

Se no jogo não há juiz, não há jogada fora da lei



Aury Lopes Jr.
Advogado

**Alexandre
Morais da Rosa**
Juiz de Direito - SC

“A defesa já fez seu showzinho.” A frase ficou famosa em

face do vazamento de possíveis mensagens privadas, em que o julgador, conversando com o acusador, estaria solicitando auxílio para fazer frente ao impacto midiático da defesa depois de audiência realizada em processo criminal. Lembra de célebre passagem do inquisidor Nicolau Eymerich, no clássico *Directorum Inquisitorum* de 1376, quando fala da "inutilidade" da defesa, até porque, o papel do "advogado é fazer o réu confessar logo e se arrepender". Se não for para isso, é visto como um ser molesto, como alguém que — ao resistir à inquisição — dá "showzinho".

Exercer o papel de defesa no Brasil tornou-se atividade complexa justamente pelo uso do julgamento midiático, em tempos de ódio declarado por questões ideológicas, manipulando-se a dita "opinião pública". E no julgamento pela mídia e não com a mídia, constroem-se realidades muitas vezes descoladas da integridade probatória.

Parece escancarado que os vínculos entre acusador e julgador, no Brasil, de franca tradição inquisitória, em busca de uma ilusória verdade real^[1], sem prejuízo de buscar integridade probatória, suplantou os limites do devido processo legal substancial. Embora obtidas de modo ilícito e/ou ilegítimo, para valermos da distinção de Pietro Nuvolone^[2], no decorrer da "lava jato", dizia-se que o que importava era o conteúdo e não a forma. Assim, provando do seu próprio veneno antidemocrático, agora se desqualifica o conteúdo em nome da forma de obtenção. E forma para os subscritores sempre foi importante porque evita o vale-tudo^[3].



Mas talvez o maior problema resida nas conversas não realizadas por meio de aplicativos online. Os aplicativos, dentre eles *WhatsApp*, *Telegram*, trouxeram à tona a relação promíscua entre quem julga e quem acusa. Causa espécie em qualquer visão minimamente democrática que acusador e julgador possam combinar, trocar figurinhas, sugerir provas, enfim, coadjuvar com o êxito da tese acusatória. Julgador deveria ser terceiro em qualquer Estado Democrático de Direito. A resistência de certa parcela da magistratura e do Ministério Público reside no fato de que em boa parte dos Fóruns deste imenso país, sem razão democrática, os gabinetes sejam no mesmo prédio, parecendo autorizar conversas de bastidores ou cafezinhos com alto grau de acerto estratégico. Não basta ser imparcial, sendo necessário parecer imparcial.

A imparcialidade, no decorrer do tempo, desde pelo menos o julgamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), no caso *Piersack vs. Bélgica*, distinguiu-se entre objetiva (em relação ao caso penal) e subjetiva (no tocante aos envolvidos). Também deve-se valorizar a “estética de imparcialidade”, ou seja, a aparência, a percepção que as partes precisam ter de que o juiz é realmente um “juiz imparcial”, ou seja, que não tenha tido um envolvimento prévio com o caso penal (por exemplo, na fase pré-processual, decretando prisões cautelares ou medidas cautelares reais) que o contamine, que fomente os pré-juízos que geram um imenso prejuízo cognitivo. É importante que o juiz mantenha um afastamento que lhe confira uma “estética de julgador” e não de acusador, investigador ou inquisidor. Isso é crucial para que se tenha a “confiança” do jurisdicionado na figura do julgador. Assim, desde a composição cênica da audiência (Rubens Casara) até mesmo a localização física do órgão acusador precisam ser revistas no Brasil.

Na América Latina os exemplos de processo acusatório do Chile, Uruguai, Peru e Colômbia, na demonstração visual apresentada por Thiago Minagé – @thiagominage, deixam evidenciado os riscos democráticos de ações em coautoria. As imagens falam por si:

Reprodução

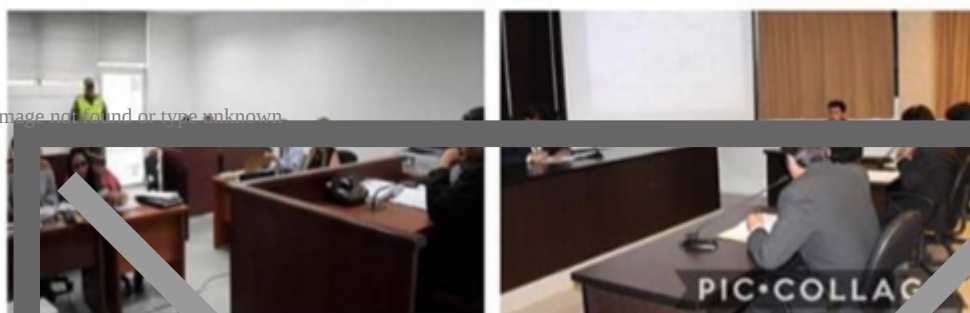
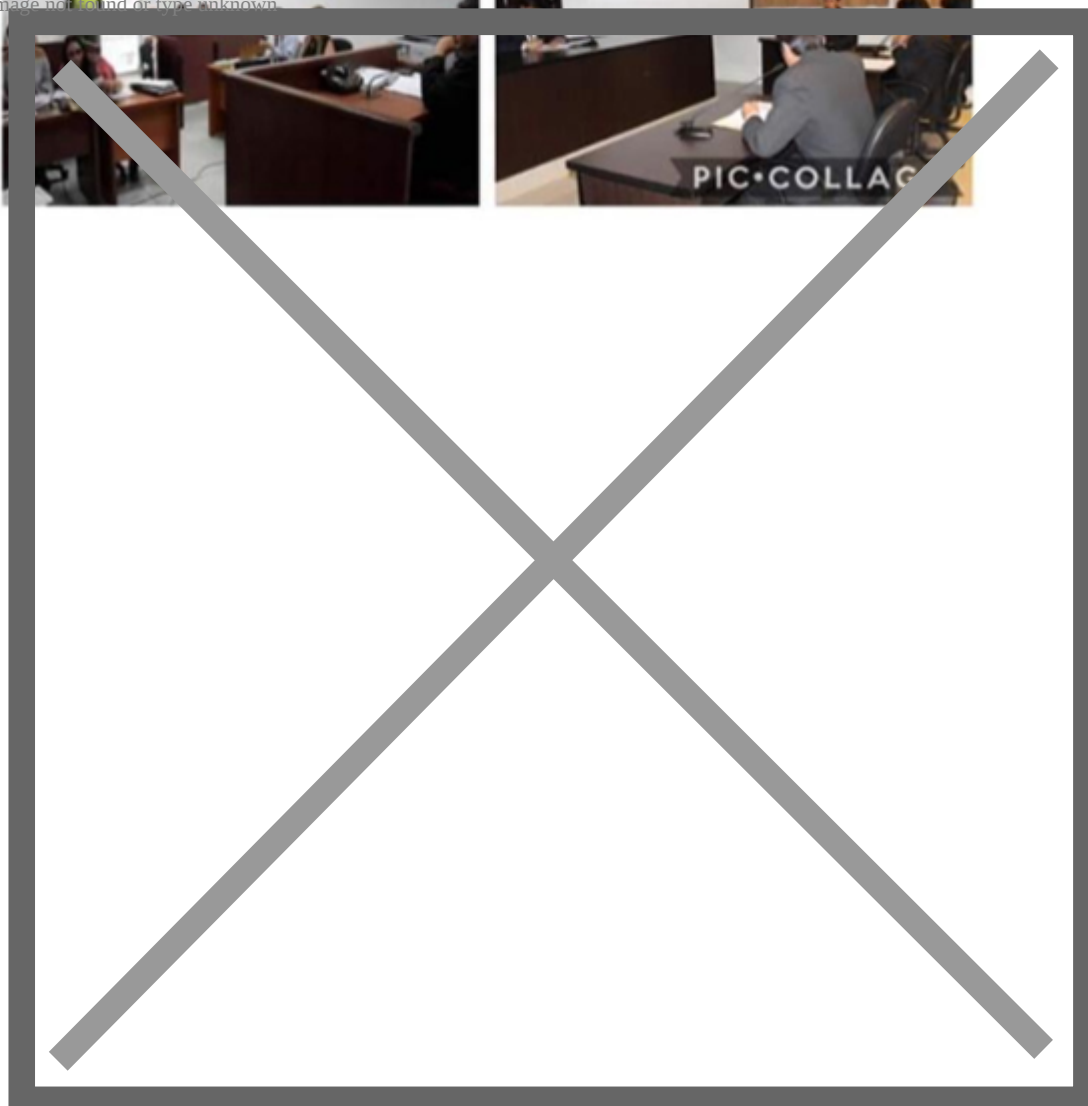


Image not found or type unknown





A excelente postagem do Prof. Thiago Minagé, bem ilustra como a estética do ritual judiciário é sintomática da forma desigual com que tratamos as partes no processo penal brasileiro. Entre as fotos, a do meio, é a de uma audiência no Brasil, ou seja, a única em que MP e juiz estão lado a lado e, para piorar, não raras vezes, em um tablado que lhes coloca (MP e Juiz) em posição de superioridade à defesa e ao réu. Nas demais, o que se vê é um juiz em posição de afastamento e as partes, acusação e defesa, lado a lado, no mesmo nível.

A foto de uma audiência no Brasil é sintomática da inexistência de igualdade de armas, oportunidades e tratamento. O processo penal brasileiro, já dissemos em outra oportunidade, é [primitivo](#), entre outras, pela absoluta falta de condições estéticas de imparcialidade, mas também pela estrutura inquisitória que não cria as condições de possibilidade para termos juízes verdadeiramente imparciais. O cenário já é, ao natural, extremamente desfavorável para a defesa e o *fair play*, mas é catastrófico quando se assume, se escancara, a relação promíscua entre julgador e acusador como se vê nas mensagens. Sem falar que, se isso foi escrito, imagine-se o que não foi falado e combinado ao vivo, entre 4 paredes de um gabinete...

Neste sentido, quando acusadores e julgadores sentem o peso de imputações fortes e reveladoras, e passem a ter a importância da dimensão do Direito de Defesa, em que as regras do jogo possam ser garantidas a todos. De fato, obtidas de modo não regular, em conformidade com as regras do jogo, não se pode usar provas para condenar, ao mesmo tempo que não se pode manter todas as condenações em que haja demonstração de que acusação e julgador tabelaram para o melhor resultado. Sem embargo, nenhuma dúvida temos da possibilidade do uso da prova ilícita *pro reo*, seja sob a proteção da legítima defesa ou mesmo do estado de necessidade. Sem falar ainda, na sustentável tese de ausência de ilicitude dessa prova (em relação a terceiros), na medida em que quem hoje as capta no lugar público em que se encontram (jornais, redes sociais, etc.), o faz pela via da fonte independente, ou pelo menos, com ausência de nexo causal.

O que será necessário é separar o que há de violação, em cada processo, não se podendo anular todas as decisões do julgador, nem validá-las em bloco. O necessário seria que fosse analisada, em cada caso, o impacto da ausência de imparcialidade, renovando-se o processo e eventual condenação. Não se acaba com Lava Jato, nem se a beatifica. Sabe-se que a pretensão de neutralidade não se afina com o saber construído nas ciências cognitivas. Já a almejada imparcialidade, conforme se aponta, só se torna um horizonte possível de se alcançar mediante a consagração de um Sistema constitucional (acusatório), haja vista que o Juiz-inquisidor – que, de ofício, vai atrás das provas – nada mais é do que um juiz enviesado à versão acusatória^[4] que não tem a necessária imparcialidade (que é o Princípio Supremo do Processo, recordando a clássica lição de Goldschmidt).

Afinal, se no jogo não há juiz, não há jogada fora da lei, canta Humberto Gessinger.

PS. Vale conferir o artigo de Lenio Streck ([aqui](#)).

[1] KHALED JR, Salah H. A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.



[2] NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. Revista di Diritto Processuale, Padova, v. XXI, p. 42/475, 1966. Conferir: GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas. São Paulo: RT, 1982, p. 67: “Para evitar confusões terminológicas e conceituais, utilizaremos a linguagem de Nuvolone: a prova será ilegal toda vez que caracterizar violação das normas legais ou os princípios gerais do ordenamento; de natureza processual, a prova (rectius, o meio de prova) será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita (rectius à fonte de prova será ilicitamente colhida)”.

[3] LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2019; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: EMais, 2019.

[4] WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Vieses da Justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EMais, 2019 (no prelo).

Date Created

05/07/2019