

Quando o réu é também vítima

Nacir Sales¹

A ordem jurídica é dinâmica, mas parece estática, absoluta e soberana: natural, a ordem precisa parecer que é eterna para que a ela não seja emprestada poderes transitórios. A transitoriedade, que a fortalece, se percebida a enfraquece. Extraindo da mutação contínua o seu segredo de perenidade, a ordem jurídica sempre convence a humanidade de que conhece e representa a fronteira entre o certo e o errado.

Esta presunção de sabedoria e discricionariedade está presente na justiça dos mandarins, na China antiga, quando o condenado agradecia ao juiz pela sentença que o condenara. Enquanto na China antiga o condenado agradecia, no mundo moderno o condenado recorre: exerce um direito humano, ocidental. Agradecer ao magistrado que condena é a mais perfeita descrição de subsunção do homem à norma, à norma individual para ele editada. E também representa uma crença absoluta de que a justiça conhece o justo, a justa medida. Para obter tamanha subsunção, somente aparentando ser eterna e investida de poderes divinos para conseguir a aceitação de todos os jurisdicionados e – no extremo – o agradecimento do condenado.

Um olhar comparativo - mesmo apressado - entre a justiça mandarim e a justiça da China contemporânea é suficiente para destruir o mito da imutabilidade, se antes a ideologia era educacional e não vingativa – havendo mesmo o perdão ante ao arrependimento do condenado – hoje a justiça maoísta é vingativa.

¹ Advogado em São Paulo. Escritor com 27 livros publicados, especialista em Direito Societário pela Fundação Getúlio Vargas/FGV – Escola de Direito de São Paulo. Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires – UBA.

Nas priscas eras do Direito, o réu podia o que hoje não pode e a seu favor valiam provas que hoje não valem: natural, o direito é dinâmico, mas suas estátuas precisam parecer estáticas. Houve um tempo em que o Réu precisava comparecer ao tribunal escoltado por conhecidos, vizinhos e amigos, para expressar apreço social daqueles que o conheciam mais amiúde. Testemunhos da mãe, de familiares eram preciosos elementos de prova para uma absolvição: afinal se até quem o conhecia na intimidade se recusava a testemunhar a seu favor, quem poderá levar a sério a versão da sua defesa. No mundo oposto, nos dias de hoje os testemunhos dos familiares são mesmo levados a termo por mera homenagem ao direito de dizer, mas não são recebidos na forma juramentada: afinal, os familiares estão autorizados a mentir para a expressão do amor decorrente dos laços de sangue. Assim, mudou da água para o vinho o valor da mesma prova, no mesmo contexto, em sociedades distintas.

É europeu e medieval o critério *testis unus, testis nullus*. É judeu e árabe o sistema das duas testemunhas homens, ou um homem e duas mulheres (sim, isso mesmo, duas mulheres testemunhas valiam pelo testemunho de um homem). O juramento já foi considerado prova idônea, porém superada pelo cojuramento: aquele que jurava podia fazer-se acompanhar por uma porção de cojuradores e a parte que reunisse um maior número lograria êxito judicial. Já houve mesmo fé na risível situação de um só jurador, na impossibilidade de conseguir outros que com ele jurasse, repetisse ele próprio o mesmo juramento várias vezes para aumentar a fé em sua verdade. Essas e outras passagens verdadeiras, que o tempo parece transformar em caricatura de provas, revela o esforço histórico de perseguir a produção da prova e, mais ainda, alcançar a legitimidade social da coisa julgada. Se hoje ao acusador cabe o ônus da prova, por conta do reinado do princípio da presunção da inocência, entre os povos bárbaros nem sempre foi assim: ao acusado cabia provar a sua inocência. O tempo promoveu uma completa inversão do ônus da prova que, no entanto, aqui e acolá começa a apresentar sinais de inversão: vide direito de consumo, onde ao fornecedor demandado repousa o *animus probandi*.²

E os duelos, que já condenaram à morte toda a sorte de culpados e inocentes de má mira, hoje condenariam a ambos os contendores posto que incompatível com o sistema cristão de administrar a justiça.

2 TARDE, Jean Gabriel. As Transformações do Direito. Editora Supervirtual, 2002, tradução Maristella Bleggi Tomasini, pag 86 a 90.

Enganados estamos ao dizer que foi Nelson Rodrigues quem descobriu que “toda a unanimidade é burra”. A justiça mosaica dos tempos bíblicos já assim decidia. Se o Sinédrio decidisse unanimemente, o julgamento era anulado: exatamente o oposto do critério norte-americano de hoje.

Quem já assistiu à peça *Doze Homens e Uma Sentença* compreendeu a importância que a sociedade norte-americana atribui ao julgamento unânime dos jurados. A trama, que se passa na sala do júri, exhibe o trajeto entre a quase unanimidade da condenação para a unanimidade da absolvição, tudo mudando a partir da mudança da certeza dos doze julgadores, que termina por absolver o réu dada a impossibilidade de dizer ser ele culpado acima de qualquer dúvida.

Nem só de mudanças e antagonismos sobrevivem os institutos jurídicos, de imitação também, muitas vezes com largas distâncias espaciais e temporais entre uma e outra manifestação de determinado instituto, prova de que são produtos dos costumes dos homens que se modificam e se conservam e evoluem. Na Irlanda praticava-se o jejum de uma parte contra a outra, exatamente igual à chamada *virgília dharma* entre os hindus que também é igual ao costume romano: uma espécie de protesto promovido pelo credor em frente à casa do devedor onde lá ficava até ver satisfeito o seu crédito ou até morrer ou simplesmente desistir da ação. O germe deste comportamento está presente entre nós no protesto do credor em face ao credor.

Famoso é o argumento, dito e repetido nos tribunais do júri brasileiros, de que “*não há homicídio sem corpo*”. O império do exame do corpo de delito está entre nós por conta do art. 158, parte final do Código de Processo Penal, cuja importância é relativizada pelo art. 167 do mesmo código: “*Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta*”. Se o argumento já foi responsável por memoráveis absolvições, vem perdendo força ao longo do tempo até definir no presente caso do Goleiro Bruno.

Entre mudanças e repetições um valor permaneceu sempre presente e válido: a necessidade de prova, afinal a prova absolve da dúvida e da culpa da condenação; alterou-se a ponderação do seu valor, mas nunca se eliminou a sua necessidade. Em termos criminais, outro elemento sempre presente na cena do crime foi a vítima. Mas, em nossos complexos tempos atuais (os tempos atuais, com os seus desafios atuais, sempre parecerão complexos ante aos tempos já vividos com seus desafios já enfrentados), mesmo a exigência

de uma vítima específica e identificada parece que já está sendo dispensada. É correto que a vítima já foi despersonalizada, falamos de quando o interesse difuso é vitimado no vilipêndio de cadáveres, danos ao patrimônio público, crimes de opiniões xenofóbicas e tantos outros, onde a vítima é o interesse público. Mas, e quando a vítima deseja sofrer a agressão? Mais, ainda quando não existe vítima porque esta se converteu em seu próprio agressor?

Um exemplo de crime sem vítima é o de consumo de drogas. Quem é a vítima? O usuário. Quem é o criminoso? O usuário. Ora, poderá o mesmo agente ser criminoso e vítima ante o mesmo fato?

Opiniões liberais argumentam que o maior problema do usuário de drogas é o não usuário de drogas.

Opiniões conservadoras argumentam que o maior problema do usuário de drogas é o custo social de sua escolha: que será suportado – em tese – pelo não usuário: quer pelo custeio do sistema de saúde, quer pelo custeio do sistema de segurança, etc.

Bom, em sendo verdade um e outro argumento, como se resolveria o conflito entre os dois grupos se o usuário dispusesse de meios para prover sua própria saúde e se reivindicasse o seu direito de plantar e consumir o seu próprio fumo? Será que neste quadro hipotético, manter a vigência da regra de proibição não significaria validar um quadro onde o criminoso e a vítima seriam a mesma pessoa? Assim como o homicídio um dia exigiu a existência de um corpo, o da vítima, também o uso de entorpecentes exigiria a existência de uma vítima diferente do próprio criminoso?

No documentário Solitário Anônimo³, dirigido por Débora Diniz, somos confrontados com um caso onde a vítima deseja ardentemente morrer, mas a enfermeira insiste em manter os sinais vitais: enquanto o paciente quer exercer o seu direito potestativo de morrer a enfermeira deve exercer a sua obrigação de não deixar o “Solitário Anônimo²” morrer, sob pena de incorrer ela própria no crime de omissão de socorro, além de violar a regra ética de seu ofício. O filme nos expõe ao diálogo insólito quando a enfermeira quer introduzir uma sonda para alimentar – a força – o paciente que não quer se alimentar para enfim morrer:

“Por que o senhor acha que a gente está desrespeitando o senhor?”

“Porque eu não quero isso.”

3 DINIZ, Débora. O Solitário Anônimo. Produtora Imagem Livre, postado livremente na internet em 2010, no VIMEO <http://vimeo.com/6132056>

“Mas por que o senhor não quer?”

“Quero morrer em paz.”

“Morrer de fome?”

“Eu quero morrer do jeito que eu quiser.”

Neste instante o expectador, se jurista, poderá pensar que a conduta da enfermeira viola um direito do paciente, afinal “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”. Estará o paciente obrigado a se alimentar por força da enfermeira, vez que não existe lei que obrigue ao consumo de alimento, senão a lei da sobrevivência?

E o diálogo prossegue:

“Mas a vida é tão boa, por que o senhor quer morrer?”

“Isso não é problema seu.”

“Mas desde que o senhor esteja aqui, a gente tem que tratar o senhor.”

Há um evidente choque entre uma utopia e uma distopia, que deriva do choque primeiro entre a vontade do indivíduo e a vontade do Estado.

Na “Justiça”, o choque entre utopia e distopia ocorre intensamente.

No cotidiano, a expectativa de “Justiça” mostra-se utópica, conquanto substituída por uma prática distópica que se dedica a separar o que é legal do que é ilegal. A Justiça – em tese – é ambiente para o jurista, mas na prática é comandada por outro personagem, “O Legalista” (o jurista foi convertido em uma figura pouco empolgante: “o operador do direito”). O problema seria menor se o processo de construção da legalidade fosse de fato puro e virtuoso. Quando posto em cheque a democracia representativa, que pouco mais faz do que converter sociopatas em legisladores, torna-se uma perversão absoluta converter um Poder de Justiça em mero aplicador das leis, das leis produzidas por meio de uma representatividade democrática inacreditável porque inexistente.

O que se coloca em questão é a percepção externa da Justiça como realização do modelo de Platão, ao passo que internamente ela se comporta como forma e função de Estado. Enquanto a expectativa social é de se relacionar com uma Justiça platônica, decidindo entre o justo e o injusto, cada vez mais a Justiça atua como aparelho selecionador entre o que é legal e o ilegal.

Enquanto o Poder Judiciário for denominado como “Judiciário”, estaremos lidando com uma dissonância cognitiva. Quando o mesmo poder passar a ser tratado como Poder Legal, sim, estaremos próximos de compreender a espécie real de poder com que estamos tratando.

O Poder Legal tem por premissa uma suposta capacidade superior de seres superiores decidirem o que é melhor para o indivíduo. E isto é apenas parte do problema. A outra metade da conspiração acontece quando os mesmos seres superiores também decidem o que é melhor para os superiores permanecerem superiores: é quando somos guindados de uma democracia representativa para um sistema de castas aristocráticas.

O Solitário Anônimo expressa esta convicção em seu depoimento:

“As pessoas creem que têm o direito de se preocuparem com as outras.”

Ao indivíduo que escolhe morrer, o ser superior diz que é melhor viver: afinal, o Estado não pode prescindir de seus súditos. Mas o Solitário Anônimo não concorda:

“O que eu queria? Eu queria ser deixado em paz, só isso.”

“Ter o meu direito de... direito de morrer!”

Pensa e repete:

“Queria ter o direito de morrer.”

E para não deixar dúvidas de sua vontade, afirma:

“Estou sendo sincero.”

Perguntada, pela repórter televisiva, se o Solitário Anônimo tinha consciência clara do seu direito de morrer, a porta voz do hospital declara:

“Sim, ele tem plena consciência disso que até citou a Constituição: que é um cidadão livre, com direito de estar onde quiser, de transitar onde ele quiser. Ele, todo o tempo alega que a gente estava coagindo, forçando, violentando o direito civil dele.”

“Que direito?” pergunta a repórter.

“De liberdade total. De morrer...”

A porta voz do hospital esclarece:

“Ele me disse assim: você não está me dando opção”.

“Eu disse: mas nós estamos preservando a sua vida”.

“Ele disse: mas eu não preciso de nada, nem de cuidado nem de nada, simplesmente me deixar em paz”.

O Solitário Anônimo desiste, ante ao poder irresistível da arma secreta da sociedade: a sedação.

“Eu comecei a me conscientizar que o meu propósito era inviável, a partir de quando eu fui obrigado a comer. Porque ali não adiantaria ter resistido mais do que eu resisti.... O hospital, aquela engrenagem hospitalar,

teria vencido, porque eles têm na mão um elemento que tira a vontade do indivíduo, tira até a consciência do indivíduo, que é a sedação.”

Quando o Solitário Anônimo tem o seu poder volitivo anulado pela sedação, uma comparação se torna necessária: o indivíduo não pode exercer a sua vontade de usar sedativos, mas não tem como impedir que o Poder Legal determine a utilização compulsória da sedação como forma de inibir a manifestação da vontade pessoal do próprio indivíduo. Em outras palavras, o cidadão não pode se drogar, mas pode ser drogado em nome do interesse público.

Ao indivíduo que por escolha sã, ou insanidade, resolve se drogar, o ser superior diz que a droga é ruim e que conhece para o drogado uma alternativa muito melhor: o cárcere.

Assim, sabedor do que é certo e errado, do que é melhor e pior, do que é legal e ilegal, uma mesma conduta mostra-se aqui proibida, ali permitida. Se certo aqui e errado lá, ou vice-versa, o Estado é senhor da vida e da morte. Enquanto em algumas nações pode condenar os seus súditos à pena de morte, em outras o Estado retira dos súditos o direito de morrer: fato documentado no “Solitário Anônimo”, onde a personagem já sem família e amigos (solitário) e também sem nome (anônimo), despido quase de tudo e mesmo renunciando à vida, está obrigado a manter-se na posse dos sinais vitais, proibido de morrer. O mesmo fato será tratado de forma diversa pelo só motivo de ocorrer em leito diverso: se aqui, se acolá, modifica a lei, o dever e o poder, modifica o permitido, o obrigatório e o proibido.

Quando ocorre do réu ser também vítima, devemos observar o Princípio da Lesividade, segundo o qual não se pune conduta que não possa lesar terceiros ou à coletividade. Ora, se uma determinada conduta não lesa a terceiros nem a coletividade, lesando ninguém mais que o próprio agente, deve ela ser punida? O Princípio da Lesividade nos responde que não, assim como a Inquisição nos respondia que sim, punindo o suicida falido por ter atentado contra a sua própria vida (uma modalidade exótica de tipo penal que só existia em sua forma tentada).

E quem, neste contexto é o réu que também é vítima? O réu que também é vítima será aquele que, na expectativa de receber Justiça, vem a conhecer apenas e tão só a sua sombra (ou forma sensível, como quer Platão): o sistema legal, transitório e temporal, burocratizado ao grau máximo. Ele pede Justiça e recebe um número, um processo.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Débora. **O Solitário Anônimo**. Produtora Imagem Livre, postado livremente na internet em 2010, no VIMEO <http://vimeo.com/6132056>

TARDE, Jean Gabriel. **As Transformações do Direito**. Editora Supervirtual, 2002, tradução Maristella Bleggi Tomasini, pag 86 a 90.