

## Criminalizar magistratura e MP: um dia da caça e outro do caçador?



A sabedoria popular diz que “um dia é da caça, e outro, do caçador”. No

ambiente democrático a existência de órgãos com atribuição de investigar, acusar e punir faz parte do jogo de poderes. Em tempos de angústia pela próxima delação, mandado de condução coercitiva ou prisão, os possíveis alvos reagem de modo a promover o revide. As 10 (que eram mais) medidas contra a corrupção tinham seu valor, embora boa parte delas tivesse problemas democráticos de restrição de direitos fundamentais.

Particpei da audiência pública da Câmara dos Deputados, com a participação do deputado Onyx Lorenzoni (DEM-RS), onde apresentei minha concordância parcial com o Projeto de Lei, especialmente quanto à perda alargada e com o estabelecimento de regras mais específicas para a justiça penal negociada (o novo modelo que já acontece — assista o vídeo [aqui](#)). Mas, no processo legislativo, o plenário é a arena onde surgem as emendas de tocaia, os “jabutis” tabelados por diversos partidos.

O mecanismo funciona de modo que pouco se discute nas comissões e se aguarda os momentos finais da partida para tabelar e fazer o gol. Foi o caso da comissão das 10 medidas que tinha muitos problemas, mas levou um 7 x 1 do plenário acuado, movido em parte pelo revide e, fundamentalmente, pelo medo. Vigorou a lógica de que a melhor defesa é o ataque. Sem tempo para discussões, reflexões, votou-se. O estrago está feito.

Todos os agentes públicos precisam de controles (internos e externos). A prática de qualquer conduta em desconformidade com o interesse público pode significar a responsabilização dos agentes públicos, sejam magistrados ou membros do Ministério Público. O problema é quando se criam leis que podem selecionar quem se quer pegar, desprovida de controles democráticos verificáveis.



A Lei de Abuso de Autoridade (Lei 4.898/1965) produzida pela ditadura militar trouxe consigo a “anemia semântica”, justamente por não tipificar condutas verificáveis no mundo da vida. A doutrina faz duras críticas ao modelo de tipicidade aberta em que inexistem condutas, mas meras referências genéricas que autorizam retoricamente o encaixe de qualquer conduta, inclusive o silêncio.

Tanto assim que dispõe, por exemplo: “Art. 3º — constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção; b) à inviolabilidade do domicílio; (...) i) à incolumidade física do indivíduo; j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. Já o art. 4º dispõe que constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades ou com abuso de poder; b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei”.

O Projeto aprovado na última terça-feira (29/11), dia de tragédia, mesmo, quer com o acidente aéreo do time da Chapecoense ou da PEC 55, foi um ataque coordenado, de bastidores, de um Congresso com medo, receio e truculento. Não é mais a bancada da bala, mas o Congresso da bala.

Inseriram dispositivos que já eram previstos no ordenamento jurídico, como a impossibilidade de proferir “julgamento quando impedido ou suspeito” (prevaricação, advocacia administrativa, CP, artigo 319 e 321); “ser patentemente desidioso” (desidioso pode, patentemente, não?); “atuar com motivação político-partidária” (o que virá a ser isso? Um acusado de cada partido, mantida a proporcionalidade?); “proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decoro de suas funções” (nos mesmos moldes da Loman, com ampla margem de manobra dos eventuais interpretantes...); “proibição de exercer atividades de direção e técnicas na iniciativa privada” (já presente na Constituição, Loman e resoluções do CNJ); “receber participação nas custas ou participação no processo” (concessão — CP, artigo 316 — não era crime? Ficou mais brando?); “expressar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério”.

No caso do Ministério Público, também regulados por Lei Orgânica e com o Conselho Nacional do Ministério Público, criminalizou-se o “exercício de qualquer outra função pública”, dado a existência de promotores e procuradores como ministros, secretários de Estado e municípios, dentre outras funções, mormente dos que adentraram antes de 1988.

Sob o argumento de que, com a liberdade de imprensa e atuação de membros do Poder Judiciário foram cometidos abusos, busca-se resolver o problema com a proibição, pura e simples, da informação. A pretensão esbarra, todavia, na liberdade de pensamento e informação presentes na Constituição da República (artigo 5º, IV, IX, XIV), que são cláusulas pétreas (CF, artigo 60, parágrafo 4º), e como tal não podem ser modificadas nem pelo constituinte originário, com fundamento no princípio da involução social (Canotilho e Streck), muito menos pelo constituinte derivado (Afonso Silva e Cademartori). São conquistas históricas da sociedade, cujos representantes (*sic*) não podem decidir o contrário.

Logo, não existe possibilidade de as normas serem acolhidas no ordenamento jurídico de forma válida, principalmente numa visão *garantista* (Ferrajoli), isto é, eventual lei aprovada com o fim de proibir a livre manifestação de pensamento e da liberdade de imprensa, por violarem garantias e direitos



---

individuais do cidadão, podem ser desconsideradas — por serem inválidas — quer pelos membros do Poder Judiciário, quer pela imprensa, ainda mais quando se constitui como objetivo da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (CR, artigo 3º, I).

Curiosamente, os arautos da preocupação de hoje são os mesmos que, em passado recente, compactuaram com a censura e agora visam obstar principalmente a atuação do Ministério Público que atualmente vem desempenhando função social destacada, denunciando deputados, senadores, procuradores, membros do Poder Judiciário e demais políticos. Na verdade, atualmente, com a transferência do foco decisório para o Poder Judiciário, fenômeno verificado por Werneck Vianna, existe uma preocupação muito grande, do *establishment*, com o controle do que pode ser decidido, donde surgem ideias como esta. Entretanto, no Estado Constitucional de Direito, compete ao magistrado somente se vincular à lei válida. Talvez alguns agora entendam o que significa garantismo, especialmente quando a ameaça é real e iminente.

Os tipos penais criados violam a mínima exigência de *taxatividade*, a mesma ausência que sempre existiu nos tipos da Lei de Abuso de Autoridade e que a imensa maioria da magistratura declara compatível com a Constituição. Chegou a hora de ser coerente. Sobre a legalidade estrita, discorre Leonardo Schmitt de Bem:

“A norma incriminadora, além de *precisa*, deve ser *determinada*, no sentido de revestir uma *taxatividade*. Tal técnica, com efeito, obsta a aplicação da *analogia incriminadora* por parte do juiz, ou seja, a aplicação da lei a fatos não previstos, porém semelhantes aos previstos, sob a base de uma mesma *ratio*. Sobre a taxatividade, inclusive, uma última observação é necessária. Por evidente, se quanto mais determinada é a lei criminal menos espaço há à analogia, não pode o legislador conferir ao magistrado uma “carta branca” para este efetuar a aplicação direta da analogia, ou seja, não se pode legislar um tipo legal de crime prevendo a analogia expressa. A segunda frente do princípio da legalidade se refere às consequências da prática de uma ação criminosa. Com Beccaria se infere que “somente as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis não podia ser senão da pessoa do legislador, pois representante de toda a sociedade por meio de um contrato social”. Significa que o *princípio da legalidade penal* também carrega consigo uma “exigência de garantia” que se deduz da fórmula “não há pena sem prévia cominação legal”.

Os casos de membros da magistratura, do Ministério Público e mesmo da fraude da Escola sem Partido (que confunde discussão política com partidária), buscam ceifar a manifestação de pensamento dos agentes públicos. A ideia é a do “bom mocismo” e da “boa moça”, comportados em sua alienação e aparentemente neutros. Neutro, diz Amilton Bueno de Carvalho, somente detergente. Valeria a pena ler Duncan Kennedy[1] — já citado na coluna [Princípio não é "aspirina" e juiz não pode ser bipolar: deve existir coerência](#).

Cabe lembrar que a investidura (magistratura e Ministério Público) se dá por concurso público, não obstante a Lei Orgânica da Magistratura (LC 35/1979) ainda da “era militar”, possibilitar profundo controle *ideológico* sobre o conteúdo das decisões ao propiciar a exclusão de juízes mediante processos administrativos por violação de ‘tipos administrativos’[2] absolutamente antigarantistas[3].

Esse controle administrativo deve existir, todavia, não para responsabilizar o juiz pelo conteúdo de suas



decisões mesmo contra a maioria ou pela "necessidade" de “manter conduta irrepreensível na vida pública e particular” (LC 35/1979, artigo 35), enunciado que ao mesmo tempo em que não diz nada, propicia julgamentos decisionistas, isto é, incontrolados democraticamente (*zero grau de linguagem*)<sup>[4]</sup>. A Constituição da República de 1988, por seu turno, explicitou as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio — que era de vencimento —, as quais seriam a garantia da independência do Poder Judiciário. O que se pretende é calar a boca.

Por fim, a ideia de controles públicos e democráticos é boa. Sou e sempre fui favorável a controles em face de quem quer que seja. Não existem Reis e Rainhas em Democracia. A abertura dos tipos penais do Projeto de Lei, embora aparentemente servir à punição dos que abusam, no fundo, pode ser utilizado de meio para o aumento do controle ideológico das manifestações de pensamento. Basta conferir algumas investidas recentes para se saber do que se fala. Com o arrojo dos “conservadores”, em breve, muitos “progressistas” serão punidos e excluídos. Afinal, ontem, como hoje, diria Nelson Rodrigues, “a plateia só é respeitosa quando não está a entender nada”.

P.S.: Fiquei devendo a continuação das colunas sobre colaboração/delação premiada. Mas como o tema prometido era *rebus sic stantibus*, a coluna de hoje veio a calhar.

[1] KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Trad. Guillermo Moro. Buenos Aires: Siglo Vintiuno, 2010.

[2] FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63.

[3] CABEDA, Luiz Fernando. *A Justiça agoniza: ensaio sobre a perda do vigor da função e do sentido de Justiça no Poder Judiciário*. São Paulo: Esfera, 1998, p. 33-34: “Em matéria disciplinar, os juízes tornaram-se os únicos servidores do Estado submetidos a julgamentos administrativos irrecorríveis. Primeiro, porque a LOMAN não previu recurso. Segundo, porque os mandados de segurança em busca de garantias legais teriam de ser interpostos perante os órgãos coatores. Terceiro, porque haveria o empecilho legal de incabimento desse tipo de ação diante do ato disciplinar. O que se viu a partir de então guarda analogia com a clássica narrativa de Peter Gay sobre a *déblacle* da República de Weimar: o desfile do opróbrio, da perseguição rasteira por motivos pessoais, da bajulação, das fidelidades maçônicas e do despropósito de toda a ordem, sob o comando dos arrivistas de sempre. Criaram-se tribunais de exceção com funções censórias (um dos quais foi dissolvido pelo Supremo Tribunal Federal). (...) É verdade que para essa *déblacle* concorreu o fato de que muitos juízes, que eram contrários aos princípios informadores da LOMAN, se aposentaram massivamente quando ela entrou em vigor. Seu silêncio, infelizmente, não deixou memória, mas uma situação de abandono da resistência ativa que traz sua marca aos dias de hoje”.

[4] BARTHES, Roland. *Elementos de semiologia*. Trad. Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 81.

## Date Created

02/12/2016