
Márcio Thomaz Bastos: “O Direito Penal brasileiro na encruzilhada”

*Márcio Thomaz Bastos foi sempre um defensor intransigente do Direito de Defesa e do papel do advogado no Estado Democrático de Direito. A pedido da revista eletrônica **Consultor Jurídico**, Thomaz Bastos escreveu em 2012, à guisa de Retrospectiva do ano que terminava, um candente artigo em que expunha seu ponto de vista sobre a advocacia criminal, à época sob cerrado fogo de alguns setores mais exaltados da sociedade. O tema continua atual. Releia-o:*

A importância da advocacia criminal é diretamente proporcional à tendência repressiva do Estado. Nunca o esforço do advogado criminalista foi tão importante como agora. É o que nos revela o balanço crítico dos acontecimentos que marcaram a vida do Direito Penal, neste ano que passou.

Desde que a democracia suplantou o regime de exceção, em nenhum momento se exigiu tanto das pessoas que, no cumprimento de um dever de ofício, dão voz ao nosso direito de defesa. Mas é na firmeza da atuação profissional desses defensores públicos e privados que a Constituição deposita a esperança de realização do ideal de uma liberdade efetivamente igual para todos.

Se em 2012 acentuou-se a tendência de vigiar e punir, o ano que se descortina convida a comunidade jurídica a participar do debate público e a defender, com redobrada energia, os fundamentos humanos do Estado de Direito. O advogado criminalista é, antes de tudo, um cidadão. Agora é convocado a exercer ativamente a sua cidadania para evitar uma degeneração autoritária de nossas práticas penais, para além da luta cotidiana no processo judicial.

Não é de hoje que o direito de defesa vem sendo arrastado pela vaga repressiva que embala a sociedade brasileira. À sombra da legítima expectativa republicana de responsabilização, viceja um sentimento de desprezo pelos direitos e garantias fundamentais. O “slogan” do combate à impunidade a qualquer custo, quando exaltado pelo clamor de uma opinião popular que não conhece nuances, chega a agredir até mesmo o legítimo exercício da “liberdade de defender a liberdade”, função precípua do advogado criminalista.

O papel social dos advogados, que a Constituição julga indispensável, vem sendo esquecido. Não é raro vê-los atacados no legítimo exercício de sua profissão. Uns têm a palavra cassada pela intolerância à divergência inerente à dialética processual. Outros são ameaçados injustamente de prisão, pela força que não consegue se justificar pela inteligência das razões jurídicas. Nada disso é estranho à prática da advocacia.

Ocorre que, em 2012, a tendência repressiva passou dos limites. Ameaças ao exercício da advocacia levaram ao extremo a “incompreensão” sobre o seu papel social numa sociedade democrática. Alguns episódios dos últimos meses desafiaram os mais caros postulados da defesa criminal. Refletir sobre as águas turbulentas que passaram é fundamental para orientar a ação jurídica e política que tomará corpo no caudal do ano que vem – em prol da moderação dos excessos de regulação jurídica da vida social.

Um desses diabólicos redemoinhos nos surpreendeu em agosto, com a pretendida supressão do habeas

corpus substitutivo. A Primeira Turma do STF considerou inadequado empregar a mais nobre ação constitucional em lugar do recurso ordinário. O precedente repercutiu de imediato nos tribunais inferiores, marcando um perigoso ponto de inflexão na nossa jurisprudência mais tradicional.

Nenhum dos argumentos apresentados mostrou-se apto a restringir o alcance desse instrumento fundamental de proteção da liberdade. Ao contrário, revelaram uma finalidade pragmática de limpeza de prateleiras dos tribunais. A guinada subordinou a proteção da liberdade a critérios utilitários, como se conveniências administrativas pudessem se sobrepor às rigorosas exigências de garantia do direito fundamental.

O habeas corpus foi forjado em décadas de experiência na contenção de abusos de poder. A Constituição indicou que sua aplicação é ampla, abolindo as restrições outrora impostas pelo regime de exceção. Abriu caminho para que a jurisprudência reafirmasse a primazia do valor da liberdade.

O posicionamento dominante na época do regime autocrático, todavia, ressurgiu nos dias de hoje. Em pleno vigor da democracia, o retrocesso aparece sob o singelo pretexto de desafogar tribunais.

Porém, a abolição do habeas substitutivo dificultará a reparação do constrangimento ilegal. Hoje, não são poucas as ordens de libertação concedidas pelo Supremo, evidenciando a grande quantidade de ilegalidades praticadas e não corrigidas. Por isso, a sua supressão perpetuará inúmeros abusos.

O recurso ordinário, embora previsto constitucionalmente, não é tão eficaz como o habeas para coibir o excesso de poder. A começar por suas formalidades, que são muito mais burocráticas se comparadas às do remédio constitucional. Convém não esquecer que a utilização deste como via alternativa para reparação urgente de situações excepcionais foi fruto de uma necessidade do cidadão, ao contrário da sua pretendida eliminação.

A recente modificação da Lei de Lavagem de Dinheiro também abriu um novo flanco para os abusos. O texto impreciso expõe o legítimo exercício profissional a interpretações excessivas. Por trás da séria discussão sobre os deveres profissionais na prevenção da lavagem de dinheiro, esconde-se muitas vezes a vontade de arranhar o direito de defesa dos acusados.

Há quem acuse o advogado de cometer um ilícito, quando aceita honorários de alguém que responde a processo por suposto enriquecimento criminoso. O claro intuito desse arbítrio é evitar que os réus escolham livremente seus advogados. Restringe-se a amplitude da defesa atacando os profissionais que, “por presunção de culpabilidade”, recebem “honorários maculados”, mesmo que prestem serviços públicos e efetivos.

Em afronta à própria essência da advocacia e em violação ao sigilo profissional e à presunção de inocência, acaba-se criando uma verdadeira sociedade de lobos, na qual todos desconfiam de todos. Para alguns, o advogado deveria julgar e condenar seus próprios clientes. Diante de qualquer atividade “suspeita”, deveria delatá-los, sob pena de participar ele mesmo do crime de lavagem de dinheiro supostamente praticado por quem procurou o seu indispensável auxílio profissional.

Convém lembrar que o advogado atende e defende com lealdade quem lhe confia a responsabilidade de

funcionar como o porta-voz de seu legítimo interesse. Não deve emitir, ou mesmo considerar, sua própria opinião sobre a conduta examinada, mantendo um distanciamento crítico em relação ao relato que lhe é apresentado.

Atentos à criminalidade que se sofisticada para dar aparência de licitude a recursos obtidos de forma criminosa, nunca fomos contrários à discussão sobre ajustes nos deveres profissionais de algumas atividades reguladas. Contudo, a nova situação não pode servir de desculpa para proliferação de um dever geral de delação ou para devassar conteúdos legitimamente protegidos pelo sigilo profissional.

A advocacia criminal pauta-se pela confiança que o cliente deposita no seu defensor, colocando em suas mãos o bem que lhe é mais caro: sua própria liberdade.

Outro desafio contemporâneo à advocacia é a confusão entre o advogado e seu cliente. O preconceito é tão antigo quanto a nossa profissão. O que muda é o grau de consciência social que uma determinada época tem a respeito do valor do devido processo legal. No início do ano, ao defender um de meus clientes, sofri essa odiosa discriminação.

Na ditadura, os defensores da liberdade corríamos riscos e perigos pessoais ao questionar o valor jurídico dos atos de exceção. Na vigência do regime democrático, o pensamento autoritário encontrou na velha confusão entre advogado e cliente um meio de suprimir a liberdade com a qual ainda não se acostumou a conviver. A ignorância e a má-fé sugerem que ou o advogado defende um réu inocente ou ele é cúmplice do suposto criminoso.

Nada mais impróprio. A culpa só pode ser firmada depois do devido processo legal. Nunca antes. É um retrocesso colocar em questão esse dogma do Direito conquistado pela modernidade. Enquanto a confusão persistir, devemos repetir sem descanso que o advogado fala ao lado e em nome do réu num processo penal, zelando para que seja tratado como um ser humano digno de seus direitos constitucionais.

A Reforma do Código Penal também é sintomática dessa tendência repressiva. Elaborada por notáveis juristas e enviada em junho para o Congresso, importa conceitos do direito estrangeiro, sem a necessária adaptação à nossa realidade jurídica. Outros institutos essenciais, como o livramento condicional, são suprimidos. Além disso, eleva as penas corporais para diversos delitos e deixa passar a oportunidade de corrigir falhas técnicas já de todos conhecidas.

Outro sinal dos tempos é a inovação da jurisprudência superior na interpretação de alguns tipos penais, bem como a mudança de postulados do Processo Penal. Assistimos a um retrocesso de décadas de sedimentação de um Direito Penal mais atento aos direitos e garantias individuais. Quando se trata de protegê-los, não pode haver hesitações. Rompidos os tradicionais diques de contenção, remanesce o problema de como prevenir o abuso do “guarda da esquina”, como diria um velho político mineiro, às voltas com histórico desvio de rota na direção da repressão sem freios.

Também notamos uma tendência a tornar relativo o valor da prova necessária à condenação criminal, neste ano “bastante atípico”. Quando juízes se deixam influenciar pela “presunção de culpabilidade”, são tentados a aceitar apenas “indícios”, no lugar de prova concreta produzida sob contraditório. Como se

coubesse à defesa provar a inocência do réu! A disciplina da persecução penal não pode ser colonizada por uma lógica estranha, simplesmente para facilitar condenações, nesse momento de reforço da autoridade estatal, sem contrapartida no aperfeiçoamento dos mecanismos que controlam o seu abuso.

A tendência à inversão do ônus da prova no processo penal também coloca em questão a tradicional ideia do “in dubio pro reo”, diante da proliferação de “presunções objetivas de autoria”. Tampouco a dosimetria da pena pode ser uma “conta de chegada”.

Quanto mais excepcionais os meios, menos legítimos os fins alcançados pela persecução inspirada pelo ideal jacobino da “salvação nacional”. Tempos modernos são esses em que nós vivemos. Em vez de apontar para o futuro, retrocedem nas conquistas civilizatórias do Estado Democrático de Direito.

Nesses momentos tormentosos, é saudável revisitar os cânones da nossa profissão. Como ensinava Rui Barbosa, se o réu tiver uma migalha de direito, o advogado tem o dever profissional de buscá-la. Independentemente do seu juízo pessoal ou da opinião publicada, e com abertura e tolerância para quem o consulta. Sobretudo nas causas impopulares, quando o escritório de advocacia é o último recesso da presunção de inocência.

É necessário reafirmar os princípios que norteiam o Direito Penal e lembrar, sempre que possível, que a liberdade do advogado é condição necessária da defesa da liberdade em geral. A advocacia criminal, desafiada pela ânsia repressiva, deve responder com firmeza. Alguns meios de resgatar o papel que cumpre na efetivação da justiça estão ao alcance da sua própria mão.

O primeiro passo deve ser investir num esforço pedagógico de esclarecimento social acerca da relevância do papel constitucional do advogado criminalista. Ele não luta pela impunidade. Também desejamos, enquanto membros da sociedade, a evolução das instituições que tornam possível uma boa vida em comum. Somos defensores de direitos fundamentais do ser humano, em uma de suas mais sensíveis dimensões existenciais: a liberdade de dar a si mesmo a sua regra de conduta.

Cabe a nós zelar pelas garantias dos acusados e pela observância dos princípios básicos do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, contra as tentações do regime excepcional que não deve ser aplicado nem mesmo aos “inimigos na nação”.

É nosso dever de ofício acompanhar a repercussão do julgamento que pretendeu abolir o habeas corpus substitutivo, manifestando-nos sempre que possível para demonstrar os prejuízos desse regresso pretoriano. A fim de restabelecer o prestígio da ação constitucional, também se faz necessária a continuidade de seu manejo perante todos os tribunais.

Especificamente com relação às distorções que uma interpretação canhestra da nova lei de Lavagem de Dinheiro pode instituir, é importante registrar que a imposição do “dever de comunicar” não pode transformar os advogados em delatores a serviço da ineficiência dos meios estatais de repressão. É contrário à dignidade profissional ver no advogado um vulgar alcaguete.

É evidente que essa condição não torna a advocacia um porto seguro para práticas de lavagem de dinheiro, nem assegura a impunidade profissional. Apenas permite o livre exercício de uma profissão

essencial à Justiça.

Deve ser louvada a recente decisão do Conselho Federal da OAB, segundo a qual “os advogados e as sociedades de advocacia não têm o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhe foram entregues no exercício profissional”. Tais imposições colidem com normas que protegem o sigilo profissional, quando utilizado como instrumento legítimo indispensável à realização do direito de defesa.

Ainda assim se faz necessário o constante aprimoramento das regras éticas de conduta profissional. Em paralelo, sugere-se a formulação de códigos internos aos próprios escritórios de advocacia, com orientações, ainda que provisórias, acerca dessas boas práticas, no intuito de resguardar os advogados que se vêm diante da indeterminada abrangência da nova lei repressiva.

Esses “manuais de boas práticas” devem ser elaborados com vistas também a regulamentar uma nova advocacia criminal que hoje se apresenta. A consultoria vem ganhando espaço cada vez maior na área penal, em razão do recrudescimento das leis penais, seja pela proliferação de regras de compliance que regulam a atividade econômica. Para que haja segurança também na prestação desse serviço, é imprescindível uma regulamentação específica.

“Participar e defender”, em 2013, é a melhor maneira de responder aos desafios lançados pelo espírito vigilante e punitivo exacerbado no ano que passou. É renovar, como projeto, a aposta na democracia e na emancipação, contra as pretensões mal dissimuladas de regulação autoritária da vida social.

A repressão pura e simples não é suficiente para dar conta do problema da criminalidade. Embora a efetiva aplicação da lei ajude a aplacar o sentimento de insegurança, o Direito Penal não deve ser a principal política pública.

Outras linhas de atuação política devem ser prestigiadas. Pode-se pensar no controle social sobre o Estado, por meio do aprofundamento das políticas de transparência. Elas ganharam novo impulso com a promulgação de uma boa Lei de Acesso à Informação, que está longe de realizar todas as suas potencialidades de transformação criativa.

A prestação de contas de campanha em tempo real foi um avanço inegável. Uma medida discreta, mas eficaz, entre outras que podem ajudar a prevenir o espetáculo do julgamento penal.

Deve-se mencionar também a necessidade mais premente e inadiável de nossa democracia: a reforma política, com ênfase no financiamento público das campanhas eleitorais.

Enquanto o habeas ainda resiste, não podemos deixar de aperfeiçoar mecanismos de controle de abusos de autoridade. A esfera da privacidade e da intimidade das pessoas também carece de maior proteção jurídica.

Nossos servidores públicos ainda esperam um sistema de incentivos na carreira que recompense o maior esforço em favor dos interesses dos cidadãos.

A simplificação de procedimentos administrativos e tributários, ao diminuir as brechas de poder autocrático, pode desarrumar os lugares propícios à ocorrência da corrupção que nelas se infiltra.

É legítimo travar com a sociedade um debate aberto sobre os meios para a plena realização do pluralismo de ideias e opiniões.

Enfim, a educação para a cidadania, numa democracia segura dos valores da cultura republicana, é tema que deve ocupar mais espaço na agenda política de um país que não quer viver apenas sob a peia da lei punitiva.

Na encruzilhada em que se encontra o Direito Penal brasileiro, os desafios lançados pelo ano que passou só tornam mais estimulante a nobre aventura da advocacia criminal. A participação democrática e a defesa dos direitos humanos continuam apontando a melhor direção a seguir. As dificuldades de 2012 só enaltecem a responsabilidade do advogado, renovando suas energias para enfrentar as lutas que estão por vir.

Como anotou um prisioneiro ilustre, a inteligência até pode ser pessimista, mas continuamos otimistas na vontade de viver um ano mais compassivo.

Date Created

20/11/2014