

---

## Entrevista • Juarez Tavares professor e advogado



“Se o combate à corrupção destrói direitos fundamentais, não

combateamos a corrupção, destruímos a democracia”, diz o professor **Juarez Tavares**. Advogado, ex-procurador da República e titular de Direito Penal da Uerj, ele analisa que o Judiciário brasileiro, “punitivista por excelência”, desrespeita direitos fundamentais em nome de soluções simbólicas, como se o Direito Penal fosse capaz de melhorar a sociedade.

Na opinião de Tavares, o Executivo se acostumou a empurrar para o Judiciário os efeitos de sua “incompetência administrativa” com o argumento de que punições severas ajudarão a resolver o problema. E os tribunais aprenderam a se deixar convencer por esse tipo de “argumento falacioso”, afirma, em entrevista à **ConJur**.

O professor concorda com a tese do colega Raúl Zaffaroni de que o Judiciário integra uma espécie de “agência penal” para jogar no mesmo time que o Ministério Público. Tudo isso em desfavor do réu – ou, melhor dizendo, do cidadão.

Mas ele não acredita que essa seja uma característica isolada do Judiciário. É um poder fruto da sociedade em que está inserido. “A sociedade brasileira é autoritária. É uma sociedade formada por 350 anos de escravidão, 350 anos em que se conformaram a obter tudo do outro sem nada em troca”, diz.

Juarez Tavares é pós-doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt am Main, na Alemanha. Lá estudou com sua grande referência acadêmica, e amigo íntimo, Winfried Hassemer, que foi juiz do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha.

**Leia a entrevista:**

**ConJur — Como um estudioso do Direito Penal e alguém que passou pelo Ministério Público Federal e hoje advoga, que visão o senhor tem do Judiciário?**

**Juarez Tavares** — Muito crítica. O Judiciário tem função contra majoritária, de dar conformidade às regras de defesa de direitos fundamentais, ainda que seja contra os anseios da sociedade. Nesse sentido, o Judiciário brasileiro foi configurado conforme as constituições europeias do pós-guerra. As constituições alemã, portuguesa, espanhola e italiana estabeleceram a finalidade de impedir que, mediante relação muito estreita entre a execução de regras jurídicas e a defesa de direitos fundamentais, não houvesse a possibilidade de se retroceder a fenômenos como o nazismo. Portanto, com base nisso, os judiciários foram sendo estruturados para decidir contra majoritariamente.

**ConJur — E decidem?**

**Juarez Tavares** — Nem as constituições europeias e nem a de outros lugares do mundo puderam desempenhar essa função de maneira eficaz.

**ConJur — Mas nunca puderam ou deixaram de poder?**

**Juarez Tavares** — Puderam em determinados momentos, mas não puderam durante todo o tempo. Sempre houve interferência do poder político que pudesse ditar decisões conforme seus interesses. Tanto no Brasil quanto em outros países.

**ConJur — Até mesmo na Europa?**

**Juarez Tavares** — Lá houve uma diminuição da interferência do Legislativo e do Executivo com a criação da União Europeia, principalmente com o Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Um exemplo interessante: na Alemanha vigorava uma regra que estabelecia uma medida de segurança que podia ser imposta por prazo indeterminado depois de cumprida a pena definitivamente. Era a chamada medida de segurança pós-delito. Houve um agravo e a medida foi declarada constitucional pela corte constitucional alemã. Houve recurso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que determinou que essa medida fosse alterada, pois violava pactos internacionais de direitos humanos. A Alemanha chegou a mudar a lei, mas de tal forma que o tribunal teve de se pronunciar de novo.

Portanto, mesmo que haja supervisão por esses tribunais europeus, a política pode violar essas decisões. Por isso digo que o Judiciário é um poder contingente: tem a estrutura para ser um poder contra majoritário, mas na prática esse poder vem sendo derretido.

**ConJur — E por influência da política?**

**Juarez Tavares** — Evidentemente. Mas há uma particularidade dessa influência política. Tanto a Constituição brasileira quanto as europeias são chamadas de analíticas. Elas dispõem exaustivamente quais são os direitos fundamentais que devem ser protegidos. Só que esses direitos não são dispostos como regras de absoluta observância, mas como simples princípios. Então os tribunais entendem que podem interpretar esses princípios conforme seus interesses. Ou o juiz decide mediante a ponderação de princípios.

**ConJur — Interesses políticos?**

**Juarez Tavares** — Por exemplo, quando o princípio da legalidade é confrontado com o princípio da segurança pública e daí se flexibiliza o princípio a legalidade em nome de uma suposta proteção da sociedade. Mas não se flexibiliza o princípio da legalidade, porque ele é essencial à ordem democrática.

**ConJur — Foi o que se discutiu com a criminalização da homofobia, não?**

**Juarez Tavares** — É um exemplo clássico. A homofobia foi declarada crime pelo Supremo Tribunal Federal numa violação direta ao princípio da legalidade. Estendeu-se, mediante interpretação analógica *in malam partem*[em prejuízo do réu], uma disposição que não estava contida na ordem penal para uma situação que poderá suscitar controvérsias sobre a necessidade da sua proteção por meio de norma penal, mas violando o princípio da legalidade. E, por meio da violação do princípio da legalidade, tudo é possível. Por exemplo, através de uma interpretação analógica, dizer que a ocupação de imóveis vazios, necessária à sobrevivência de determinado grupo de pessoas, é um ato terrorista.

**ConJur — Essa influência política nos tribunais pesa sempre a favor da condenação – ou, nesse caso, para sobrepor a segurança à legalidade?**

**Juarez Tavares** — Existe uma falácia de que os tribunais são coniventes com o crime. Na verdade, quase todos os tribunais são muito rigorosos na aplicação da lei penal.

**ConJur — Por que isso acontece?**

**Juarez Tavares** — É fácil compreender. O grande penalista Raúl Zaffaroni tem uma expressão muito significativa para designar o Judiciário que é “agência de persecução criminal”. Segundo ele, o sistema punitivo é formado pela Constituição e pela ordem jurídica local: os órgãos policiais normais, o Ministério Público e o que ele chama de “agência judicial”, que faz parte do poder de persecução do Estado. Consequentemente, é preciso que o juiz seja muito garantista, muito fiel à observância dos direitos fundamentais, para que não se deixe levar pela onda punitivista.

O Executivo induz à conclusão de que sua incapacidade administrativa pode ser complementada por meio da intervenção penal e os tribunais se deixam convencer por esse tipo de argumento, que é também falacioso, puramente simbólico: não é possível conseguir, através do Direito Penal, que todas as pessoas observem a fila do cinema, que cumprimentem umas às outras, seja amáveis, não se divorciem, se amem.

**ConJur — Mais especificamente, como avalia o Judiciário brasileiro?**

**Juarez Tavares** — O Poder Judiciário brasileiro é punitivista por excelência. São raros os juízes que têm comportamento adequado à defesa dos direitos fundamentais. Homologam as acusações propostas pelo MP, haja vista o número de condenações, que é muito grande, estamos em 770 mil presos e 360 mil mandados de prisão não cumpridos. Há um dado de que 80% das sentenças condenatórias são mantidas pela segunda instância. Na Alemanha, por exemplo, isso fica em torno de 50%, o que é natural. E veja que lá 97% das penas são restritivas de direitos, não implicam em privação de liberdade.

**ConJur — E como avalia o Ministério Público?**

**Juarez Tavares** — O MP não é exclusivamente um órgão de persecução criminal. Quando foi concebido, foi como órgão autônomo, com independência funcional e para defesa da Constituição. Ele não pode acusar como bem entende, tem que se ater aos princípios constitucionais. Existe uma disposição no Estatuto de Roma segundo a qual o MP deve apreciar todas as provas, contra e a favor do acusado. O MP não é um órgão meramente acusatório, é também um órgão de defesa da Constituição, tem obrigação de defender direitos fundamentais. Quando ele só acusa sem parar, como fica o réu?

**ConJur — O que o senhor acha da ideia de acabar com o papel de fiscal da lei do MP em casos penais?**

**Juarez Tavares** — A concepção da Constituição de 1988 foi bastante inteligente, porque estabeleceu o MP como o maior órgão do Estado, mas que não pode discrepar da estrutura fundamental da ordem democrática. Portanto, o MP não pode atuar contra a Constituição, mesmo que isso signifique contrariar o interesse da acusação.

**ConJur — O senhor mencionou a Alemanha, onde estudou durante muitos anos. Lá existe essa pressão popular em cima do Judiciário?**

**Juarez Tavares** — Em termos. Há alguns anos participei de um congresso e havia um jurista francês bastante conservador. Um americano defendeu que a União Europeia instalasse antenas de captação de conversas telefônicas para combater o crime organizado. Imediatamente o francês se levantou e disse “isso é um absurdo, viola direitos fundamentais consagrados desde a Revolução Francesa! É um absurdo total, é uma interferência no meu direito subjetivo de não ser interceptado nas minhas conversas privadas”. Há uma mentalidade democrática. Não adianta estruturar o melhor Judiciário do mundo se não há um ambiente democrático, uma mentalidade de proteção da pessoa humana.

**ConJur — O Brasil, então, não tem essa mentalidade democrática?**

**Juarez Tavares** — Não tem. A sociedade brasileira é autoritária. É uma sociedade formada por 350 anos de escravidão, 350 anos em que se conformaram a obter tudo do outro sem nada em troca. Então o egoísmo se estabeleceu nas elites do Brasil.

**ConJur — Então não é o Judiciário que é punitivista, é o brasileiro.**

**Juarez Tavares** — A sociedade brasileira, de forma geral. Um exemplo: 54% dos brasileiros são negros, segundo o IBGE, mas só 1,7% dos juízes são negros, segundo dados do CNJ. Esse dado é impressionante.

**ConJur — É comum a conclusão de que o país saiu de um excesso de leniência com o crime para um excesso de punição. Faz sentido isso?**

**Juarez Tavares —** Não. O Brasil sempre foi um Estado punitivista, mas ultimamente, com “lava jato” e outros, se tornou mais visível um tipo de corrupção que é comum por aqui desde os tempos do Império — e não se instalou por aqui nos últimos oito anos e destruiu o país. Aconteceu também que certas coisas passaram a ter mais publicidade. Na época da ditadura existia uma comissão de combate ao contrabando que foi dissolvida porque se descobriu que ela passou a integrar-se no contrabando. Isso é conhecido porque um dos integrantes dessa comissão depois virou banqueiro do jogo do bicho. E não houve transparência. Hoje há.

**ConJur — Muitos dizem que o recente combate à corrupção atropelou direitos fundamentais pelo caminho. Concorda?**

**Juarez Tavares —** Estou de acordo. Não vejo como possível sacrificar um direito fundamental para fins utilitaristas. Se o combate à corrupção destrói direitos fundamentais, não combatemos a corrupção, destruimos a democracia.

**ConJur — Há o argumento de que os resultados superam os custos.**

**Juarez Tavares —** Os supostos resultados são bastante controversos. Foram obtidos por meio de delação premiada, e os grandes delatores são sempre os maiores beneficiários da corrupção. Os delatados foram prejudicados por não ter sido os primeiros a delatar, e os delatores hoje gozam de benefícios que não estão nem previstos em lei. Isso é um absurdo total.

**ConJur — Queria falar do professor alemão Winifried Hassemer. Recentemente soubemos que a biblioteca dele foi enviada ao Brasil, aos seus cuidados e da Fernanda Tórtima.**

**Juarez Tavares —** Isso. Eu o conheci em 1984 e ele morreu em 2014, então foram muitos anos de amizade. Ele era uma figura humana muito especial. Tinha um pensamento liberal muito enraizado, era da terceira geração da Escola de Frankfurt, vinha de uma tradição bastante antiautoritária, sempre preocupado com a defesa da Constituição alemã. Para ele, era fundamental que ela fosse preservada, para que não se voltasse ao estado de autoritarismo. Certa vez ele me disse: “Nos meus julgamentos, tenho em vista, precipuamente, a defesa da pessoa humana. Só quando vejo que a defesa da pessoa humana contribui para que as outras pessoas sejam destruídas na sua personalidade digo que essa pessoa merece alguma punição”. Esse era o pensamento dele.

**ConJur — Ele escreveu o prefácio do seu último livro, da tese de pós-doutorado, não foi?**

**Juarez Tavares —** Isso. A minha tese é dogmática, uma tese puramente jurídica, sobre os crimes omissivos. Parte da preocupação de como equacionar direitos e omissão. Há duas formas de o Estado criminalizar um comportamento: mediante norma proibitiva ou mediante a exigência que o sujeito adote determinado comportamento, que seria uma norma determinativa. Proibir é fácil. É proibido matar alguém, pronto. Agora, quando eu digo que é equiparado a matar alguém não dar comida, tudo muda. Ela não matou, mas não deu comida e permitiu que morresse. Portanto, como fundamentar a punição a esse tipo de omissão?

**ConJur — Por que o assunto preocupa?**

**Juarez Tavares** — A grande questão do Estado Democrático é impedir que o delito se constitua numa simples infração de dever. Num estado autoritário, todos os cidadãos devem respeito e fidelidade ao Estado. Num estado democrático, não. Cada um faz o que quiser. O cidadão não precisa justificar sua conduta, o Estado é que precisa. Então, um dos requisitos fundamentais para caracterizar o crime de omissão é estabelecer que se aquela ação tivesse sido feita, o resultado não teria acontecido. Mas como posso concluir isso?

**ConJur — A tese responde a essas perguntas?**

**Juarez Tavares** — Essa foi a contribuição do Hassemer, ele me chamou atenção para isso. Cheguei à conclusão de que, para caracterizar um crime omissivo, é preciso que haja quase certeza, mas mediante critérios rígidos de probabilidade de que a ação impediria o resultado. Quer dizer, é fundamental, na imposição de uma conduta omissiva, demonstrar-se que efetivamente a aquela ação impediria o resultado que o Direito Penal queira evitar. Mas com probabilidade nos limites da certeza, e não por meio de critério de possibilidade.

**ConJur — O senhor já viu esses princípios serem aplicados?**

**Juarez Tavares** — Nos tribunais europeus, com vigor. Aqui, não.

**ConJur — A tese propõe uma retração da aplicação do Direito Penal, então, não?**

**Juarez Tavares** — Exatamente. O Direito Penal não pode ser confundido com o sistema penal. O sistema penal é composto pelos órgãos de Estado encarregados de controlar a criminalidade. O Direito Penal é um saber teórico que busca delimitar o sistema penal. Portanto, uma teoria jurídico-penal só tem significado se for uma teoria crítica, se puder delimitar com precisão quando as normas penais vão ser executadas.

**ConJur — E essa é a influência do professor Hassemer no seu pensamento?**

**Juarez Tavares** — Justamente. Ele me fez ver que a norma penal tem que ser anunciada em face da delimitação do dever. Também me fez ver a necessidade de sempre se questionar a legitimidade de uma proibição comum.

**ConJur — Como assim?**

**Juarez Tavares** — Hassemer defendia que era indispensável verificar o sentido da proibição por meio do Direito Penal, ver se ela implica menores restrições de direito ou menores. No caso da homofobia, por exemplo, resulta em maiores, porque ela não alcança um dos princípios fundamentais da ordem jurídica, que é o da idoneidade: uma norma jurídica só pode criminalizar uma conduta quando ela for idônea para alcançar os fins projetos por essa norma. E a criminalização da homofobia não vai impor uma conduta de respeito aos homossexuais e nem proteger os direitos e a integridade deles. Mas vai ampliar a possibilidade real de persecução penal para outros fatos não ligados à homofobia.

**Date Created**

16/06/2019