

Entre a peste e a cólera: o dilema do foro privilegiado

*Eugênio Aragão**

"Ai de vós, escribas e fariseus, hipócritas! porque limpais o exterior do copo e do prato, mas por dentro estão cheios de rapina e de intemperança" (Mt 23, 25-27)

Veza por outra ressurge no debate político a retórica favorável à extinção, em nosso direito constitucional, do chamado foro privilegiado, mais conhecido na linguagem técnica pelo nome "foro por prerrogativa de função". Os articuladores eventuais dessa retórica manuseiam-na com mal disfarçado interesse. Extinguir o foro é sempre bom no trato com os adversários, mantê-lo é preciso para os aliados. Com razão, o leigo fica achando que o suposto privilégio não é nada republicano e, no fundo, apenas um meio de garantir impunidade aos poderosos. Essa impressão é reforçada por atitudes seletivas de magistrados supremos, que ora negam o foro por prerrogativa de função a uns, ora garantem-no a outros.

Em 2016, presenciamos um deles impedir a posse de Lula como ministro-chefe da Casa Civil da presidenta Dilma Rousseff, porque, sustentou, sua nomeação seria apenas um estratagema para excluí-lo da jurisdição de juízes federais de primeira instância. Menos de um ano depois, desmemoriado ou com providencial lapso de memória, falou com visível alívio não nos autos, mas à imprensa, ao anunciar antes da hora que seu colega garantiria a posse de Moreira Franco em cargo de ministro, mesmo tendo sido este reiteradamente mencionado como recebedor de propina por delatores premiados na chamada operação "lava jato". Tudo não passou de um esforço de relativizar o alcance do foro por prerrogativa de função. O que serve para um, não serve para outro.

* Ex-ministro do Governo Dilma Rousseff, advogado e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. É mestre (LL.M.) em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela *University of Essex* (Reino Unido) e Doutor (Dr. iur.) pela *Ruhr-Universität Bochum* (Alemanha).

Mas, afinal, por que e para que existe o foro por prerrogativa de função? Para entender a razão desse instituto entre nós, é preciso advertir, de início, que ele não existe em todos os países. Mesmo sem um estudo comparado mais aprofundado, é razoável supor que, naqueles em que existe, não tem a extensão que se lhe empresta no marco constitucional brasileiro. No nosso direito, o tratamento diferenciado de sede da persecução beneficia, exemplificativamente, desde prefeitos, secretários das pastas estaduais, conselheiros dos tribunais de contas dos estados até, na outra ponta, presidente e vice-presidente da República, senadores, deputados, ministros de Estado e magistrados das cortes superiores, passando por promotores de Justiça e juízes. Essas autoridades não são julgadas por magistrados de piso, como a imensa maioria dos cidadãos, mas enfrentam o juízo de desembargadores, ministros do Superior Tribunal de Justiça ou, até, do Supremo Tribunal Federal.

Isso é bom? Para a maioria dos que gozam dessa prerrogativa, as vantagens superam as desvantagens. Muitos são os benefícios. O mais importante nem é o objetivo manifesto da regra, a garantia do juízo imparcial, supostamente fragilizado no primeiro grau na atuação contra essas autoridades, porque submetido à enorme pressão da opinião pública e eventualmente da cadeia de contatos políticos dos réus. O benefício mais importante é latente: a crônica disfuncionalidade dos tribunais no trato de ações penais originárias, razão da enorme morosidade processual e, não raro, da prescrição da punibilidade.

Esse é o motivo de tanta crítica ao instituto do foro por prerrogativa de função. Muitos o igualam, por isso, à impunidade. O argumento é, porém, de duvidosa consistência. O Supremo Tribunal Federal já mostrou que o empenho maior ou menor com os processos é proporcional à intensidade da vontade de estigmatizar os acusados. Seis anos a fio, o STF, turbinado por personagens do Ministério Público Federal, promoveu o linchamento político de lideranças históricas do Partido dos Trabalhadores. No processamento do inquérito do que se usou chamar de escândalo do "mensalão" e, depois, da Ação Penal 470-DF, a corte foi efficientíssima na estigmatização da esquerda brasileira, ainda que alguns dos acusados não fossem santos. A razão não era essa; era o esforço midiático de abalar reputações ao longo do processo. No julgamento, não faltaram cenas de "*bullying*" protagonizadas pelo

relator contra o revisor que se recusava a participar do espetáculo televisado. Não faltaram adjetivos nos votos de alguns ministros esmerados em transformar o juízo sobre os malfeitos em censura da popularidade dos governos petistas. A imparcialidade foi pelo ralo, mostrou-se às escâncaras o despreço, não necessariamente pelos réus, mas, pelo que alguns deles significavam na política brasileira. O STF reconheceu a instância verdadeiramente suprema, não prevista na Constituição formal, mas na Constituição real da República: a mídia dominante e o “clamor público” por ela encenado. O ministro Luís Roberto Barroso resumiu o episódio pouco lisonjeiro à história do STF: teria sido um "ponto fora da curva".

Terá sido a AP 470 uma exceção? A imprópria omissão da corte na deposição da presidenta Dilma Rousseff e o modo tortuoso de lidar com os feitos da chamada operação “lava jato” indicam que não. O jeito estrambólico de agir do juiz Sergio Moro, na coleta e na valoração da prova; suas iniciativas atentatórias à dignidade e à presunção de inocência de investigados; a publicidade autorizada de escutas ilegais com evidente escopo político – tudo isso não faz sequer cócegas na consciência jurídica do STF. A denegação de todos os pedidos da defesa da presidenta Dilma Rousseff, que, atendidos, permitiriam afastar qualquer dúvida sobre o complô podre que se produzia no Congresso contra a democracia, provam o escasso respeito da cúpula do Judiciário ao voto popular.

Ninguém pode dizer que o STF cria, no trato com o foro por prerrogativa de função, um instrumento de impunidade. Tudo parece depender do contexto de quem está no polo passivo. E tudo depende também do maior ou menor empenho do Ministério Público Federal em dar ou não dar vazão às causas. A vazão dos processos que envolvem atores dos governos democráticos anteriores ao golpe de 2016 chega a ser torrencial. Parece até, por vezes, que há um cálculo no "timing", com vistas aos efeitos que investigações e ações penais causam no cenário político.

Por pior que se pinte a prática política da cúpula do Judiciário brasileiro, a da sua base não consegue ser melhor em nada.

É uma grande ilusão supor que as relações de poder em uma sociedade podem

deixar imunes à sua influência setores de uma burocracia formalmente independente, como o complexo judiciário. É importante que o eleitor se conscientize que a escolha desse ou daquele candidato ao cargo de presidente da República acarreta, também, quase sem exceção, a escolha de um padrão de governança que se irradia por todo o aparelho do Estado. O sangue bombeado pelo coração é capilarizado por toda a extensão do corpo. Não há como imaginar que algum setor do cérebro receba sangue de outra origem.

Daí serem infantis os argumentos de que as corporações da elite do serviço público, ao elegerem internamente sua liderança institucional, possam se apartar da política praticada em outras plagas do Estado. Podem não. Elas dependem visceralmente de atores públicos pertencentes aos estamentos que qualificam de alto risco para sua própria contaminação, como a classe política. Seus privilégios só existem porque são assegurados por muitos dos que são supostamente combatidos em sua campanha contra a improbidade e a corrupção. É deles que também precisam, quando se trata de acelerar a aprovação de nomes para cargos estratégicos de seu governo institucional no Senado Federal. Mas, para manterem sua cara de mau, pressuposto necessário de sua popularidade entre as massas mais atrasadas da sociedade, essas corporações cultivam um jeito Macunaíma de ser, ora batendo, ora soprando nos poderosos.

Deixemos de lado o trololó ditado nos cursos jurídicos ordinários, que se pretendem academias da "ciência do Direito". Nosso Direito é, *tout court*, um instrumento de poder, estabelecido para garantir o *status quo* dos poderosos numa sociedade desigual. Não há possibilidade de se firmar um sistema normativo estatal que contrarie as necessidades de ordenação de um sistema de distribuição de riqueza. Um é feito para o outro e, com mais contundência ainda, quando se trata de fazer funcionar a máquina trituradora de existências que é o direito penal.

Quem ainda acredita na estória da carochinha e rejeita essa realidade como criação subversiva de *gramscistas* malévolos, deve estudar um pouco de história de nossa bárbara e sanguinária civilização.

No auge do feudalismo, no século XV, dizimaram-se, no espaço geográfico central-

européu, os últimos vestígios do Direito aldeão germânico, para, a ferro e fogo, substituí-lo pelo Direito acadêmico, fundado na recuperação vulgar do Direito Romano e no Direito Canônico. Os senhores feudais expropriaram dos camponeses seus conflitos e proibiram-nos de praticar seus costumes em sua solução. A interpretação do Direito, que antes era reservada aos respeitadíssimos idosos da aldeia, entre eles o *“Schultheiß”* (tradução: aquele que diz a culpa), todos falando perante o *“Thing”*, a assembleia dos aldeões, passou a ser tarefa exclusiva de delegados dos senhores feudais, na maioria das vezes sacerdotes da Igreja de Roma.

Entre 1476 e 1526, as terras germânicas, húngaras, eslovenas e tchecas passaram a ser arrasadas pela chamada Guerra dos Camponeses (*“Bauernkrieg”*), um conjunto de movimentos de revolta contra a usurpação do poder e da economia popular pelos senhores feudais e pela Igreja de Roma, tendo por estopim a insatisfação com a imposição do novo Direito acadêmico, incompreensível para a maioria e indutor de profundas injustiças e privilégios para os mais ricos e poderosos. Enquanto o Direito aldeão era essencialmente democrático e intuitivo, essa nova ordem foi imposta para garantir copiosos emolumentos e manter “a plebe” ignorante quanto a seus direitos.

Sem embargo da acachapante derrota sofrida pelos camponeses, com imposição de penas cruéis a seus líderes, todos trucidados em praça pública, após submetidos a atrozes torturas, foi-se estabelecendo, pouco a pouco, o consenso útil para autopreservação dos poderosos, de que o direito tinha que seguir certas regras de previsibilidade e permitir sua compreensão mínima para as partes envolvidas num processo, afim de garantir sua aceitação e a submissão sem resistência. Isso, é claro, jamais transformaria a aplicação do Direito em ciência, como se quis fazer entender na literatura especializada. O processo decisório seguiria sendo essencialmente político.

Ao longo dos séculos, a técnica de construção de decisões tem passado por crescente rigorismo, sobretudo no tocante à audiência das partes para exposição de suas versões e das provas conexas, à apreciação dessas versões na comparação com a prova colhida e admitida, bem como às conclusões a que essa apreciação conduz para a aplicação da lei e para a formulação do núcleo decisório, do chamado “dispositivo”. O objetivo é fazer

com que, com tecnicismo complexo, as partes possam reconhecer no processo decisório a cristalização da legitimidade.

Ocorre, entretanto, que o processo penal opõe dois atores sem relação igual com o julgador. Típico instituto do processo civil, a assim denominada “paridade de armas” está longe de ter plena aplicação no processo penal, procedimento assimétrico, no qual o Estado pode muito mais do que o cidadão investigado ou acusado. A acusação comanda a coleta inicial de provas, tem o domínio exclusivo sobre vestígios e objetos arrecadados, quebra sigilos bancários, fiscais e de telecomunicações, promove perícias com baixíssimo grau de contraditório, solicita assistência mútua a outros Estados, intima testemunhas e coage-as com a ameaça de pena ao falso testemunho, pode manter detido o investigado para lograr sua cooperação e, nesta nossa terra, ainda tem acesso privilegiado aos julgadores, sendo-lhes equiparado hierarquicamente. Já o investigado não pode uma mísera fração disso, para promover sua defesa. Provas no exterior? Contrate, ali, um advogado ou um detetive. Se precisa de perícia, pague por ela. Acesso a material a ser periciado? Só com muita insistência e boa vontade do juiz e da polícia. A inquirição de testemunhas depende de o réu as localizar e, por vezes, até trazer. Para defensores, nada de cafezinho e lanchinho com o juiz, nada de troca de ideias sobre o rito e ritmo a seguir. Para arrematar, diante da cultura punitivista hoje predominante, recomenda-se ao investigado que não se meta a besta, porque vai para a cadeia como troféu a ser publicamente exibido, muito antes de ser condenado, com seu advogado passando por todos os percalços imagináveis para se entrevistar confidencialmente com ele.

Para reequilibrar minimamente essa desleal competição entre o Estado-acusador e o cidadão, existem, na Constituição e nas normas abaixo dela, as tais garantias processuais fundamentais, limites postos ao avanço estatal. A grosso modo, dividem-se em dois grupos: as garantias materiais, que correspondem ao patrimônio jurídico do imputado; e as garantias formais, que mais consubstanciam regras de agir para o Estado-juiz. As primeiras são garantias do julgamento justo (“*fair trial*”), as segundas garantias do devido processo legal (“*due process of law*”). Entre os direitos materiais do imputado devem ser mencionados o direito a manter-se em silêncio e não se inculpar e o direito a ser presumido

inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória. Já no grupo das garantias formais, temos o direito ao contraditório e o direito à certeza da prova para condenar.

Salta aos olhos que desses direitos se derivam vários outros. O direito ao acesso a um advogado, por exemplo, é consequência da presunção de inocência e do direito de permanecer calado, pois é o defensor que cuida do que seu cliente deve ou não deve falar. O direito à integridade física, psíquica e moral decorre tanto da presunção de inocência, quanto do direito ao silêncio, mas ele informa, igualmente, o direito à prova contraditória, pois, mais do que não se inculpar, o arguido tem o direito de provar sua inocência. A exposição de um arguido à curiosidade pública a permitir sua degradação moral é prática que contamina irremediavelmente o julgamento justo e o devido processo legal, pois torna inúteis os esforços de provar sua inocência.

Por mais que o exercício do monopólio de violência pelo Estado se conforme primariamente ao objetivo de manter relações de poder entre desiguais, ele precisa, para ser aceito sem resistência, que se obedeça à liturgia do processo que lhe empresta legitimidade. Transgredir essa liturgia por meio de condutas e práticas que exacerbem caricatamente a perseguição e enfraqueçam a defesa é colocar em cheque a credibilidade das instituições que fazem funcionar a justiça: a magistratura, o Ministério Público e até a advocacia, não necessariamente nessa ordem.

O que está em jogo no equilíbrio de forças dentro do processo penal é muito mais do que o destino do investigado ou do acusado; é o resguardo do delicado tecido institucional que faz com que um Estado mereça esse nome e seja aceito com a submissão dos governados a seu poder de império. Entre essa aceitação e o repúdio ao arbítrio há só um filete que os distancia. A base da governação é muito mais fugaz do que se pode imaginar.

Não é necessário chegar ao estágio de uma Somália ou de um Haiti para configurar um Estado disfuncional. A falência de Estados se dá em um espectro que vai do parcial comprometimento de algumas funções até o colapso total de sua capacidade de exercer autoridade sobre a população. Reações mais ou menos violentas ao que se percebe como

desvio do poder surgem frequentemente sem aviso prévio e pavimentam a estrada das incertezas na sociedade. Flertar com o desequilíbrio de forças na interação de instituições no processo penal é, pois, um caminho extremamente arriscado para a manutenção da lei e da ordem.

No entanto, a luta corporativa pelos privilégios de magistrados e membros do Ministério Público transformou, muitas vezes, as investigações criminais e os processos penais contra atores políticos em verdadeiros picadeiros de circos armados para o gáudio da "opinião pública", claro, tudo mascarado com invólucro "republicano" e "tecnicista", a travestir o atuar político dos atores do complexo judiciário. A defesa é enfraquecida para dar lugar a uma acusação protagonizada por pretensos super-heróis, com o eficaz amparo do magistrado.

Esta tendência – e com isso retorno ao tema deste artigo – é muito mais forte nas instâncias de piso do que nos foros por prerrogativa de função. No Brasil, a cúpula do Judiciário mantém relações tradicionais de boa vizinhança com a liderança política. São parceiros igualitários dos donos do poder. Por isso, creem-se seguros e acima do bem e do mal, nada tendo que temer quanto à manutenção de seu estatuto público.

Já na base do Poder Judiciário, a garantia de privilégios é uma luta diária contra desafetos poderosos, fatalmente emergentes no manuseio de conflitos de interesses. É, também, uma guerra contra outras corporações que disputam atribuições e competências, para se alavancarem na relação com os governantes. O combate se dá no uso de dessas atribuições e competências, para manter sob permanente pressão os que podem pôr em risco as vantagens conquistadas. Nesse ambiente, um ator político julgado na instância de piso torna-se refém da luta corporativa. Isso explica porque se dá a frequente exposição desses atores à curiosidade pública. Busca-se, com isso, o efeito intimidatório sobre outros atores políticos e, claro, o aplauso da "opinião pública", desinformada e nessa medida inclinada a ver toda política como negócio sujo. Trata-se de uma ação de fragmentação do poder estatal em prol de agendas no fundo patrimonialistas, reveladoras da privatização do Estado, que por sua definição e pela constituição, hoje letra morta, deveria ser público. Tal comportamento é profundamente disfuncional e, no longo prazo, mina não apenas a

percepção social, mas a própria efetividade da legitimidade do Judiciário.

Por mais seletivo que seja, o foro por prerrogativa de função não tem a mesma propensão de fazer do agente público investigado um troféu para a massa atrasada, manipulada pela mídia comercial e com pouca capacidade de fazer um exame crítico. Na cúpula do judiciário, o conflito é quase sempre mais escancarado: é assumidamente político e se trava amiúde com meios políticos, dos quais os atores da cúpula entendem muito bem.

O problema de nosso Judiciário como um todo não é apenas sua incapacidade de distribuir justiça de forma isonômica, *a fortiori* quando trata de julgar atores políticos, mas, sobretudo, a instrumentalização corporativa do processo e a fragmentação do poder estatal.

Nenhum foro está isento da influência política na aplicação do Direito. Mas se é para fazer política, que se a faça de forma plena, adequando o juízo ao sistema de poder que empresta estrutura à institucionalidade – a democracia liberal com todas as suas mazelas – e não ao sistema que, com mais frequência, serve para manter privilégios corporativos e proteger alguns caciques em detrimento de outras lideranças.

Por mais difícil que seja de entender, o enviesamento político de magistrados só refluirá quando forem recrutados para a função judicante, em qualquer nível, aspirantes libertos da hipocrisia “republicana” que, sob o falso fundamento do tecnicismo “não contaminado”, nega a atuação política praticada. Tais magistrados saberão preservar a independência sem falsas ilusões sobre sua condição não autárquica nas relações de poder. Ao escancararem sua inexorável opção política, juízes não hipócritas tratarão de se manter na linha do meio, pois sabem que estão nus e não terão como fugir à pecha de prevaricadores, se ultrapassarem essa linha.