Decisão de Teori na “lava jato” pode ser renascimento do processo

> O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter “constitutivo” e não regulamentar” daquilo que é punível […].[1]

A decisão liminar nos autos da Medida Cautelar na reclamação 23.457, proferida pelo ministro Teori Zavascki, tem o condão de restabelecer a ordem constitucional, ao menos momentaneamente e no que tange ao respeito à prerrogativa de foro, antes de tudo, garantia do cargo funcional, que ultrapassa a pessoa detentora da prerrogativa, constituindo-se como verdadeiro manto para o bom e fiel cumprimento do dever republicano (funcional). O foro por prerrogativa de função há ser respeitado em conformidade com as diretrizes constitucionais e, ainda, por representar manifestação do juiz natural.

É de se dizer, logo nesta abertura, que os autores deste texto não estão a analisar os fatos concretos da vida que ensejam as investigações mencionadas; não estão a acusar e nem a defender quem quer que seja, estão, tão somente, preocupados com o processo penal, que vem sendo solapado diariamente.[2] O direito penal é do fato e não do autor, de sorte que as pessoas não podem ser julgadas nem de forma mais grave nem de forma mais branda por serem quem são.

A preocupação, efetivamente, não se dirige a pessoas, mas ao esvaziamento da garantia da legalidade estrita e às próprias regras processuais. Assiste-se a uma escalada de emergência, pseudofundamentada, seja pela vulgarização de delações sem respeitar a legalidade[3], seja pela mudança de entendimento a respeito do momento de início de cumprimento de pena[4], seja pelo famigerado e malfadado pacote de medidas anticorrupção[5] (invulgar coletânea de inconstitucionalidades).

Nessa senda, a República assistiu à publicação de áudio, o qual consta conversa entre o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a atual presidente da República, Dilma Rousseff. O que causou espanto foi a autoridade que chancelou a publicação: um juiz de primeiro grau. Independente da capacidade técnica e da popularidade que ostenta, cuida-se de juiz de primeiro grau. E até onde se sabe, a mesmíssima Constituição da República, que consagra o Poder Judiciário, prevê o foro privilegiado (prerrogativa de função).

Conforme se depreende da leitura do *decisum*, o juízo reclamado deveria ter encaminhado os autos ao Supremo Tribunal Federal, no exato momento em que diálogos entre o investigado Luiz Inácio Lula da Silva e autoridades com prerrogativas de função (Ministros e Presidente da República), vieram à tona. Isso porque, somente a corte máxima do país possui legitimidade, competência, cabedal teórico e jurídico para decidir questões que envolvam, mesmo que de forma diminuta, tais autoridades. Repita-se: não se trata de benesse pessoal, a prerrogativa é funcional. Cuida-se de garantia da função. Ao fim e ao cabo, revela-se como garantia da República e do Regime Democrático.

A reflexão que deve ser realizada pelos cidadãos, juristas ou não: por que o juízo processante não remeteu imediatamente as gravações (que envolviam um recém nomeado, mas ainda não empossado ministro e a presidente da república) ao Supremo Tribunal Federal? Deve-se analisar se a gravação foi captada legalmente. Por outro lado, as circunstâncias em que as declarações tornaram-se públicas

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

denotam verdadeira e lastimável afronta aos direitos e garantias constitucionalmente previstos. Em verdade, o conteúdo da gravação somente pode ser considerado, para qualquer fim de direito, se for reputado válido, o que, efetivamente, não foi.

Quanto à manifesta incompetência do Juízo reclamado, asseverou o ministro:

> "6. Embora a interceptação telefônica tenha sido aparentemente voltada a pessoas que não ostentavam a prerrogativa de foro por função, o conteúdo das conversas – cujo sigilo, ao que consta, foi levantado incontinenti, **sem nenhuma das cautelas exigidas em lei** – passou por análise que evidentemente não competia ao juízo reclamado". (Obs: original não contem os destaques).

Sobre as cautelas, há de se ter em mente que o interesse (aparentemente) público não pode justificar a violação às regras processuais. O processo penal, em muitos casos, para ser democrático, assume uma feição contra majoritária, consoante adverte CROZARA:[6]

> "A posição mais acentuada do Poder Judiciário, através da jurisdição constitucional,representado na importância do controle difuso de constitucionalidade, constitui, como defende Rogério Bento, na função contra-majoritária de defesa da superioridade constitucional, valorizando a prática democrática de coerência na proteção dos direitos humanos supra-estatais"

Com efeito, não há que se falar nem mesmo em "quebra" de sigilo telefônico: o que existe é uma transferência do sigilo dos dados das companhias telefônicas para os agentes de controle, que devem guardar sigilo, máxime pela inexistência de contraditório em relação a tais elementos. Nunca é demais recordar e registrar que publicidade, no processo penal, não se confunde com denuncismo nem alarmismo, muito menos com (pré)julgamentos. Os que não enxergam no processo um problema *in reipsa* sabem que, no processo penal, a publicidade surgiu como uma garantia *pro reo*, como desdobramento do sistema acusatório (se é que ele existiu algum dia). Aliás, outra parte lapidar da decisão assim constata:

> Em primeiro lugar, porque emitida por Juízo que, no momento da prolação, era reconhecidamente incompetente para a causa, ante a constatação, já confirmada, do envolvimento de autoridades com prerrogativa de foro, inclusive a própria presidente da República (…).
>
> A lei regência (Lei 9.269/1996), além de vedar expressamente a divulgação de qualquer conversação interceptada (art. 8º), determina a inutilização das gravações que não interessem à investigação criminal (art. 9º). **Não há como conceder, portanto, a divulgação pública das conversações do modo como se operou, especialmente daquelas que sequer têm relação com o objeto da investigação criminal**. Contra essa ordenação expressa, que – repita-se, tem fundamento de validade constitucional – é descabida a invocação do interesse público da divulgação ou a condição de pessoa pública dos interlocutores atingidos, como se essas autoridades, ou seus interlocutores, estivessem

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

> plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade (obs: o original não contem destaques).

Ponto importante da decisão ora em análise diz respeito ao seguinte trecho:

> "… teve decisão de deferimento em 19.2.2016 e sucessivos atos confirmatórios e significamente ampliativos, em 20.2.2016, 26.2.2016, 29.2.2016, 3.3.2016, 4.3.2016 e 7.3.2016, **sempre com motivação meramente remissiva, tornando praticamente impossível o controle, mesmo a posteriori, de interceptações de um sem número de ramais telefônicos."**

Percebe-se do excerto acima reproduzido constatação, mesmo que provisória, da violação ao dever fundamental de motivação dos atos. Cuida-se de imperativo essencial, não somente para a garantia do acusado/investigado, mas, sobretudo, para o posterior controle das decisões prolatadas. Assim, fundamentar é o primeiro passo para o fiel e necessário respeito à Constituição. Decisões carentes de fundamentação (e aí se inclui o caso da motivação remissiva) ignoram os mais comezinhos princípios da Constituição de 1988, tornando arbitrário todos os atos decorrentes de tal "decisão".

A decisão discorre ainda sobre o conceito de "reserva legal qualificada". Quer isto dizer que o direito fundamental à privacidade/intimidade não pode ser afastado por qualquer autoridade judicial. Por mais projeção e aparente apoio da opinião publicada, trata-se o juiz que coordena a operação "lava jato", de juiz de primeiro grau, incompetente, pois, para valorar interceptações as quais contam com participação de autoridades com prerrogativa de foro.

Além disso, a decisão liminar concedida pelo ministro Teori assinala a importância de respeito à intimidade/privacidade. Não sem razão, assinala o decisum a premente necessidade de fazer valer tais garantias fundamentais. Mesmo figuras públicas, que anuem com a diminuição de sua esfera de privacidade, mesmo essas merecem ser tratadas conforme os ditames da Carta Maior. Assim, invocar o suposto e falacioso interesse público para menoscabar tais preceitos não se coadunam com o Estado Democrático de Direito.

Nem se argumente, como alguns pretendem, que a situação de exceção, pela grandiosidade da investigação, justifica o aviltamento da legalidade estrita e da taxatividade, regras básicas e mínimas do estado de direito. Sempre asseveramos em nossas aulas que legalidade sem anterioridade, legalidade sem taxatividade é uma garantia vazia. Não se pode fazer interpretação compreensiva, ajuste da lei a fato social ou qualquer outro tipo de fraude à legalidade. A dogmática penal não pode ceder espaço às exigências da vida prática. Sobre isso, Ferrajoli:

> Enquanto o axioma de *mera legalidade* se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nullapoena, nullumcrimensine lege*), o princípio da *legalidade estrita* exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nullalexpoenalissinenecessitate, sine injuria, sineactione, sine culpa, sine judicio, sineaccusatione, sineprobatione, sinedefensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada.[7]

Ainda em sede liminar, a decisão impossibilita a utilização do conteúdo interceptado em qualquer área

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

do direito, seja penal, cível ou administrativa. A decisão liminar, apesar de precária, parece reestabelecer as regras do processo penal, que não podem ser nem reeditas e nem transgredidas sob a roupagem da exceção ou emergência.

Começamos com Ferrajoli. Com ele encerraremos, na expectativa de que o processo penal seja saneado, corrigindo os desvios que vêm acontecendo; punindo, sempre que comprovado e necessário, mas sem desrespeitar as garantias fundamentais:

> *"A sujeição do juiz à Lei já não é mais de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da Lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim à Lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a constituição. E a validade já não é, no modelo Constitucional-Garantista, um dogma ligado à mera existência formal da Lei, mas uma sua qualidade ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus elementos com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também um juízo sobre a própria lei relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos por ela estabelecidos…"* [8]

Era preciso um freio de arrumação. Não se pode vender para uma nação algo que o processo penal não pode e não deve resolver. Espera-se que a decisão liminar represente o renascimento do processo penal, e que nunca mais garantias sejam desprestigiadas, afinal, há um limite tênue entre a justiça e a barbárie. Evidentemente, as mãos de todos devem estar sempre limpas, mas que não lavemos as mãos para cumprir tal mister.

[1] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

[2] Ver, no particular, texto publicado neste site: http://www.conjur.com.br/2015-abr-14/felizmente-respeito-constituicao-problema-processo.

[3]http://www.conjur.com.br/2016-jan-19/necessidade-respeito-principio-legalidade-delacao

[4]http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/decisao-stf-capitulo-direito-penal-emergencia

[5]http://www.bahianoticias.com.br/artigo/744-por-que-os-pacotes-anticorrupcao-sao-inocuos-ilegitimos-e-inconstitucionaisa.html

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[6] Texto disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2306.pdf

[7] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 76.

[8] (**FERRAJOLI**, Luigi. *O Direito como um sistema de Garantias, In O novo Direito e a Política***.** Ed. Livraria dos Advogados, 1997). *Apud* **QUEIROZ,** Paulo. *Sobre a Função do Juiz Criminal na vigência de um Direito Penal Simbólico.* Boletim do IBCCRIM, n.º 74, p. 9)

Date Created
23/03/2016

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.