

Making a murderer, Orestéia e minha ode à Constituição!



Esta coluna é jurássica. Ortodoxa. De quem acredita na Constituição.

Simples assim! Convido-os para essa travessia. Como Ulisses, em que as correntes que lhe amarram são a sua própria salvação!

Parcela considerável dos pindoramenses já conhece a série americana *Making a Murderer* ([ver aqui](#)). Há vários artigos, inclusive de juristas, comentando o assunto. Tentarei fazer isso de outro modo. A história: Trata de um sujeito pobre — Steven Avery — detestado pelas autoridades (por "boas" razões) que é condenado por um crime que não cometeu. 18 anos depois, é inocentado pelo exame do DNA. Vira uma celebridade: processa o Estado por 36 milhões, vira nome de legislação etc. até que... é preso por novo crime. É preso de novo e só se quebra.

Make a murderer, Orestéia e seu simbolismo

A série é constrangedoramente simbólica, mormente se pensarmos na justiça penal de um país periférico como o nosso. A série televisiva chocou os estadunidenses. Será que nos choca? Quantos desses Steven Avery andam por nosso sistema carcerário? De pronto, lembro de um caso recente ocorrido no Rio Grande do Sul, em que o exame de DNA, embora apontasse para um novo julgamento ou até mesmo da inocência (por exclusão) do réu (preso), foi recusado pelo Tribunal de Justiça estadual ([veja aqui](#)) por maioria de votos. A desembargadora relatora considerou procedente o pedido, uma vez que o exame de DNA comprovou que fora encontrado sangue no local do crime e que esse sangue não era do réu e, sim, de outro indivíduo. Nenhum outro elemento de prova técnica incriminou o réu-revisante. Só a palavra da vítima. De todo modo, o que impressionou nos votos que negaram a revisão foi o argumento de que o DNA não comprovou com certeza a exclusão do acusado (o exame não teria falado em percentuais). Mas, a pergunta é: não deveria ser o contrário? *Não seria a condenação que exigiria prova robusta e certa?* A razão não estaria com a desembargadora relatora, que, embora não convencida da inocência do revisante, deu-lhe o benefício da dúvida? Aqui, em vez da série *Making a murderer*, poderia ser utilizada a tragédia grega *Orestéia*, em que surgiu pela primeira vez a aplicação do *in dubio pro reo*, porque o



resultado do julgamento apontou cinco votos a favor da inocência de Orestes (acusado de matar a mãe Clitemestra e o seu amante, Egisto) e cinco votos pela sua condenação. Foi absolvido pela juíza Palas Atena com base no *in dubio pro reo*. Qual é a moral da história nessa tragédia grega? Na verdade, duas: a primeira, na dúvida, você absolve; a segunda, o direito é que institucionaliza o castigo. A vingança privada foi banida.

De como quase 300 anos de prisão se transformam em 7 — *tipo made in Pindorama*

Mas poderíamos também falar de outros casos. Por exemplo, nestes tempos de delação premiada, a palavra do delator tem valido tanto quanto a da vítima no caso do estupro da revisão criminal. Interessante é que, como se trata de “acordos de delação”, não há recurso. Uma pena de 13 anos se transforma em 1 ano (sem previsão legal). Conforme levantamento da *Folha de S.Paulo*, condenações de 13 delatores somam quase 300 anos, só que transformados em menos de sete anos. Bingo. O problema é: qual é o “DNA” das delações? Como se questiona a autenticidade de tudo o que foi feito, se não há recurso? Sim, porque o delator fica satisfeito; a acusação, *idem*. O juiz homologa. Como não existe um *Ombudsman* para recorrer, a substancialidade da delação vai para as calendas. Quase que uma questão de fé. Veja-se como atua a Justiça: exige-se que a absolvição do réu em revisão criminal seja baseada em certeza; já nos casos das delações, basta a palavra do delator, com alguns resultados “tipo-devolver dinheiro”. O mais bizarro nas delações tem sido os casos de acareação. Cada delator mantém sua versão. E daí, alguém perguntaria? E eu respondo: daí é que, se as versões são conflitantes, é impossível que ambos falem a verdade. Logo, um está mentindo. Consequentemente, se um está mentindo e a questão está duvidosa a ponto de ter exigido a acareação (se a justiça tivesse certeza, não precisaria acarear!), então é porque há dúvida. E, de novo, vem à baila a Orestéia. Mais: Suponha-se que o próprio delator diga algo em favor do delatado — ou algo que não é contra — e a PF e o MPF não transcrevem exatamente *esse pedaço da fala* ([ler aqui](#))? Tal omissão — imaginemos que seja verdadeira a denúncia da matéria — desse “pequeno detalhe” é proveniente de *culpa transcrevendum*, *culpa traduzindum*, *culpa esquecendum*, ou *culpa digitandum*? Pergunta que não quer ser “esquecida”: se o advogado reclama desse “detalhe”, ele está apenas fazendo um *jus esperniandum*, como quiseram fazer crer algumas autoridades ao comentar o manifesto dos 100 advogados? Mistério. Muito mistério. Duros tempos, em que o advogado tem de pedir desculpas por estar de costas, para os que entendem o anedotário popular.

A incompatibilidade entre processo penal e consequencialismo

Voltando ao *Making a murderer*. O que está por trás dessa discussão toda é: os julgamentos criminais devem ser consequencialistas ou por princípio? Alguém pode ser condenado porque “isso trará paz social” ou “fará bem à alma da sociedade”? Ou seja: *alguém pode ser condenado por argumentos consequencialistas-utilitaristas*? Por exemplo: na hipótese de alguém ser condenado tendo por base uma prova “mal havida” (ilícita), esse julgamento é válido? Um consequencialista diria que, se essa prova ilícita apontou o verdadeiro culpado, a condenação deve ser mantida. Já um não-consequencialista, que age por princípio, dirá que o réu deve ser absolvido, mesmo que isso desagrade ao clamor público. “— Ah, mas ele merece. Ele é ‘mau’. A condenação se deu por ‘boas razões’”, diriam muitos (a maioria). E eu insisto, andando na contramão: Em uma democracia, o julgamento deve ser por princípio. Contra tudo e contra todos.

Eis os dilemas da aplicação da lei e da Constituição. Há um filme americano em que o sujeito é



absolvido porque a arma do crime foi encontrada pela polícia na caçamba do lixo. O assassino havia atirado a arma no lixo. Os lixeiros pegaram o lixo e colocaram no caminhão. A polícia chegou e recolheu a arma. Não tinham mandado judicial para isso. O lixo, ainda não revirado, era ainda privado. Sem mandado, a prova é inválida. Terrível não? Caricato? Pode ser. Mas nesses casos trágicos é que se mede o valor das garantias. A Constituição quando as estabelece, o faz contra as maiorias.

Ninguém quer impunidade. Mas a punição nunca pode ser a qualquer preço. O nosso democrômetro acende a luz amarela quando procedemos de forma consequencialista... no Direito. No cotidiano, cada qual pode ser consequencialista. Minhas atitudes cotidianas estão baseadas na minha moral. Só que, no âmbito público, essas minhas convicções não devem importar quando se tratar da aplicação de algo que nós convencionamos colocar na Constituição a partir de uma linguagem pública. *E nossos argumentos morais não poderão corrigir isso que já está convencionado.* O Direito é um remédio para combater o crime. Mas é um remédio para que esse combate se dê dentro de regras. Caso contrário, não precisaríamos do direito. Simples assim.

Direito não é moral e nem moralismo. Ou voltaremos às ordálias.

Se muitos juristas não gostam que o Direito conceba garantias para os culpados, como saberemos se, de fato, eles são culpados? Teremos que, primeiro, saber se são. E para isso há regras. Caso contrário, podemos amarrar as mãos do indiciado, amarrar-lhe uma pedra no pescoço e o atirar na água. Se flutuar, será inocente. Se afundar, culpado. Bingo. Esse é o desejo da maioria. Ups. Aí é que entra o direito. Binguíssimo. Como um remédio justamente... contra maiorias. Não há direito sem processo. Processo é como o raio X do aeroporto. Todos devem passar por ele. Por isso, *Making a murderer* pode ser uma importante lição. Condenar pessoas por boas razões ou com base em prova falada, pode ser politicamente conveniente para a maioria. Mas pode nos custar caro mais adiante.

Uma palavra final: Você é jurista e não gosta da Constituição? Que pena.

As vítimas são importantes. Seria uma cretinice alguém não se importar com as vítimas. A corrupção deve ser combatida. Devemos diminuir as taxas de impunidade. E as taxas de criminalidade. Elementar isso. Entretanto, a democracia tem um custo. Um ato pode ser considerado absolutamente injusto, imoral, etc. a partir da filosofia moral, da religião, do senso comum. Você quer “fazer” filosofia moral? Vá ler Michel Sandel. Ou vá estudar os filósofos morais. Que, entretanto, também precisam, na hora H, do direito. Para viver em sociedade.

Por que estou escrevendo isso? Para dizer que, se você pode achar as coisas injustas, etc..., há que se dar conta de que no direito isso se dá de modo diferente. Não fosse assim, poderíamos torturar pessoas para obter a verdade de um processo (aliás, o argumento da “verdade real” é uma espécie de tortura; aliás, usa-se como se quer; quando não se quer, diz-se que a prova é intempestiva). Quem acha que a moral pode corrigir o Direito, deve, antes, se perguntar: *e quem vai corrigir a moral?* Quem? E qual a moral? A do intérprete? Não seria melhor deixar essas “coisas” para a lei e a Constituição?

Não é fácil ser jurista. Não é fácil ser coerente. Se o Direito vai contra o que você pensa e se a Constituição é ruim porque dá direitos aos “bandidos”, ok... mas, então, faça outra coisa. Tem tantas outras profissões nas quais você pode ser útil. Usando um exemplo radical: não faz muito, um juiz norte-americano escreveu para a Suprema Corte dizendo que não podia aplicar determinada pena porque a considerava injusta. Um juiz da Suprema Corte lhe respondeu: “— Peça demissão! Vá fazer outra



coisa”. Desculpem pelo exemplo. Poderia usar um outro, como: “— Não aplicarei essa garantia a favor do réu porque eu sei que ele não merece”. Em um sistema de justiça democrático, uma Suprema Corte lhe responderia: “Peça demissão.”

Post scriptum: li as notas dos juízes e procuradores e também os artigos dos articulistas da *Folha* Josias de Souza ([leia aqui](#)) e Mario Sergio Conti ([leia aqui](#)). Não vou discutir as notas. Já com relação aos articulistas, que dizem que os signatários do manifesto nunca se preocuparam com os 240 mil presos pobres do país e de que os signatários teriam feito um manifesto para os ricos, digo apenas que os dois, talvez por serem jornalistas, nunca leram Jacinto Coutinho, Lenio Streck, Celso Antonio, para falar apenas destes. Há quantos anos berramos contra esse sistema? Quantos manifestos e artigos subscrevi, dizendo que no Brasil *la ley es como la serpiente; solo pica al descalzos*. Fui o primeiro a propor a tese de que a descriminalização do crime de sonegação nos casos de pagamento antes da sentença fossem estendidos ao furto e estelionato...(e lá estava a frase *La ley es...*). Nas minhas cerca de 700 conferências no Brasil e no mundo, denuncio essas injustiças *ad nauseam*. Josias e Conti deveriam ler mais os juristas. O que o manifesto quer dizer é algo que pode surpreender aos jornalistas: até agora as vítimas do sistema penal em Pindorama eram os pobres; nega-se-lhes o direito historicamente (ah, quanto já escrevi contra isso!); e agora esse braço longo do autoritarismo se estende também aos ricos. Viva, diriam. Pois é. Talvez esse seja o “modo tupiniquim” de distribuir a justiça. *Bater em todos para firmar a igualdade também na injustiça*. Antes — em vez — de dar garantias aos pobres, tiremo-las dos ricos. Zeremos tudo. Afinal, os pobres nunca tiveram mesmo. Bingo. Mas eu não compactuo.

A propósito, para avisar aos dois jornalistas: minha denúncia de que os tribunais da federação continuam (no século XXI, nas barbas dos jornalistas e dos jornaleiros) invertendo o ônus da prova nos crimes de furto e tráfico de entorpecentes... não teve resposta até agora (nem dos tribunais e nem da imprensa). E a denúncia de que não construímos uma doutrina para o Habeas Corpus, idem (aliás, não vejo reportagem sobre isso nos grandes jornais!). Silêncio eloquente... das majorias.

Claro: enquanto o réu não for um de nós ou de nossa família, alienamos a nossa ação ao outro. Sim: a palavra “outro” em latim é... *alienus*. Daí a palavra “alienação”. Como maioria, *alieno-a-minha-ação-ao-outro*. Não é comigo. O inferno são os outros. Por isso — e isso já disse tantas vezes por aí — uma pessoa alienada... *ali-é-nada*! Se entendem o que quero dizer. Não é fácil ser coerente. É na alegria e na tristeza.

Date Created

21/01/2016