

## *Opinião Legal*

### I

#### **Prolegômenos de instauração da “questão”**

- 1** O Doutor SAUL TOURINHO LEAL consulta-me, *pro bono*, acerca da seguinte questão jurídica: o juiz de Direito do Estado de São Paulo, SENIVALDO DOS REIS JÚNIOR, foi demitido da função por exercer a atividade de *coach*. O início do procedimento que redundou na demissão foi o seguinte e-mail remetido ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como um Pedido de Docência. Eis o e-mail:

“Sou coordenador de Cursos de Reta Final para Magistratura Estadual no empreendimento Educacional denominado Vorne Cursos. A minha participação se resume em organizar rodadas de prova objetiva, rodadas de prova discursiva e sentenças. Não há, por hora, participação ou gravação de aulas, sendo todo material de apoio do curso. Não há plano pedagógico, por ser conforme a demanda de editais que vão sendo abertos durante o ano. Demando uma carga horária de aproximadamente 1h:30 por dia com esse trabalho. No mais, fico à disposição para demais esclarecimentos. Atenciosamente, Senivaldo dos Reis Júnior”.

- 2** O ponto objeto desta *Opinião Legal* é o seguinte: o juiz SENIVALDO, ao buscar orientações e/ou autorização ao órgão corregedor da magistra-

tura paulista, poderia, nas circunstâncias e de tudo o que se vê nos autos, ter produzido prova contra si? Há violação da principiologia constitucional por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo ao assim proceder?

## II

### Da metodologia utilizada

- 3 Na elaboração da presente *Opinião Legal*, será utilizado o método fenomenológico, pelo qual se reconstrói o problema jurídico a partir de sua história institucional, para, ao final, permitir que ele apareça na sua verdadeira face.
- 4 Parte-se da premissa de que o Direito é um fenômeno que se mostra na sua concretude, mas sua compreensão somente se dá linguisticamente. Por isso, compreender o fenômeno jurídico significa compreendê-lo a partir de sua reconstrução.
- 5 Assim, cada caso jurídico concreto pode ter diferentes interpretações. Mas isso não quer dizer que dele e sobre ele se possam fazer quaisquer interpretações. Fosse isso verdadeiro poder-se-ia dizer que NIETZSCHE tinha razão quando afirmou que “fatos não existem; o que existe são apenas interpretações”. Contrariamente a isso, pode-se contrapor que, na verdade, somente porque há fatos é que existem interpretações. E esses fatos que compõem a concretude do caso podem — e devem — ser devidamente definidos e explicitados. Há limites à interpretação. No Direito, esses limites são impostos pelas exigências que o próprio Direito coloca enquanto fenômeno em uma democracia contemporânea. A melhor resposta é aquela que surge como um quadro de CÉZANNE — quem, segundo RAINER MARIA RILKE, não pintava aquilo de que gostava, mas aquilo que via. A melhor percepção, a melhor interpretação, é a que constrói uma resposta correta que, afinal, já existia.
- 6 A *Opinião Legal* ora proposta busca, destarte, desempenhar o papel normativo designado à doutrina nas atuais democracias constitucionais. Não se trata, com efeito, de mero exercício de erudição filosófico-jurídica. Sua função, portanto, é cumprir a difícil tarefa de contribuir — efetivamente — para a construção de uma prestação jurisdicional mais adequada, equânime e, sobretudo, democrática.

Direito, afinal, não é apenas um conjunto de regras, isoladas e criadas em abstrato; é um empreendimento intersubjetivo que aspira à coerência, à coordenação, à construção de critérios de legitimidade e justificação dos atos de poder do Estado. Direito, portanto, é uma questão de princípio.

- 7 É o que se verá na sequência.

### III

#### Da resposta adequada à Constituição

- 8 A presente *Opinião Legal* não discutirá a matéria fática acerca da atividade inquinada de ilegal e violadora de diversos preceitos que tratam dos deveres e vedações de um magistrado, isto é, se o juiz SENIVALDO fez atividade denominada de *coach*, conceito, aliás, vago e ambíguo, que depende de um espiolhamento probatório. O ponto a ser discutido é anterior, tratando-se, assim, de uma questão preliminar e prejudicial.
- 9 Desde logo, uma questão transparece de forma clara. Percebe-se, nitidamente, que o magistrado SENIVALDO, ao pretender uma autorização ou até mesmo uma orientação, acabou por produzir prova contra si. E essa “prova” – que é a informação do próprio e-mail - foi fundamental para a abertura de procedimento e posterior demissão.
- 10 A questão, assim, é saber se, no regime do *rule of law* (o Direito limita a autoridade; o império da lei) é possível que o Estado aja desse modo. Como é sabido, as relações entre cidadão e Estado devem funcionar sob o fundamento da ética e da lealdade. O devido processo legal é um princípio pelo qual ninguém pode ser tolhido de seus direitos sem que haja uma razoabilidade nesse ato estatal.
- 11 O Estado-judiciário deve agir, como bem diz DWORKIN, com *fairness*, que pode ser traduzido por equanimidade ou “jogo justo”. Em termos de significado, pode ser entendido como *impartial and just treatment or behavior without favoritism or discrimination*. Em termos mais

simples, não vale golpe baixo, por assim dizer. Não valem surpresas, vedadas, inclusive, pelo artigo 10 do Código de Processo Civil.

- 12** Portanto, quando o Estado-judiciário pretende processar alguém, no caso, um de seus agentes, não pode agir de forma finalística, isto é, não pode partir da conclusão para a fundamentação. Mormente quando essa “conclusão” é produto de uma inadequada e indevida “auto incriminação”. É o que denomino, em *Verdade e Consenso* (Saraiva, 6<sup>a</sup>. ed., *passim*) de “dilema da ponte”: não se pode atravessar o abismo gnosiológico do conhecimento, chegar do outro lado e, depois, retornar para construir a ponte pela qual já se passou. Trata-se de uma aporia filosófica. Fosse possível esse agir, ter-se-ia que o juiz primeiro decide e depois apenas coloca o fundamento como verniz. Nesse caso, os fins são justificados, *a posteriori*, pela explicitação dos meios. Nesse caso, a exigência de fundamentação constitucional seria inócua, írrita, despicienda.
- 13** No caso sob exame, o juiz SENIVALDO, imbuído de absoluta boa-fé – e aqui me permito uma alegoria exurgente do folclore –, foi “buscar lã e voltou tosquiado”. Explico: não existisse o e-mail em tela, nada teria acontecido. Tirando o e-mail da cadeia de “custódia” da prova administrativa, sequer haveria PAD.
- 14** Sendo essa afirmação verdadeira – e nada existe no processado que a desminta –, então há de se focar no modo pelo qual essa prova *mater* se formou. Simples: o juiz solicitante se transformou em demandado (e demitido) pela inversão do próprio princípio constitucional que garante que ninguém é obrigado a produzir prova contra si (art. 5<sup>o</sup>. LXIII). Observe-se: trata-se da garantia da não auto incriminação (*Nemo tenetur se detegere* ou *Nemo tenetur se ipsum accusare* ou *Nemo tenetur se ipsum prodere*), que quer dizer que ninguém é obrigado a se auto incriminar ou a produzir prova contra si mesmo (nem o suspeito ou indiciado, nem o acusado, nem a testemunha etc.). Além de estar inserida em nossa Constituição, está contida no artigo 14.3, item g, do PIDCP, assim como no artigo 8<sup>o</sup>, 2, item g, da CADH. Para deixar bem claro: nem o suspeito, indiciado, acusado ou testemunha. O juiz

SEIVALDO, ao que consta, não se enquadra em nenhum desses qualificativos. Ao contrário: era um juiz fazendo uma consulta.

- 15** Por zelo epistêmico, vale referir aquilo que a boa dogmática jurídica diz o que está implícito no princípio da garantia de não auto incriminação (por todos, o saudoso LUIZ FLÁVIO GOMES): **(1)** direito ao silêncio; **(2)** direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; **(3)** direito de não declarar contra si mesmo; **(4)** direito de não confessar; **(5)** direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros; **(6)** direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica. A essas seis dimensões temos que agregar uma sétima, que consiste no direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo. Esse genérico direito se triparte no **(7)** direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa; **(8)** direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios; e **(9)** direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória.
- 16** Isso porque a *ratio* desse princípio da garantia da não auto incriminação está baseada na seguinte questão: **o Estado é o demandante sempre**. E, instado, o cidadão tem a seu favor a **prerrogativa constitucional de não se auto incriminar**. Veja-se que, para a incidência do princípio, é necessário que o cidadão seja instado, compelido a fazer algo.
- 17** Todavia, não foi isso que ocorreu no caso sob análise. O Estado nada demandou. Foi o próprio juiz quem “se auto incriminou de boa fé”, por mais estranha que possa parecer essa denominação. Juridicamente, pode-se comparar esse fenômeno com a inversão do famoso caso *RIGGS v. PALMER*, que o jusfilósofo RONALD DWORKIN utilizou para demonstrar que o Direito é um sistema não somente de regras, mas, sim, um sistema de regras e princípios.
- 18** No caso *RIGGS v. PALMER*, o avô foi morto pelo neto ELMER, porque desconfiara de que estaria sendo retirado do testamento face ao envolvimento do avô com uma mulher. Morto o avô, requereu ELMER o cumprimento do testamento, que não fora alterado. Não havia nenhuma regra que impedisse o recebimento. O Tribunal, todavia,

nesse ano de 1895, decidiu que, embora não houvesse regra, havia algo a mais no Direito: o padrão construído na comunidade (comunidade) pelo qual ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza. E negaram a herança a ELMER.

- 19 Assim, a regra cedeu a um princípio. DWORKIN mostra isso muito bem. Isso acontece todos os dias, sendo o princípio da insignificância o mais comum, fazendo com que a regra do furto fique suspensa. E assim por diante.
- 20 Portanto, no caso *RIGGS v. PALMER*, a *ratio* é punir o comportamento contraditório, entre nós conhecido como *venire contra factum proprium*. Como ELMER poderia se beneficiar pelo seu mau agir? Pois bem. No caso do juiz SENIVALDO, ocorre uma espécie de inversão do caso *RIGGS*, uma vez que o Estado-Tribunal se aproveitou de um ato de boa-fé do agente e transformou esse ato em uma conduta contraditória. Dito de outro modo, o Estado mostrou-se desleal para com o seu agente. **Aproveitou-se de seu agir.** Por isso, é possível convocar, aqui, um **princípio que se sobrepõe à regra que dá direito ao Estado investigar seu agente-funcionário**: esse princípio é o da garantia de não-incriminação.
- 21 Portanto, o problema está na origem. Não fosse pela mão do próprio imputado, não haveria instauração de PAD. E quando se determinou que ele parasse com essa atividade, ele o fez em pouco mais de um mês que, repita-se, não é um tempo irrazoável.
- 22 Nesse sentido, a partir disso, a regra administrativa que estabelece o modo como devem ser instaurados PADs deve ser lida do seguinte modo: *os dispositivos somente serão constitucionais se lidos no sentido de que as provas contra o administrado não sejam trazidas sponte própria e de boa fé pelo funcionário.* E isso por uma razão simples: **(i)** uma coisa é o agente público fazer uma solicitação para o supervisor-corregedor; **(ii)** outra é o agente fazer uma confissão moto próprio. Não se mostra desarrazoado afirmar, nesse ponto, que o agir

do Tribunal de Justiça de São Paulo reveste-se de desvio de finalidade e viola a boa-fé da relação administrado-administrador.

- 23** Imagine-se se um partido político faz uma consulta ao TSE e, este, de ofício, abra um processo de cassação da sigla? Imagine-se se uma empresa faz uma consulta à Receita Federal – o que é permitido – e, com base na consulta, a Receita abra uma investigação sustentada no teor da consulta? Não seria um comportamento contraditório por parte do TSE e da Receita?

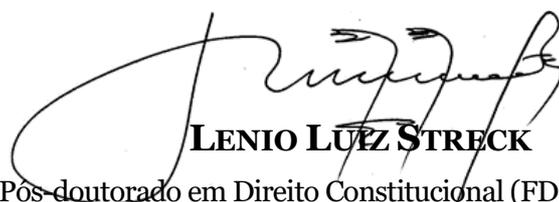
#### IV

#### Conclusão

- 24** De todo o exposto, é possível afirmar que o Tribunal de Justiça de São Paulo procedeu à demissão do juiz SENIVALDO DOS REIS JÚNIOR mediante a violação da garantia constitucional da não auto-incriminação, uma vez que a prova *mater* se deu por exclusiva boa-fé do demitido, ao buscar orientação junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para fazer o seu acompanhamento em estágio probatório. E esse proceder do Tribunal-Estado é incompatível com o contemporâneo conceito de *rule of law*, albergado pela Constituição do Brasil, especialmente na garantia insculpida no artigo 5º, inciso LXIII.

É a *Opinião Legal*.

Porto Alegre, aos 11 de novembro de 2020, ano da morte do grande constitucionalista Paulo Bonavides.



**LENIO LUÍZ STRECK**

Pós-doutorado em Direito Constitucional (FDUL/Portugal)

Professor Titular dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS e da UNESA

Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst)

Advogado – OAB/RS 14.439