que um acordo de delação era firmado pelo investigado. Nunca se viu uma operação policial com tantos acordos de colaboração celebrados. Reflexões éticas à parte, chama a atenção o fato de algumas das medidas cautelares terem sido decretadas e denúncias terem sido oferecidas com base em informações fornecidas por delatores — e nada mais.

Isso tudo sem falar no festival de vazamentos de informações e documentos sigilosos. Diariamente nos jornais era possível ter amplo acesso aos dados das investigações às quais nem mesmo o advogado constituído nos autos que comparecesse ao cartório da Vara Federal conseguiria obter.

Outro evidente absurdo foi constatado quanto ao foro privilegiado. A jurisprudência recentemente reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da AP 470, determina o processamento e julgamento de todos os réus pela corte quando presente um acusado que faz jus ao foro

---

por prerrogativa de função. No entanto, vários defensores questionam a presença de parlamentares desde o início das investigações da Operação Lava Jato e ninguém sabe o porquê de os autos não terem seguido para o STF.

Não poderíamos, contudo, deixar de mencionar a importância de referida operação policial para a nação brasileira, tendo em vista que todo o trabalho feito até agora provocou um saudável e necessário debate sobre as políticas de combate à corrupção.

Como não poderia deixar de ser, a famigerada Ação Penal nº 470 voltou ao foco dos holofotes no ano de 2014. Presos ao final do ano passado, os acusados vinham cumprindo suas penas nas horripilantes penitenciárias brasileiras, nas mesmíssimas condições subumanas às quais estão submetidos milhares de outros presos, o que satisfaz o anseio de punição da opinião pública que acompanhou de perto o *reality show* do mensalão.

Seguindo os trâmites normais de toda e qualquer execução penal, os réus deram início à remissão de suas penas com estudos e trabalhos internos e externos. Conseguiram, aos poucos, progredir de regime. Mesmos dentro da lei, a reação popular foi imediata. Um emprego qualquer em um escritório de advocacia, um simples cargo em uma empresa privada, uma parada no McDonald's para almoço — cada passo foi observado com lupa pela sociedade e com isso eram linchados réus, advogados e empregadores. Mais uma vez assistimos atônitos ao massacre midiático da AP 470, como se não houvesse Lei de Execução Penal a ser respeitada.

A propósito desse processo, mais um grande tema veio à tona: as entranhas do animalesco sistema carcerário brasileiro, que foram expostas internacionalmente. Henrique Pizzolato, um dos réus dessa ação penal, que estava foragido na Itália, teve sua extradição negada pelos magistrados da Corte de Apelação de Bolonha, em razão do “risco do preso receber tratamento degradante no sistema prisional brasileiro”.

Considerou-se legítimo indeferir a devolução do preso ao seu país de origem uma vez que as penitenciárias locais não preservam a integridade física e moral dos encarcerados, violando direitos humanos essenciais ao cidadão. A barbárie diária no complexo penitenciário de Pedrinhas, que resultou recentemente na condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos, é mais um exemplo do colapso do sistema prisional brasileiro. Notícia vergonhosa para o país e um grande alerta para as autoridades.

Em continuidade a um fenômeno que já vinha acontecendo em 2013, a cooperação jurídica entre as autoridades brasileiras e estrangeiras se intensificou no âmbito penal de diversas maneiras e em diferentes esferas. É cada vez maior o número de indivíduos e pessoas jurídicas que são investigadas por autoridades nos Estados Unidos da América e no Reino Unido pela suposta prática de crimes de corrupção, de acordo com o FCPA e o *UK Bribery Act*. Recentemente, foi noticiado que a Petrobrás, sociedade de economia mista envolvida em inúmeros escândalos no Brasil, encontra-se também na lista de empresas investigadas pelas autoridades norte-americanas (SEC e DOJ).

Outro importante sinal do estreitamento de laços entre os países foi a adesão do Brasil ao FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*), programa instituído pelos Estados Unidos da América que visa a

combater a evasão fiscal. Consoante suas disposições, as instituições financeiras se obrigam a reportar às autoridades fiscais dos EUA dados sobre os correntistas norte-americanos. Em setembro desse ano, o Brasil ingressou no programa, estabelecendo a reciprocidade entre os países, de modo que as instituições financeiras norte-americanas também se responsabilizam pelo envio de informações bancárias de cidadãos brasileiros.

De um lado, tem-se uma medida extremamente positiva de aproximar autoridades estrangeiras no combate ao crime e à evasão fiscal. De outro, tem-se uma cooperação automática sem qualquer respaldo em decisão judicial, em franco desrespeito às leis pátrias, o que pode gerar inúmeros questionamentos perante as nossas autoridades e impedir a utilização dos dados obtidos.

Também a demonstrar essa cooperação entre países, foi efetivada nesse ano a prisão de um dos brasileiros mais procurados pela Polícia Civil do Estado de São Paulo. Há quase quatro anos foragido, Roger Abdelmassih foi localizado e preso devido ao auxílio do governo paraguaio. Após investigação conjunta da polícia paraguaia e brasileira e um procedimento de deportação sumária, Abdelmassih voltou ao Brasil, onde cumpre a pena que lhe foi imposta em caráter provisório.

Caminhando a passos lentos, viu-se a tramitação do projeto do novo Código Penal (PLS 236/2012) seguir, trazendo modificações que objetivam, sobretudo, recrudescer as normas repressivas.

A responsabilização da pessoa jurídica em crimes de corrupção, o aumento da pena mínima de tipos penais de corrupção passiva e ativa, o aumento do rol de crimes hediondos e a sua inserção no diploma penal são algumas das mudanças pretendidas que aguardam aprovação na Comissão de Constituição e Justiça do Senado e logo passarão pela apreciação do Plenário daquela Casa.

Uma pena a ausência de um maior debate sobre as alterações sugeridas, que seguem na linha de uma maior punição como a panaceia contra todos os males.

## Os criminalistas perdem uma referência fundamental

Spacca

Márcio Thomaz Bastos, que há pouco nos deixou, já era uma lenda em vida. Ele personificava o modelo arquetípico do advogado por vocação. Sua influência sobre a prática da advocacia criminal é inestimável. Não formou alunos, mas projetou excelentes profissionais. Muitos de nossos melhores escritórios foram por ele impulsionados.

Logo abandonou a proposta mercantil de emprestar seu inigualável prestígio à fundação de uma escola de advocacia. Sempre se preocupou, contudo, em compartilhar um saber feito de experiências, que não se ensina em nenhuma academia.

Estava convencido de que o nobre ofício do defensor constitucional da liberdade só se aprende com esforço diário, diante do espelho dos grandes mestres, à constelação dos quais foi se juntar. Trabalhou até no último dia



de sua vida, orientando uma defesa. Honrou a confiança do réu que o escolhera para ser o porta-voz qualificado de seus direitos fundamentais.

Consagrou um grande estilo da arte de advogar — e, nesse sentido, fez escola. Como o brilho dessa estrela pode guiar a prática dos novos profissionais, em navegação segura pelos mares tormentosos da advocacia criminal?

Sua marca é um improvável equilíbrio. Prudência sem hesitação. Ousadia sem temeridade. Calma com emoção. Poder sem abuso. Autoridade sem prepotência. Elegância sem afetação. Sabia manter a tranquilidade, quando todos ao redor já haviam perdido a cabeça.

Foi um aguerrido defensor dos valores constitucionais, dotado da visão política ampla do estadista. Talvez por isso, foi um dos melhores ministros da Justiça que o país já teve.

Nunca abriu mão do rigor técnico na aplicação do direito, sempre atento aos preceitos éticos da profissão. Entre eles, honrando uma antiga tradição, valorizava o dever de não regatear uma migalha de direito a quem o tivesse, mesmo diante da execração pública, e independentemente de sua opinião particular sobre a culpa do acusado. Quando jovem, certamente leu o discurso que Rui Barbosa dirigiu aos formandos da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, e seguiu à risca as suas orientações.

Sempre foi solidário com o sofrimento do réu, a quem não ousava julgar. Numa causa, vestia a camisa de seus clientes. Não fingia defendê-los, cumprindo burocraticamente formalidades processuais. Sabia, contudo, que o advogado não se confunde com a pessoa em nome da qual fala, mantendo, como representante, uma distância profissional adequada de seu representado.

Segundo esse modelo de atuação profissional, a advocacia — tanto quanto o jornalismo que verifica a informação e ouve o outro lado — é um ofício tolerante por definição. Percebia que os excessos da paixão cega pela justiça também podem levar a consequências trágicas.

Até a virtude precisa de moderação, lembrava um pensador político que gostava de consultar. De Montesquieu também guardou a noção de que o governo das leis é preferível ao governo dos homens, e que uma comunidade só pode prosperar pacificamente se estiver assentada sobre a base de instituições sólidas.

Seu último artigo, publicado recentemente pela Associação dos Advogados de São Paulo, oferece ao debate público um modelo de política de combate à corrupção. Insiste na inadiável reforma do sistema eleitoral, com atenção para o financiamento mais transparente das campanhas políticas.

Nesse plano de ação governamental, ele também propõe o fortalecimento dos mecanismos de *compliance* das empresas públicas e privadas, sem prejuízo da indicação oficial de critérios técnicos para a nomeação de cargos em confiança.

Como homem público, sua obra vem sendo justamente homenageada: as lutas pela criação do Conselho Nacional de Justiça, pela transparência na administração pública, pelos direitos dos índios, pela autonomia das defensorias públicas, pelo fortalecimento da Polícia Federal, pelo aperfeiçoamento das

regras sobre lavagem de dinheiro, entre muitas outras.

Como advogado dos advogados negros, defendeu a constitucionalidade das cotas para acesso à universidade. Comprometeu-se com uma política que, entre outras, pode ajudar a fixar definitivamente nas telas do passado as imagens pitorescas do Brasil, como aquela que inaugura esta retrospectiva. Um *amicus* respeitável do Supremo Tribunal Federal e das boas causas da cidadania.

Nessa retrospectiva, contudo, ressaltamos nem tanto a biografia do líder da Ordem dos Advogados do Brasil, nas batalhas pela conquista da redemocratização do país e pela afirmação de uma Constituição republicana, mas, sobretudo, a perda de uma referência fundamental para a comunidade dos advogados criminalistas. É sobre um modo especial de exercer a advocacia que estamos falando.

Para os que tiveram o privilégio de apreciar de perto seu talento em ação, seu estilo tem um sentido exemplar, que merece ser compartilhado. Foi um advogado, por excelência, da causa da advocacia. Seu horizonte, contudo, ultrapassava o mero corporativismo.

Gostava de se definir, com toda justiça, como um orador moderno, capaz de se expressar para além das barras estreitas dos tribunais. Comunicava bem porque sabia ouvir melhor. Implicava com os excessos de adjetivação. Renovou a retórica forense buscando a simplicidade da linguagem, sem despojá-la de sua força expressiva.

Abominava a mania citatória, os ornamentos rebuscados e a sabedoria acaciana que tornam nosso meio jurídico tão curioso aos olhos do restante da sociedade. Um exímio esgrimista da palavra, como nos quadros de seu escritório ornado pelas mesas que um amigo, o arquiteto Rui Ohtake, desenhou com toda leveza, especialmente para acomodar aquelas reuniões decisivas para a vida de tantos aflitos.

Um grande homem certa vez disse, com a simplicidade sublime dos verdadeiros gênios, que o importante na vida não eram os méritos que todos lhe atribuíam, mas sim os mestres que o educaram e as pessoas que ele amou, e que o amaram. Márcio foi professor, sendo colega. Gostava de conviver e fez muitos amigos ao longo de sua jornada.

Reuniu uma rara conjunção de qualidades pessoais e profissionais. O que em outros aparece como contradição insolúvel, nele se harmonizava pela grandeza de espírito.

São poucos os “monstros sagrados” com a mesma estatura. Graças à sua generosidade em relação ao talento. Contudo, há muitos que podem e devem transmitir o melhor de seu exemplo de vida às novas gerações de profissionais, em sua renovada e árdua luta pela liberdade, que continua no novo ano que se abre à bela aventura da advocacia criminal.

### **Date Created**

31/12/2014