

Ignorando passado, Processo Penal revive Auflockerung nazista



**Jacinto de Miranda
Coutinho**
Advogado e professor

No final de setembro passado e aproveitando um congresso em Pisa e

Firenze, na Itália, fomos à Polônia para visitar Auschwitz. Embora um final de semana seja pouco para um mergulho mais profundo naquilo que o nazismo legou às futuras gerações, foi mais que suficiente para *sentir* o que é preciso, aprender e, a partir dali, começar a pensar nas consequências. Auschwitz, em todos os sentidos, é uma aula do que o ser humano é capaz de fazer e, particularmente, do que se não deve fazer.

Sendo um mundo à parte, não pode ser referido senão por meras passagens.

Duas delas servem aqui e dizem com *escritos* que estão no Campo de Concentração. A primeira é a face mais visível da manipulação nazista da linguagem. Na porta principal de Auschwitz, assim como nos outros Campos, os nazistas escreveram: “*Arbeit macht frei*” (o trabalho liberta). Com isso, pensavam enganar o mundo e, quem sabe, a si mesmos, mormente quando se sente, em todos os cantos, o *spectro da morte* e a razão para tanto. Era pura canalhice!

Doutra parte, os administradores do campo, na entrada de um dos pavilhões, escreveram, de George Santayana, em polonês e inglês, algo que, de fato, não se deve esquecer: “*Those who do not remember the past are condemned to repeat it*” (aqueles que não recordam do passado estão condenados a repeti-lo). A frase, símbolo da luta contra o nazismo, naquilo em que abre para o indeterminado, joga luz para o futuro e força a se questionar o presente. Afinal, o horror de muitas das faces do nazismo aparece todos os dias e, contra elas, é preciso não ceder.

Sobre o tema escrevemos um pequeno prefácio à segunda edição do livro do José de Assis Santiago Neto [\[1\]](#) e, nele, vem à tona parte significativa do problema:

“Vê-se, sem muito esforço, que estão presentes as partes que importavam das teorias de Elio Fazzalari (na forma como foi dissecada em Minas Gerais por gente de muita qualidade) e Franco Cordero, ao denunciar a base do mecanismo psíquico adotado pela matriz inquisitorial, isto é, de que a gestão das



provas em mãos ao juiz pode produzir “quadros mentais paranoicos”, algo a ser tomado, por primário, a partir dos referidos “quadros mentais” e não propriamente (a não ser que seja o caso) da paranoia. Enfim, de que se pode tomar o imaginário como real e, contra as expectativas, decidir antes e, depois, sair ao encalço das provas que justifiquem a decisão antes tomada. Os lugares dos atores processuais foi meticulosamente indicado e, assim, ficou garantido o respeito aos preceitos constitucionais.

A partir daí “Zé de Assis” percebeu, com clarividência, o que se tem passado com o processo penal brasileiro. Em verdade, hoje, como em nenhum outro tempo, tem-se por aqui o *Auflockerung* nazista não só porque vive como, também, em face de estar produzindo infindáveis estragos e (pior) muitos adeptos, talvez (para ser condescendente) pela falta de conhecimento. Afinal, aquilo que Giuliano Vassali havia vislumbrado no pós-guerra e Daniele Negri anotou com precisão é lição para não ser esquecida em hipótese alguma:

“No mais, as páginas do mestre são riquíssimas de citações dos congressos internacionais, nos quais, logo depois da caída dos regimes autoritários, recomeçou-se a debater sobre questões processuais mais urgentes no novo clima democrático (garantias da defesa, abusos na prisão preventiva). Particular atenção foi dedicada por Vassali à experiência do ordenamento alemão, paralela àquela italiana na saída da ditadura e tanto mais significativa enquanto caracterizada por uma tradição jurídica assaz influente sobre os nossos processualistas. *Essa estava justo então se liberando dos delírios iconoclastas da ‘Auflockerung’ [afrouxamento], o princípio reformador do período nazista segundo o qual seria preciso tornarem-se elásticas, flexíveis, as formas do processo penal, reduzindo ao mínimo indispensável os freios, as preclusões e os obstáculos à atividade do juiz para o fim de buscar a verdade e alcançar assim a justiça material* (Schäfer, Dahm, Freisler, Siegert).” (tradução livre – sem grifos no original).^[2]

O parágrafo de Daniele Negri, não obstante, não para neste ponto e é salutar ir um pouco mais adiante a fim de que se possa notar como tudo isso faz sentido no que vai ocorrendo no processo penal brasileiro de hoje, em largos espaços, talvez os mais reluzentes e midiáticos:

“Coglie nel segno Francesco Palazzo, quando rammenta il vibrante richiamo di Vassali ad uno dei primi contributi di denuncia, nella dottrina tedesca, dei perversamenti subiti dalla legislazione processuale penale durante il regime totalitario: *Niethammer (1949) aveva stigmatizzato il costo umano, in termini di condanne a morte, riconducibile al semplice rovesciamento del criterio di ammissione della prova, non più considerata come un diritto ma lasciata all’arbitrio del giudice.*” (Acerta Francesco Palazzo quando relembra a vibrante citação de Vassali a uma das primeiras contribuições de denúncia, na doutrina alemã, das perversões sofridas pela legislação processual penal durante o regime totalitário: *Niethammer (1949) tinha estigmatizado o custo humano, em termos de condenação à morte, reconduzível à simples inversão do critério de admissão da prova, não mais considerada como um direito mas deixada ao arbítrio do juiz.*)” (tradução livre – sem grifos no original).

Vive-se, no Brasil de hoje, uma situação paradoxal: tem-se uma aparente liberdade, mas ela não é dimensionada para se respeitar as regras e sim para se fazer o que se quiser, máxime por parte dos

órgãos do Estado. Quando isso se conjuga com os órgãos do poder, mormente os jurisdicionais, a hermenêutica, na conduta de muitos, vira um brinquedo pelo qual se interpreta como se quiser, dando aos textos os sentidos próprios, suas próprias verdades.

Estaria bem, sem dúvida, se cada um estivesse autorizado a fazer suas próprias leis e pudesse dar a elas os sentidos que bem entendesse, solipsisticamente. Não é assim, porém. Ao contrário, não se duvida que um agir desse modo é sempre antidemocrático, embora seja o que esteja acontecendo, sempre em nome de uma verdade que convive com o fato de que os fins justificam os meios.

Os fins, contudo, não sendo jurídicos, são morais, ou melhor, marcados por um moralismo (padrões que se não usa para si e sim tão só para os outros) que há muito se pensava estar superado porque, não tendo um denominador comum e, portanto, controle, deveriam ter sido banidos para sempre em nome da cidadania. Enfim, tem-se leis (a começar pela Constituição da República), mas elas valem pouco se não são levadas a sério. Isso lembra o verso do genial e inesquecível Millôr Fernandes: “Deixemos de bobagens / Constitucionais / Nem mesmo as éguas / São iguais.”^[3]

Hoje poucos duvidam que somos construídos pela história e que a construímos também, logo, sem respeito pelas regras e, com elas e nelas, sem respeito pelas diferenças, estamos condenados a repetir os mesmos erros e a seguir convivendo com falta de democracia.

[1] SANTIAGO NETO, José de Assis. Estado democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, 294p.,

[2] NEGRI, Daniele. Agli albori di un paradigma dell’Italia repubblicana: il processo penale come ‘diritto costituzionale applicato’. In *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana: materiale dall’incontro di studio – Ferrara, 12-13 Novembre 2010*. A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi. Milano: Giuffrè, pp. 25-6: “Del resto le pagine del maestro sono ricchissime di richiami ai congressi internazionali, nei quali, subito dopo la caduta dei regimi autoritari, si era ricominciato a dibattere sulle questioni processuali più urgenti nel nuovo clima democratico (garanzie della difesa, abusi della custodia preventiva). Particolare attenzione viene dedicata da Vassali alla esperienza dell’ordinamento tedesco, parallela a quella italiana nell’uscita dalla dittatura e tanto più significativa in quanto caratterizzata da una tradizione giuridica assai influente sui nostri processualisti. Essa si stava giusto allora affrancando dai deliri iconoclasti della ‘Auflockerung’, il principio riformatore del periodo nazista secondo cui si sarebbero dovute rendere elastiche, flessibili le forme del processo penale, riducendo al minimo indispensabile i freni, le preclusioni e gli ostacoli all’attività del giudice allo scopo di ricercare la verità e raggiungere così la giustizia materiale (Schäfer, Dahm, Freisler, Siegert).”

[3] Millôr definitivo: a bíblia do caos. 3ª ed. Porto Alegre: L&PM, 1994, p. 242.