

O Direito Penal Econômico e a Moral¹

Klaus Volk

*Professor de Direito Penal e Processo Penal na Universidade de
Munique, Alemanha.*

DOI: 10.11117/22361766.14.01.07

I – JURISTAS, MAUS CRISTÃOS

Não existe melhor introdução para o meu tema que o velho provérbio “Juristas, maus cristãos”. Hodiernamente, esse provérbio está quase esquecido, mas os sentimentos e ressentimentos, as censuras crítico-sociais, o veredicto moral e a execração desconfiada que a ele estão ligados podem ser percebidos em sua latência e voltam a se reacender quando ocorre um caso revoltante. E por que ocorre um caso revoltante? Porque os juristas, aqui na terra, o emudeceram, o deturparam e tomaram a decisão errada.

Juristas, maus cristãos. Com frequência, Lutero fez uso dessa expressão em seus discursos à mesa, mas não foi ele mesmo quem a cunhou. Ela surgiu por volta do ano de 1.300. Era a época da recepção do Direito romano, que passou então a ser aplicado ao cotidiano alemão por juízes eruditos, em sua maioria com formação jurídica na Itália. Do Direito que conosco nasce, sobre o qual nos contam nossos pais e que deles herdamos, não se podia esperar muita coisa; e quem buscava direito, a ele não mais tinha acesso por intermédio de seus pares, mas devia, antes de tudo, recorrer a homens trajando togas negras. Rapidamente seu prestígio social desmoronou. A figura do tabelião em óperas cômicas é uma simpática caricatura que mostra o pateta útil, mas, no final das contas, inútil. Caricaturas mais mordazes (Daumier) já conseguem passar com mais clareza através da imagem aquilo que se pensava sobre juristas. Vaidosos e presunçosos, cúpidos e ostentadores, ardilosos e astuciosos, sempre voltados para o bom fim, mas não para o bem. Apresentam justificativas sobre o sucesso. Isso era o que Lutero também, citando aquele provérbio, queria dizer. Ele criticava as justificativas sobre as obras feitas.

Juristas, maus cristãos. Maus cristãos são os juristas, por se deixarem corromper pelo poder. Direito e poder, *jus e vis*, eis uma deturpação da

1 Tradução do original alemão de Tito Lívio Cruz Romão.

qual sobretudo juristas são capazes. Um último provérbio: “Canto a canção de quem me dá o pão”. A bem da verdade, essa frase foi cunhada para mercenários. Mas ela também combina muito bem com os advogados de hoje (nos Estados Unidos, são chamados de “*hired gun*”, arma de aluguel). Com esse salto até à atualidade, quero terminar, de maneira abrupta, as reminiscências históricas que, na realidade, não são nada disso, e sim palavras de ontem para posicionamentos de hoje.

II – IMORALIDADES E ILEGALIDADES

A relação do Direito para com a religião e a moral nunca cessa de ser problemática e instável.

A secularização do Direito nos obriga à proteção de bens jurídicos racionalmente fundamentáveis, portanto, à proteção de interesses profanos.

Restos históricos do modelo antecessor ainda podem ser encontrados aqui e ali. O fato de o perjúrio não começar já com a mentira, mas apenas quando se levanta a mão para prestar juramento, tem sua origem em que antigamente se considerava um ato sujeito à punição quando se invocava o nome de Deus para a corroboração de uma inverdade. Esta tradição de ainda trazermos conosco esse posicionamento insustentável tem raízes profanas: do ponto de vista político-penal, é conveniente garantir ao mentiroso, até o último momento, a chance de reverter sua posição, ainda que o juízo tardio ao qual ele chegou, sob a pressão das contraprovas, em uma situação sem saída, venha a ser involuntário e moralmente inferior.

Não mais preservamos valores religiosos *per se*. Outros Estados que o fazem, consideramos fundamentalistas e maus, enquanto que esses mesmos Estados tratam-nos como ímpios. Não obstante, a nós parece, no interesse da paz social, que o reflexo subjetivo de valores religiosos bem que volta a merecer uma ameaça de punição. A “sensibilidade religiosa” de outrem se encontra sob proteção penal.

No que tange à relação do Direito para com a moral, faz-se mister estabelecermos, no seio do Direito, mais uma gradação e distinguirmos entre Direito e Direito Penal, entre ilegal e punível. A maioria das pessoas entende mais facilmente o primeiro que o segundo.

II.1 A moral do direito penal

A diferença entre imoral e ilegal é vivida na sociedade e reivindicada com prazer justamente por aqueles que afirmam que os juristas fazem distinções artificiais e formalistas. Se reprendermos esses escolásticos do quotidiano por alguma conduta e dissermos que tal coisa simplesmente não se deve fazer, pois é um pecado e uma vergonha, retrucam então que “sim, já se sabe, mas isso não é proibido”. Desse modo moralmente cínico, mas

juridicamente correto, aquele que estiver envolvido em um determinado caso acabará conseguindo se safar: à guisa de exemplo, ter traído sua esposa com outra mulher, ter gerado um filho com esta para em seguida abandoná-la. Adulterio não é delito no sentido do Direito Civil². Também não (mais) está sujeito à punição, porque todas as experiências com a antiga disposição penal mostraram que ela trazia mais danos colaterais que vantagens ao bem jurídico a ser salvaguardado. Em certa medida, o Direito Penal encontra-se comprometido com uma ética utilitarista. Na forma de seus princípios de punição político-penais, possui sua própria moral. Ora, apenas para forçarmos um pouco mais o exemplo dado, se a ex-amante, agora na 21ª semana de gravidez, se submeter a um aborto, sem que haja uma indicação (N. do Trad.: médica, ética, eugênica ou social) para tanto, apesar da ilegalidade de seu ato, ela não será punida na Alemanha (§ 218 a inciso 4 StGB – Código Penal alemão). Essa exceção, altamente problemática em todos os aspectos, libera a mulher grávida, sem respeito para com sua situação pessoal, seus motivos, suas razões. Sobre sua moral não se pode indagar. De forma generalizadora, o Direito dissimula uma situação excepcional. No caso mais extremo, privilegia o imoral e o amoral. Mas também isso faz parte de sua própria moral.

II.2 A lacuna como virtude

Com isso, no fundo já se esclarece por que nem tudo o que é proibido também é passível de pena. Uma construção clandestina é ilegal, mas não passível de pena, uma quebra de contrato não é automaticamente um delito penal, etc. O Direito é pródigo em sanções, e a mais grave dentre elas, a pena, somente pode ser aplicada quando nada mais servir. Faz parte da moral do Direito Penal o fato de ele só poder ser aplicado subsidiária e fragmentariamente. Uma lacuna no Direito Penal pode ser imoral, mas também pode ser uma virtude do Estado de Direito.

III – CONFLITOS-LIMITE

As observações acima sugerem a conclusão equivocada de que, entre dois círculos concêntricos, a moral é o maior e o Direito Penal o menor. Isso é ilusório. Visto em sua totalidade, o Direito não necessita da moral como base em amplas áreas. Uma vista de olhos em um Diário Oficial qualquer ou mesmo em qualquer dos boletins oficiais das Comunidades Européias bastará para se esquecer, com sobriedade, tal ilusão. A 10ª Proposta de Emenda à 7ª Lei de Regulamentação da Produção de Açúcar com base na 3ª Lei de Orientação do Mercado (um exemplo aqui inventado) nada tem a ver com moral,

2 Segundo a opinião tradicionalmente difundida, não há esse direito a partir do § 823 do BGB (Código Civil alemão).

mas com dinheiro e manipulação econômica, ou seja, mais uma vez com dinheiro. O Direito como instrumento da manipulação social é autárquico e autônomo, livre de moral e, por vezes, distante da moral.

III.1 O direito produz moral – ou será o contrário?

Temos motivo para recolocarmos a questão acerca da própria moral do Direito Penal. Ele estabelece uma tal moral também ali onde, sem Direito, não haveria nenhuma moral? Não considero intrinsecamente imoral atravessar uma rua com o sinal vermelho (e comporto-me fielmente de acordo com a seguinte máxima dos juristas: “Observamos as leis, mas nem sempre as seguimos”). Esses delitos de perigo abstratos, para os quais o legislador ameaça com uma pena, mesmo quando ninguém sofreu um perigo concreto, mas porque, de algum modo, sempre poderia ter havido uma situação de perigo, acabam deixando o jurista diante de alguns problemas (onde está, por exemplo, o conteúdo da culpabilidade?). Mas não estou querendo chegar aí. O que significa para a relação entre Direito e moral quando eu atravesso a rua com o sinal vermelho, porque vejo que não está vindo nenhum carro nem de um lado nem do outro? Isso é imoral porque é proibido? Eis uma questão bastante difícil, pois nos leva a correremos em círculo. As regras da moral vigem porque são reconhecidas pela maioria dos indivíduos. O Direito vige independentemente de seu reconhecimento (o que, todavia, é altamente controverso). Ora, se a maioria dos indivíduos reconhecer a lei originalmente livre de moral, segundo a qual se fica parado quando o sinal estiver vermelho, tornar-se-á então um elemento da moral e conseqüentemente imoral atravessar, como único indivíduo, a rua naquelas condições? Tanto juristas quanto bons cristãos afirmarão “se todos o fizerem”. Mas nem todos o fazem, dirá o individualista, o que eu já incluí em meus cálculos. Mas com isso, replicam os outros, eles conseguem para si um privilégio, o que é imoral, além de darem um mau exemplo. Esses são, por outro lado, argumentos que também valem no Direito. Com isso, o Direito volta a capturar, no final, o problema que queria repassar para a moral. Na verdade, o Direito Penal deixa-se levar a punir maus exemplos inofensivos, tomando como referência, com isso, os princípios de validade da moral. Quem apontar uma pistola descarregada e apertar o gatilho na direção de outra pessoa, sabe que nada provocará. O mal é a má impressão que o autor dá. E o Direito Penal reage, porque quer fortalecer a consciência da validade do Direito no seio da população.

III.2 Moral, porém ilegal

Não menos difícil é a questão se o Direito Penal pode proibir aquilo que é moralmente aceitável. Levantou-se essa questão, por último, com muita acuidade, quando o subcomandante da Polícia de Frankfurt ameaçou de tortura um seqüestrador, a fim de salvar a vida da vítima (que não mais podia ser salva, mas que, do ponto de vista moral, é insignificante). Preciso ser

breve. A tortura não apenas é ilegal por ser desumana, mas também principalmente por se basear em um erro de raciocínio jurídico. Uma vez aceita essa pré-condição (aqui vou ficar devendo a justificativa), faz parte dos deveres do Estado de Direito impor limites a apelos morais.

Façamos um balanço provisório. Dentro da normalidade, o Direito Penal vai bem, porque pode apoiar-se em uma moral reconhecida por todos ou pela maioria. Porém, também existe o Direito Penal sem moral, e cumpre haver o Direito Penal contra a moral.

IV – DIREITO PENAL ECONÔMICO

Até o momento, discorremos sobre moral e Direito, sobre moral e Direito Penal. São colocadas as mesmas questões, e valem os mesmos argumentos, quando se volta a atenção para o Direito Penal Econômico? A introdução do presente artigo já abordou que censuras crítico-sociais, que o veredicto moral e que a execração desconfiada se inflamam quando ocorre algo revoltante. Para tanto, no Direito Penal Econômico, basta em geral apenas um parâmetro: grandes números. Pois se trata de dinheiro. Para o que se segue, carecemos um exemplo revoltante nessa área.

IV.1 O Caso Mannesmann

a) Os fatos

Por diversos motivos, é natural que escolha aquele caso que vem sendo considerado o mais espetacular processo econômico da Alemanha, o caso Mannesmann, que atualmente está sendo renegociado. Dentre os fatores que o fazem espetacular, desponta também, de modo particular, a dimensão moral que lhe é atribuída, e que, não raro, manifestou-se sob a forma de uma grita de indignação.

Descreverei as linhas básicas do caso. Sou o defensor do Sr. Ackermann. As senhoras e os senhores podem, então, desconfiar de mim. Sabe-se que não é possível informar “apenas fatos”. A própria seleção dos fatos já sempre traz consigo uma valoração.

A partir de novembro de 1999, os responsáveis pela Mannesmann AG tentaram impedir uma assunção inamistosa do controle da empresa através da firma Vodaphone. Para isso, foram gastas algumas centenas de milhões de euros em uma batalha publicitária defensiva. No início de fevereiro de 2000, chegou-se a um consenso sobre as condições de uma assunção amistosa do controle da Mannesmann. A Vodaphone comprou a Mannesmann por € 178 bilhões. Já, no dia 28 de fevereiro, 90% do capital nominal já estava nas mãos da Vodaphone; no final de março, já eram 98,66%. Nos últimos dias da decisão, o Dr. Esser, diretor-presidente da Mannesmann logrou elevar a cotação das ações mais uma vez em benefício dos acionistas da Mannesmann.

Isso trouxe o lucro de aproximadamente € 6 bilhões. Da parte de um grande acionista, surgiu a proposta de se pagar ao Dr. Esser, o diretor-presidente, um prêmio de mais ou menos € 16 milhões, como recompensa pelo seu especial desempenho durante a contenda em torno da assunção do controle da empresa, que resultara em um aumento considerável do valor da empresa e da cotação das ações. A Vodaphone declarou sua aprovação a esses prêmios. Logo após a decisão sobre os pagamentos extraordinários, foi publicado um artigo em tom de denúncia no jornal alemão "Bild". A Procuradoria da República de Düsseldorf deu início a investigações com base em defraudação, que foi interrompida semanas mais tardes por falta de indícios. Somente depois foram pagos os prêmios. Cerca de um ano mais tarde, um novo procurador-geral deu a ordem para que se retomassem as investigações. Daí resultou uma acusação contra os quatro membros do conselho administrativo da Mannesmann, responsáveis pela decisão sobre os prêmios. Após uma longa audiência judicial, foram absolvidos. O Supremo Tribunal de Justiça revogou essas absolvições e ordenou uma nova audiência judicial.

b) As relações

Moral não pode ser reduzida a uma questão de números. Entretanto, a indignação pública se inflamou especialmente por causa dos números, devido ao valor do prêmio. Nesse sentido, é legítimo, com base nos números, fazer objeções à justificativa de que se deveria atentar para as relações e para os períodos. Até o ano 2000, tudo estava apenas subindo, as cotações da bolsa de valores, a economia, o patrimônio das pessoas. Esses tempos já passaram, e a sensação de que passaram é bem maior do que mostra o calendário. Ninguém mais gastaria € 178 com uma empresa de telefonia, como fez a Vodaphone àquela época. Hoje em dia, ninguém mais concederia a um diretor-presidente um prêmio tão elevado, ainda que o prêmio, medido por quaisquer relações de valor que sejam, apenas fique na faixa dos promille. Todavia, relações apenas relativizam, e a referência a outras épocas não é prova, para si sozinha, de outros costumes. As circunstâncias que antigamente eram assim e hoje já deixaram de assim ser apenas obrigam a se pensar duas vezes antes de se indignar moralmente e apelar para o Procurador da República.

IV.2 O que é diferente no direito penal econômico?

Em caso de assassinio, homicídio não premeditado, roubo e chantagem, todos os delitos capitais, portanto, podemos confiar no amparo da moral. Mas na questão principal, quando não se trata de jogar tudo por tudo, mas sim de capital, desvanecem-se suas normas. Quanto mais nos distanciamos do cerne do Direito Penal, o qual também é servido pelos dez mandamentos, mais difusa vai ficando a luz. O mal deixa de produzir sombras. Nada mais fica manifesto a ponto de ser agarrado com as mãos.

a) O direito criminógeno

Por vezes, é o próprio Direito que cria a criminalidade. O fato da fraude para a obtenção de subvenção protege a instituição da subvenção em sua função como instrumento da manipulação econômica. A própria formulação desse bem jurídico em sua artificialidade pós-moderna já mostra até que ponto nós nos distanciamos da fraude com seu elemento central da lesão. Ora, como se sabe, subvenções não são a solução para um problema, mas apenas a tentativa de encobrir a não solução do problema e acalmar com dinheiro aqueles que foram afetados por isso. Toda subvenção contém o atrativo de se querer obtê-la. Caso não houvesse subvenções, também não haveria fraudes para a obtenção de subvenção. A objeção contra esse argumento é óbvia, mas ela também impugna a si mesma. Caso não houvesse propriedade, também não haveria furto. Sim, bem que poderíamos abolir as subvenções, mas a propriedade (em nossa ordem econômica e segundo nossa ética econômica), não. No caso de delitos como a fraude para a obtenção de subvenção, registramos um desenvolvimento da legislação que não faz bem à moral. Por um lado, não se trata mais de interesses individuais, mas de funções altamente abstratas e de mecanismos de manipulação na zona de fronteira com a burocracia e o dirigismo e, por outro lado, estabelece-se um fato que faz a sublime reivindicação por verdade e veracidade na vida econômica e pune a mentira que não gera consequências. Uma coisa não combina com a outra.

b) Do direito que se canibaliza

Às vezes, o Direito Econômico corre o risco de corromper a própria moral do Direito. O poder de legiferação das Comunidades Europeias é limitado a seus interesses financeiros. Se forem decretadas disposições para a proteção contra corrupção, com isso o legislador europeu estará demonstrando forçosamente que o que importa para ele é o dinheiro – e não aquilo que faz a corrupção ser algo na verdade condenável. A Justiça brande a espada com ambas as mãos, mas está de pé apoiando-se apenas em uma perna.

c) A infusão da moral

Às vezes, o Direito Penal Econômico tenta criar uma economia que (ainda) não existe. Em geral, isso não funciona. Tomemos o trabalho clandestino como exemplo. Isso, como sói ocorrer na economia, é uma questão de oferta e procura. Contra essa procura, que em parte é criada pelo próprio Estado através de suas condicionantes, uma ameaça de punição pouco ajudará. Em primeiro lugar, enche-se a pança, depois vem a moral.

d) Perfeccionismo paralisante

Às vezes, no afã de, por um lado, querer ser exato e, por outro, dar conta de todos os casos mal vistos, o Direito Penal Econômico acaba se tor-

nando tão complicado que se supera a si próprio. As disposições acerca da transparência de mercado e dos atos praticados por pessoas internamente envolvidas com as empresas são apenas exemplos desse caso. Ainda não se encontra delimitada com exatidão a distinção entre o avanço de informações enquanto elemento de vida da economia de mercado e a fraude passível de pena, ou seja, quando se quer tirar proveito e quando não se deve lesar outrem. No afã de querer cumprir essa prestação, o legislador acabou editando um verdadeiro emaranhado de disposições que somente podem ser entendidas por quem é realmente de dentro da área jurídica.

e) Complexo e complicado

À exceção desses aspectos supracitados, o Direito Penal Econômico quase sempre é complicado. Ele normalmente está atrelado a uma outra matéria complexa e participa dos problemas desta. O Direito Penal Ambiental tem por referência o Direito Ambiental, o Direito Penal Tributário está relacionado ao Direito Tributário, que é já conhecido por sua complexidade desesperadora, etc. Do ponto de vista moral, a coisa parece simples, pois somente é necessário olhar para o resultado. A moral tributária consiste em que sejam pagos os impostos exigidos. E aquele que inventar seus truques nessa área não passará de um sonegador de impostos, e pronto!

Onde é mesmo que está o problema e o que tudo isso tem a ver com esse “atiçador de curiosidades”, o caso que temos aqui à guisa de exemplo?

IV.3 O direito penal econômico e os preceitos jurídicos elementares universalmente válidos

a) Ética econômica e interesses empresariais

Nada, responderam alguns. Afirmam que o caso, na verdade, é inteiramente fácil, e tentaram comprovar isso com simples cotejos. Pequenos ladrões, da mesma forma que administradores de bens, acabaram pagando o pato. Na realidade, não se quer ouvir da boca dos outros que existiria um outro Direito válido para gente graúda e diferente daquele vigente para quem é peixe pequeno. No caso de defraudação, alguém lesa, infringindo um dever, o patrimônio alheio que lhe foi confiado. A defesa alegara que, para a infração de dever, interessa saber o que rezam o Direito das Sociedades e a legislação sobre contratos de serviços a respeito dos proventos de membros de diretorias. Nessa medida, o Direito Penal comporta-se de forma acessória, pois aquilo que é permitido em uma área jurídica não poderá ser proibido em uma outra.

Dito isso, foram abordadas algumas difíceis questões legais sobre as quais, todavia, o Supremo Tribunal de Justiça não queria entrar em contenda. Interessa apenas saber se teria ocorrido uma lesão e se a infração do dever não teria uma importância própria, pois sempre seria uma infração de dever causar uma lesão a outrem. Eis aí uma regra elementar universalmen-

te válida na qual o próprio Direito das Sociedades nada poderá alterar. Com isso, também deixava de ser tema de debate aquilo que a defesa queria debater, e que deixou a opinião pública tão irritada: a justeza do prêmio. Essa questão central que tem como alvo, através de sua roupagem jurídica, a ética econômica, a questão atinente à liberdade do empresário e aos limites dessa liberdade, o Supremo Tribunal de Justiça não quis enfrentar. Sobre a ética econômica, o Tribunal não quis, de forma alguma, manifestar-se. A manobra de desvio tinha de fracassar. Quando um fato contém o aspecto “infração de dever”, não é possível esquivar-se da confrontação com a moral.

b) Administradores dos bens de quem?

Com um nítido tom moral subjacente, os senhores juízes federais repreenderam os membros do presídio do conselho administrativo da Mannesmann, afirmando que eles eram administradores de bens, e não proprietários dos bens. Certamente os senhores admoestados nunca entenderam isso de outra forma. A questão gira apenas em torno do seguinte: tratava-se mesmo dos bens de quem? E o Supremo Tribunal de Justiça não colocou a questão, para si, dessa forma. Para um jurista que pense com rigor jurídico e que aí nem se deixa enganar por reflexões de cunho econômico, a resposta é fácil: trata-se dos bens da Mannesmann S.A. Trata-se de uma pessoa jurídica com uma vida própria que lhe foi conferida por juristas alemães no século XIX. Além disso, trata-se ainda de “órgãos” e “membros” e, naturalmente, de uma pessoa jurídica com um patrimônio próprio. Com relação ao fato de que 98,66% desse patrimônio era direito de uma outra empresa (Vodafone), apenas houve um “encolher os ombros de jurista” – pois não era 100%. O pensamento jurídico é um pensamento com alternativas entre sim e não, e ninguém menos que um jurista suporta a dor do limite por causas profissionais.

Como se costuma dizer, “praticamente” não havia mais a Mannesmann S.A. Ela estava despida de seu patrimônio – à exceção de uma folhinha de parreira da ordem de 1,34. Como se sabe, não se pode meter a mão no bolso de um homem nu, nem como proprietário de bens nem como administrador de bens. Nesse caso, “praticamente” significa: no modo de ver da economia, ou seja, de acordo com outras bases teóricas diferentes das jurídicas.

A escolha entre o modo de pensar econômico e o jurídico conduz a diferentes resultados. Com o veredicto dos juízes federais, empresários de nomeada viram ameaçada a Alemanha enquanto sede fiscal de empresas. Os juízes, por seu turno, viam-na fortalecida através de seu ato. Essa controvérsia tem como foco de orientação as consequências de uma decisão, não sendo, por essa razão, coisa do “jurista enquanto tal”, como se afirmava no positivismo do final do século XIX.

V – DEFESA PENAL E MORAL

O defensor raramente ouve um elogio irrestrito. O mandante entende que o resultado poderia ter sido melhor. A promotoria e a opinião pública, normalmente em consonância com a primeira, acham que ele se saiu demasiadamente bem do processo. Felicitações oriundas do círculo de conhecidos são dadas com um riso envolto em azedume e quase silêncio. “Muito bem” – quer dizer que um bom jurista conseguiu fazer uso de tudo o que era possível e derrotou os adversários, mas é melhor não perguntar se o resultado foi moralmente correto. Como aceitar o “bom do ponto de vista puramente jurídico”, mas moralmente pelo menos duvidoso? Em que consiste a moral da defesa penal? Conservei minha crença no verdadeiro, bom e belo. Mas também acredito que algo possa ser bom e belo, apesar de não saber se é verdadeiro ou até mesmo apesar de saber que não é verdadeiro.

V.1 A verdade sobre a verdade

Segundo uma opinião difundida na Alemanha, a verdade é a concórdia com a realidade. E, por esse motivo, o verdadeiro também é real. Existe como uma moeda de ouro que apenas precisa ser encontrada. O monopólio dos direitos de prospecção encontra-se no tribunal. Sob essa ótica, a tarefa de um defensor, que estará errando de profissão se conduzir o tribunal até à jazida, certamente pode consistir apenas em evitar que o tribunal encontre o caminho certo ou pode consistir até em fazer com que o tribunal erre o caminho. Examinando-se as coisas dessa forma, apenas resta uma visão oblíqua para a instituição da defesa. Mas esta ótica é falha.

Um tribunal apenas poderá se aproximar de uma verdade compreendida desse modo. Em princípio, não poderá alcançá-la. Dito com sarcasmo: o tribunal não conseguiu participar da competição e está predestinado, por conseguinte, a descobrir como os eventos realmente ocorreram. Dito com seriedade, um tribunal dispõe apenas de tempo limitado e de possibilidades limitadas do Direito para averiguar a verdade. O processo penal não é um projeto de pesquisa histórica. Os próprios fatos do Direito Material somente conseguem filtrar apenas frações dos acontecimentos que são consideradas “importantes para a decisão”. O Direito Processual prescreve que formalidades e regras devem ser observadas para a comprovação dos fatos, e essas regras, do ponto de vista da teoria da moeda de ouro, não passam de empecilhos. Pois a verdade, como o Supremo Tribunal de Justiça chegou a formular uma vez, não pode ser explorada a qualquer preço. É preciso também pagar um preço pelos interesses dos outros, especialmente das testemunhas e dos réus. É aí onde reside a essência do Estado de Direito. Daí resulta afirmar que a verdade não é “encontrada”, mas construída no processo, ela não é reproduzida, mas produzida.

V.2 Proibições de provas

Do preço que temos de pagar pela salvaguarda de interesses que nada têm a ver com a verdade fazem parte as proibições de provas. Menciono,

para ilustrar, apenas a proibição de avaliar o silêncio do acusado como elemento agravante, ou ainda fazer valer como elemento fundamental para a sentença uma confissão que o acusado fez durante o processo penal sob pressão inadmissível. Longa é a lista de proibições de provas. Elas não impedem de se construir uma opinião sobre o “real” acontecimento. Tem-se o direito de pensar sua parte e supor isso e aquilo. Mas não se podem utilizar essas partes, ao se compor o quebra-cabeça da verdade. A verdade que assim surge é necessariamente permeada de lacunas, uma ficção que não concorda com a realidade.

V.3 A moral do procedimento

Para muitos, tanto a proibição de provas quanto outras regras processuais que impossibilitam (ou pelo menos tornam improvável) a apreensão de toda a realidade são consideradas obstáculos no caminho que leva à sentença correta. Mas não é preciso ter essa visão. Pode-se até achá-las belas, entendendo-as como princípios do Estado de Direito e da lisura. Decisivo é libertar-se da idéia de que somente pode haver a justiça com base na verdade enquanto imagem da realidade. Existe também a “justiça procedural”, abonada através de um transcurso de processo baseado na correção, lisura e nos princípios do Estado de Direito. Eu penso que, em correspondência a esses valores jurídicos, existem valores morais paralelos. O bom nem sempre precisa ser o verdadeiro, e isso o belo no bom.

V.4 Culpa sem castigo?

Daí já se conclui, por si mesmo, como é que também se pode atuar na qualidade de defensor sem escrúpulos para alguém que é culpado ou poderia sê-lo (raramente se sabe com exatidão). Justamente perante alguém possivelmente culpado, o Estado não tem o direito de se retirar mais do que aquilo que o Direito Processual lhe permite. Dentre seus valores fundamentais, encontra-se a presunção da inocência. Ela não nos compele ao artifício psicologicamente impossível de considerar inocente um provável culpado. Ela apenas proíbe que se maltrate um provável culpado de uma forma que não mais se pudesse responder perante alguém que, no final das contas, fosse inocente. E atentar para esse detalhe é um valor moral *per se*.

VI – A MORAL DOS JURISTAS

A moral dos juristas penais, como se vê, é uma ética da liberdade. Livre de manobras insidiosas, livre de interferências desproporcionadas, livre de coação, mentira e dolo, eis como deverá ser a decisão de um caso jurídico. Livre de coações jurídico-penais deverá ser o espaço que cada indivíduo necessita para a sua vida ou para suas decisões eticamente justificáveis na vida econômica. E se, nesse sentido, voltamos à primeira frase dessa palestra, então podemos afirmar que os juristas, no final das contas, bem que não são maus cristãos. Mas mesmo que fosse diferente, eu teria uma boa consciência.