

## CASOS GARZÓN: NECESSÁRIO DISTINGUIR

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ <sup>1</sup>

O Autor aborda, de modo claro e numa perspectiva pessoal, o processo contra o mediático juiz Baltazar Garzón, procurando explicar os seus múltiplos e complexos contornos; o texto foi pensado para ser lido por um leitor estrangeiro, dissecando as particularidades do sistema do país vizinho. Os principais beneficiados desta análise seremos, pois, cada um de nós agora melhor habilitados na percepção de um episódio que marcará para sempre a história do Judiciário espanhol.

### NOTAS PRÉVIAS

A Audiência Nacional (AN) é um tribunal com sede em Madrid e com “jurisdição por toda a Espanha” (art. 62.º da *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ)). É composta por três secções, a Penal, a do Contencioso Administrativo e a Social, as quais recebem o nome da matéria da sua competência.

A AN nasceu pelo *Real Decreto Ley* de 4 de Janeiro de 1977, no mesmo dia da extinção do Tribunal de Ordem Pública franquista, instrumento judicial da ditadura para a repressão de quaisquer actos de oposição ao regime, desde os de carácter violento até aos de mera opinião. Era um tribunal especial, de cariz vincadamente político, cujos membros, magistrados de carreira, eram nomeados de forma completamente arbitrária e em função da sua ligação ideológica ao franquismo.

A AN foi criada, essencialmente, com o fim de manter fora do País Basco o julgamento dos crimes de terrorismo e foi, também, dotada de competências extra-penais, de forma a procurar *normalizá-la* como instância, em termos de imagem. Hoje, goza do estatuto de órgão de jurisdição ordinária, cujos lugares são preenchidos por concurso, com critérios semelhantes aos dos restantes tribunais. No entanto, no âmbito penal (onde se incluem os seus juízos de instrução), apresenta ainda traços com características atípicas, que, ainda

---

<sup>1</sup> A tradução do texto original foi feita pelos juizes Rui Reis, de Portugal, e Carlos López Keller, de Espanha.

que de forma mais ténue, mantêm acesa alguma polémica <sup>2</sup>. Especialmente, porque a sua principal ocupação (durante bastante tempo de forma quase exclusiva) — o julgamento dos crimes relativos ao terrorismo da ETA — foi fonte de uma jurisprudência, sobretudo adjectiva, com características excepcionais, e que tinha tradução frequentemente em práticas judiciais infraconstitucionais e mesmo infralegais, de acentuado cunho *emergentista*. E, com notória tendência para privilegiar as informações auto e hetero-incriminatórias obtidas durante a detenção policial <sup>3</sup>, de acordo com padrões de apreciação claramente deficitários no campo das garantias, práticas que acabaram por manchar de forma significativa toda a actividade jurisdicional da AN, incluindo particularmente aquela relacionada com os crimes de narcotráfico. Evidentemente — não se pode ocultar — muitas vezes, devido à gravidade dos factos e à forte pressão social que exigia uma resposta contundente, tais linhas de jurisprudência, infelizmente, tiveram um acolhimento demasiado favorável no Supremo Tribunal e também no Tribunal Constitucional.

À Secção Penal da AN, para além dos actos de terrorismo, compete conhecer da grande delinquência económica, do tráfico de drogas a cargo de grupos organizados, dos crimes cometidos fora do território nacional, quando, segundo as Leis e os Tratados, o seu julgamento seja da competência dos tribunais espanhóis, entre outros. As funções de investigação estão atribuídas a seis Juízos Centrais de Instrução, também sediados em Madrid e com competência em toda a Espanha.

Baltazar Garzón Real foi, desde 1988, titular do Juízo Central de Instrução n.º 5. Como tal, coube-lhe gerir causas de grande importância pública, no âmbito do terrorismo da ETA e também, em dado momento, no do chamado terrorismo de Estado. E, neste contexto, protagonizou a acção que levou um dia à detenção de Pinochet: decisão histórica que, sem dúvida, assinala um antes e um depois na perseguição dos crimes contra a humanidade <sup>4</sup>. De Garzón pode dizer-se, além disso, que inaugurou um *estilo* no que concerne à relação com os meios de comunicação e ao modo de se apresentar perante

---

<sup>2</sup> Um desses traços, com especial relevo, é o da enorme desproporção relativamente ao número de procuradores e de juizes de instrução. A *ratio* é de, pelo menos, 1 para 6, o que — segundo expressava com argúcia C. Castresana, faz alguns anos — significa que a iniciativa da investigação dos casos está, de facto, nas mãos da polícia, quer dizer, do Ministério do Interior e dos procuradores, isto é, do Ministério da Justiça, o que significa que são estes últimos quem, sob esse regime de dependência, dirigem a instrução das causas com maior importância que, em termos objectivos, se tramitam no país (em *Luces y sombras de la Audiencia Nacional*, no “El País”, 12 de Novembro de 2003).

<sup>3</sup> Nos casos de terrorismo, o regime de incomunicabilidade pode durar até 5 dias, não obstante a consagração constitucional do *nemo tenetur*.

<sup>4</sup> As denúncias dos crimes das ditaduras militares chilena e argentina devem-se ao procurador Carlos Castresana, que na altura da sua apresentação era membro do secretariado da União Progressista do Ministério Público, e, depois, passou a ser presidente da mesma. Castresana foi, realmente, o estudioso que abriu caminho para essa forma de agir da justiça espanhola, ligada ao princípio da jurisdição universal, do qual não existia qualquer precedente. Desta actuação faz eco L. Napoleoni, Garzón. *A hora da verdade*, trad. De M. Carol, C. Méndez y E. Rodriguez, Principal de los libros, Barcelona, 2011, pp. 183 e 189.

estes. O resultado é uma notoriedade *estelar* de um juiz, sem precedentes no país e fora dele. E que tem, por certo, a sua razão de ser, não só no fundado interesse de algumas das causas tramitadas, mas também no modo muito pessoal e cuidadoso de cultivar e *administrar* a projecção publicitária, e nalguns momentos política, do seu papel, facto que distinguiu este singular magistrado <sup>5</sup>. Tudo favorecido, na sua origem, pelo peculiar regime de competência do Juízo Central de Instrução, o qual propicia a concentração anómala do poder *judicial* no respectivo titular. De um poder no qual, precisamente, essa forma cumulativa de produzir-se induz um inevitável, anómalo, *salto* — neste caso de perda — *de qualidade*, capaz de tornar o juiz, como sucedeu neste caso, num pequeno (ou não tão pequeno) *Leviatã* <sup>6</sup>. Com efeito, nesta matéria, bem se sabe, considerando apenas as razões objectivas, o excesso comporta um risco de deterioração da própria natureza jurisdicional da actividade, que, não por acaso, no Estado constitucional, tem na atomização, no seu carácter difuso, na discricção do seu exercício, um dos traços caracterizadores e uma garantia face ao abuso a que inevitavelmente está exposta. E não é a única peculiaridade questionável que incorporam, como figura orgânica, os Juízos Centrais de Instrução. Com efeito, ao aludido sobredimensionamento das atribuições dos seus titulares, junta-se a implícita postulação de um questionável *modelo* de juiz: a do *super-instrutor* televisivo

<sup>5</sup> Ambas as circunstâncias abriram o caminho para a política. Com efeito, Garzón foi o juiz de instrução do caso denominado Grupos Antiterroristas de Libertação (GAL), organizados a partir do Ministério do Interior, na fase socialista, para responder ao terrorismo da ETA no seu próprio terreno, e que estiveram activos entre 1983 e 1987. Ora, em 1993, quando Garzón os investigava, Felipe Gonzalez, presidente do governo (certamente sob suspeita), num momento muito crítico do seu partido, teve a habilidade de convidar Garzón a fazer parte da sua lista, como número dois por Madrid, nas eleições desse ano. Garzón aceitou, diz-se e é o mais plausível, com a expectativa de obter um cargo ministerial. Mas, o certo é que Gonzalez o confinou a um lugar secundário e, por isso, em Maio de 1994 renunciou ao cargo e ao assento parlamentar. Desencantado, disse, deixou a política. De acordo com o disposto na LOPJ, graças a uma reforma introduzida anos atrás pelos próprios socialistas, Garzón pôde voltar ao tribunal de origem, onde retomou o caso GAL com especial afinco, chegando a deduzir perante o Supremo Tribunal uma acusação contra Felipe González (a qual não teve sucesso). Por último, ficou-se pela condenação de um ex-ministro do Interior e de um secretário de Estado para a Segurança, entre outros.

<sup>6</sup> C. Castresana falou de um «poder extra-jurídico, por vezes, ligado à política» (op. cit.). Por seu lado, no plano teórico e numa perspectiva de princípio, L. Ferrajoli explicou que o exercício correcto da jurisdição procura uma compensada relação entre os vectores *saber-poder*, que a constituem. Trata-se de uma relação cujo equilíbrio deve dar-se, por regra, em cada processo, no jogo das garantias processuais, na dupla dimensão jurídica e epistémica. A anómala acumulação de processos, mais particularmente os de relevância económica, política ou de outra índole, num único órgão, especialmente quando é unipessoal, gera inevitavelmente um *plus* de poder, que é *extra-processual* e pessoal, dado que vai mais além do que está concretamente localizado em cada causa. Por tal, falta-lhe a necessária contrapartida da garantia e fica perigosamente exposto ao abuso (Cfr. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, trad. De P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguely J. Terradillos, Trotta, Madrid, 10.<sup>a</sup> ed. 2012, pp. 45 ss. e Principia iuris. 2. Teoría de la democracia, Totta, Madrid, 2011, p. 209-210).

ou cinematográfico em *luta*<sup>7</sup> contra a delinquência. Anómalo estereótipo, frequentemente presente nas actuações e, inclusivamente, nas declarações de certos juízes centrais, e particularmente em Garzón, quando, como se deveria saber, o juiz, no exercício das suas funções, não pode perseguir nenhum interesse (nem sequer político-criminal) predeterminado que não seja o da imparcial *verificação* do sucedido no (em cada) caso concreto.

## PECULIARIDADES DO QUADRO PROCESSUAL

A *Ley de Enjuiciamiento Criminal* que, com inúmeras reformas, data de 1882, consagra o carácter público da acção penal (art. 101.º). Logo no art. 105.º, atribui o exercício da acção penal, com natureza obrigatória, aos funcionários do *Ministerio Fiscal* (que de ora em diante se traduzirá por Ministério Público)<sup>8</sup>. Todavia, o próprio art. 101.º, tratando-se de crimes públicos, reconhece «a todos os cidadãos espanhóis» esse direito, e o art. 270.º especifica que devem exercitá-lo através de uma *queixa*, quer dizer, não só com a simples comunicação ao juiz da *notitia criminis*, como também assumindo activamente a posição de parte activa na causa.

A Constituição de 1978, no seu art. 125.º, acolheu o instituto da acção popular, como meio de participar na administração da justiça. Este instituto teve um especial protagonismo nas últimas décadas, sobretudo na perseguição dos crimes imputados a sujeitos públicos, nos casos em que o Ministério Público (hierarquizado e dependente do governo em última instância) tem manifestado uma ostensiva e crónica passividade. Contudo, também é verdade que a acção popular, que cumpriu essa relevante função de benemérita substituição da inactividade do actor oficial, tem também sido objecto frequente de uma utilização oportunista. E, em concreto, mesmo utilizada na perseguição de crimes públicos, transforma-se, por vezes, no recurso instrumental de grupos de obscura filiação e de sujeitos particulares, ou mesmo dos próprios partidos, no contexto de estratégias pouco claros, ou não.

---

<sup>7</sup> Isso de entrar na *luta* contra a criminalidade, especialmente a de carácter organizado, é um tema condenável para consumo de massas, já incorporado com a maior naturalidade na subcultura e linguagem de alguns juízes, com o inevitável reflexo na opinião. Precisamente o jornal “El País” — recorde-se, numa altura muito crítico com Garzón — chamou-o de “*juex campeador*”, onde “*campeador*” equivale a guerreiro, sendo o qualificativo com o qual se distinguiu um lendário chefe medieval, Rodrigo Diaz de Vivar, também conhecido por El Cid, combatente incansável contra os *mouros*. (Cfr. “Vacaciones supremas”, artigo editorial do “El País”, 1 de Agosto de 1995). Precisamente na sequência da condenação do magistrado por uma das causas de que aqui se fala, a imprensa internacional fez eco da sua vontade de “perseguir lutando ...” de acordo com declarações prestadas por ele a um meio de comunicação da América Central.

<sup>8</sup> De «*exercer, com respeito às disposições da lei, todas as acções penais que se considerem procedentes*» diz-se no preceito. Convém referir que este sempre foi unanimemente interpretado no sentido de que esse juízo de *procedência* deve versar sobre a subsunção da conduta a um preceito penal, sendo, por conseguinte, alheio a critérios de oportunidade.

Isto contribuiu para que se criasse um clima, poderia dizer-se transversal, de opinião política (não desinteressada), de franca hostilidade para com o instituto e a que se propagassem tomadas de posição favoráveis à drástica redução do seu âmbito, mesmo nos meios da cátedra e do foro. Certo é que, se não fosse pela acção popular, ainda que movida por mãos nada santas, os gravíssimos crimes, cometidos nos meios públicos, em anos recentes, haveriam de ser favorecidos pela impunidade.

A Secção Segunda do Supremo Tribunal, a Penal, composta por quinze juízes, tem competência para a instrução e julgamento — em instância única <sup>9</sup> — dos processos crime instaurados contra determinados titulares de cargos públicos que gozam de foro privilegiado (conforme o art. 57.º LOPJ). Entre eles encontram-se os juízes da Audiência Nacional. Estes processos contra os que gozam do privilégio desse foro devem instaurar-se mediante a apresentação de uma queixa, apresentada pelo Ministério Público ou por particulares. O regulamento interno para a atribuição de competência a determinados juízes dentro da Secção Segunda, para intervir nestes e noutros casos, rege-se por normas aprovadas com carácter geral pela Secção do Governo do Supremo Tribunal.

O modo legal, tradicional, da tramitação é o seguinte. A decisão de admitir ou não a queixa compete a uma secção, constituída em turno (actualmente por cinco juízes). Quando esta admite a tramitação da queixa, a instrução é atribuída a outro juiz, também designado em turno de entre os restantes da própria Secção Segunda. Por último, o julgamento (como disse, em única instância) e a decisão sobre o mérito *estavam* atribuídos à própria secção de admissão, que também *tinha* conhecido dos incidentes eventualmente suscitados contra as decisões do instrutor. Mas aqui falo no passado, dado que neste ponto, e na altura do julgamento do primeiro processo dos instaurados contra Garzón (conhecido como o dos *crimes do franquismo*) deu-se uma bem fundamentada mudança de critério na formação da secção do julgamento, a que me referirei.

## **ALGUMAS INCIDÊNCIAS RELEVANTES DA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS INSTAURADOS CONTRA GARZÓN**

O processo conhecido como o dos *crimes do franquismo*, começou pelo conjunto de três iniciativas, respectivamente do chamado Sindicato dos Fun-

---

<sup>9</sup> No art. 2.º do Protocolo n.º 7 da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, depois de se dispor, no primeiro parágrafo, que toda a pessoa condenada por um crime tem direito a que a sua sentença ou acórdão seja revisto por um tribunal superior, afirma como excepção, entre outros, os casos em que a pessoa afectada seja julgada em primeira instância pelo tribunal de grau mais elevado.



cionários Mãos Limpas <sup>10</sup>, da Falange Espanhola <sup>11</sup> e da Associação Civil Liberdade e Identidade <sup>12</sup>, cada uma das quais, exercendo a acção popular, apresentaram queixa contra Garzón como autor de um crime de prevaricação, pela forma como, em 2008, decidiu tomar conta da denúncia dos crimes franquistas e assumir a perseguição penal, bem assim como pelas decisões tomadas para o efeito.

Uma secção, constituída <sup>13</sup> da forma já referida, resolveu admitir a tramitação de ambas as queixas, entendendo existir matéria criminal no modo de agir do juiz. E, de seguida, segundo o legalmente preceituado, entrou em funções o instrutor <sup>14</sup> que se encontrava de turno nessa altura. Este levou a cabo a investigação e, fazendo-se eco das queixas, ordenou o início do julgamento.

A secção de admissão — que, após ter admitido as queixas, conheceu de diversos recursos da defesa contra as decisões do instrutor, confirmando-as — agindo de acordo com o critério tradicional atrás exposto, manifestou a sua disponibilidade para assumir também o julgamento <sup>15</sup>. Contra tal modo de proceder — legal, mas pouco defensável, à luz da melhor jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e do Tribunal Constitucional espanhol, em matéria de “imparcialidade objectiva” — foi oposta pela defesa a recusa de todos os elementos que integravam a dita secção. Do incidente — por

---

<sup>10</sup> Tomou o nome do movimento promovido pelo juiz Di Pietro. Autodefine-se como sindicato, em especial de funcionários, que procura a defesa dos interesses dos seus associados, e, em geral, da transparência e dignidade dos poderes públicos, a denúncia das corrupções políticas e do que lese o interesse público em geral, e a defesa da ordem constitucional face a movimentos separatistas. Embora rejeite a classificação de ultradireita, que habitualmente, lhe é associada, há um amplo consenso nos mais diversos meios para o definir como tal, quer pelos seus fins, quer pela sua semântica, pela qualidade das iniciativas, como pelo perfil da sua figura mais representativa, ao que acresce o facto de em dado momento ter partilhado a sede com a chamada Frente Nacional do Trabalho. É conhecido, sobretudo, pelas suas queixas, apresentada no exercício da acção popular.

<sup>11</sup> Grupo herdeiro do histórico partido fascista, cuja queixa foi no fim excluída pelo instrutor, por razões processuais.

<sup>12</sup> Os seus propósitos declarados são «*formar a pessoa e redescobrir a nação*». Justifica a sua iniciativa contra Garzón pela ilegalidade das suas actuações e porque, ao contrário do que aconteceu neste caso, alguns anos atrás, tinha rejeitado abrir um processo, entre outros, contra Santiago Carrillo (líder histórico do Partido Comunista de Espanha), como presumível responsável pelo massacre conhecido pelo nome Paracuellos, que atingiu vários milhares de presos no Madrid republicano, por entender, entre outras razões, que os crimes tinham prescrito.

<sup>13</sup> Entre outros, pelo juiz Adolfo Prego, imediatamente denunciado pelas suas atitudes ultraconservadoras e pela afinidade ideológica às formações promotoras da queixa.

<sup>14</sup> Luciano Varela Castro, cuja instrução foi constantemente denunciada como inquisitiva e persecutória ao máximo, pelos meios de comunicação favoráveis à opinião de Garzón, “El País”, em particular, por vezes em termos injuriosos.

<sup>15</sup> Este critério histórico-legal, da mesma secção que teve conhecimento da admissão da queixa supervisionar a instrução e assumir também o julgamento, tinha apoio em decisões do Tribunal Constitucional e do próprio Supremo Tribunal, onde se decidiu que não eram actos de instrução, nem comprometiam a devida imparcialidade para julgar, quer a admissão para tramitação da denúncia ou queixa, quer a decisão dos recursos contra as disposições do instrutor que se limitassem a verificar da regularidade do estabelecido por este.

falta de “imparcialidade objectiva” — conheceu a secção, como previsto no artigo 61.º da LOPJ <sup>16</sup> que, como era de esperar, confirmou a recusa. Deste modo, o tribunal encarregue de julgar devia ser *outro*, não podia ser composto por nenhum dos elementos que tivessem anteriormente intervindo na mesma causa. É este que, agora formado por sete juízes, julgou, finalmente, Garzón, por este caso, absolvendo-o <sup>17</sup>.

O processo conhecido como o das *escutas do caso Gürtel* iniciou-se devido a queixa (por um possível crime continuado de prevaricação judicial e outro de uso de aparelhos de escuta e gravação com violação das garantias constitucionais cometido por funcionário público), apresentada, a 9 de Dezembro de 2009, por um outro advogado. A esta primeira iniciativa juntaram-se, posteriormente, outras do mesmo género. Em todas as alegações se manifestaram reacções contra a interceptação feita por Garzón às comunicações presenciais dos arguidos no conhecido *caso Gürtel*, durante as entrevistas tidas com os profissionais de direito encarregues da sua defesa, quando se encontravam em prisão preventiva.

A secção, competente, decidiu admitir o prosseguimento da queixa, tendo sido designado instrutor, que ouviu em declarações o juiz, decidiu indiciá-lo e, após algumas diligências de investigação, a instâncias das acusações populares, abriu o julgamento oral. A mesma secção de admissão, que tinha decidido alguns recursos de defesa contra decisões do instrutor, segundo o critério tradicional aludido (desviando-se, por isso, do decidido pela secção do artigo 61.º da LOPJ a que anteriormente me referi), manifestou o seu propósito de julgar o acusado <sup>18</sup>. Também neste momento a defesa arguiu um incidente de recusa, tendo sido decidido de forma similar à do caso anterior, o que levou à constituição de um tribunal diferente para o julgamento, formado por sete juízes que não tinham tido antes qualquer intervenção na mesma causa <sup>19</sup>.

A 12 de Junho de 2009, os advogados Antonio Panea Yeste e José Luis Mazon Costa (não relacionados com outros casos), igualmente no exercício

---

<sup>16</sup> Dispõe o art. 61.º, 1, da LOPJ «*Uma secção composta pelo presidente do Supremo Tribunal, os presidentes da secção e o juiz mais antigo e o mais novo de cada uma delas conhecerá (...) 2.º Dos incidentes de recusa do presidente do Supremo Tribunal, ou dos presidentes da secção, ou de mais do que dois juizes de uma secção*». As recusas de um ou de dois juízes de uma secção, decidem-se, assim, pelo pleno da mesma.

<sup>17</sup> A absolvição decidiu-se por maioria de seis juízes (um deles o autor deste artigo), com um voto discordante do juiz Maza.

<sup>18</sup> Com excepção do autor deste artigo, que, por considerar-se contaminado na sua “imparcialidade objectiva” ao ter conhecimento do trâmite de admissão da queixa e de alguns recursos contra as decisões do instrutor, formalizou a sua abstenção.

<sup>19</sup> Entre eles, os dois instrutores dos processos dos *crimes do franquismo* e dos *fundos dos cursos de Nova Iorque*. A propósito, a secção do artigo 61.º LOPJ decidiu sobre a recusa de um deles por este motivo, concluindo que pelo facto de ter feito a investigação de uma causa contra um arguido, não se segue qualquer efeito *contaminante* que impeça de o julgar com imparcialidade *numa outra causa*. Ao demais, na prática dos tribunais ocorre com certa frequência que o juiz que interveio num julgamento de onde resultou a condenação do acusado, volte a julgá-lo por outro facto em processo distinto.

da acção popular, formularam uma queixa contra Baltazar Garzón pelos possíveis delitos de prevaricação, fraude e corrupção. Tudo, porque o juiz, quando desfrutava de uma bolsa para estudar em Nova Iorque, fez, pessoalmente, diligências junto dos dois mais importantes banqueiros espanhóis e junto dos responsáveis das três mais relevantes empresas do país, com o fito de obter fundos destinados a financiar actividades académicas que ele iria dirigir num centro académico daquela cidade.

Admitida a queixa, o juiz instrutor desencadeou a correspondente investigação, consistindo, principalmente, em solicitar dados ao próprio suspeito, aos patrocinadores e à universidade nova-iorquina, e ainda, na realização de uma perícia contabilística.

Concluídas as diligências, afastados os crimes de prevaricação e fraude, ordenou a continuação do procedimento para julgamento por possível corrupção<sup>20</sup>. Nessa altura, o procurador opôs que, dado o tempo decorrido desde a prática dos factos até ao início do procedimento criminal, esse crime estaria prescrito. O instrutor manifestou concordância, encerrando o caso. Fê-lo com uma decisão na qual deixou de forma sintética, mas expressa, registados os indícios do crime apreciado que, em seu entender, satisfaziam os requisitos do tipo penal, e do porquê legal da prescrição.

## OS FACTOS DOS VÁRIOS PROCESSOS

Repito que os processos instaurados contra Garzón foram três: o conhecido como *dos crimes do franquismo*, o *das escutas no caso Gürtel* e o *dos fundos dos cursos da Universidade de Nova Iorque*. No que se segue, exporei de forma sucinta os factos tal como estão fixados nas decisões judiciais que puseram termo a cada um dos processos.

### **a) Processo dos crimes do franquismo**

A sentença, como antecipei, foi absolutória. Nela se censura Garzón por ter agido na perseguição dos crimes do franquismo contrariando o direito aplicável: ao apelar à legalidade internacional em matéria de direitos humanos, por uma via não prevista no ordenamento constitucional espanhol, ao ignorar a vigência da Lei da Amnistia 46/1997, de 15 de Outubro, e, por o ter efectuado, em qualquer dos casos, com manifesta falta de competência objectiva. Contudo, segundo o tribunal, tratou-se de uma intervenção em resposta às legítimas queixas das vítimas das acções criminais do franquismo, que hoje

---

<sup>20</sup> O crime conhecido como *corrupção imprópria*, segundo o art. 426.º do Código Penal, na redacção aplicável ao momento dos factos, é o que é cometido pela autoridade ou funcionário que aceita dádiva ou presente oferecido em consideração à sua função ou para a prática de um acto não proibido por lei.



seriam classificadas como crimes contra a humanidade, face à circunstância de que aquelas se encontram numa situação de desigualdade objectiva relativamente a outras vítimas de actos similares cometidos no tempo da guerra civil, no terreno dos vencidos, que foram perseguidos pelos vencedores. Por tudo isto, concluiu-se que à conduta do juiz teria faltado o elemento da injustiça que, para além da mera ilegalidade, exige o tipo penal.

O art. 9.º, 3, da Constituição Espanhola — argumentava também o tribunal — «*garante (...) a não retroactividade das normas sancionatórias não favoráveis*»<sup>21</sup>. Isto faz com que as acções criminais de referência (crimes de homicídio, amplamente prescritos) não pudessem ser perseguidas na altura da queixa como crimes contra a humanidade, sendo este um tipo penal introduzido no Código Espanhol em 2003<sup>22</sup>. Por outro lado, a Lei da Amnistia, promulgada no início da transição por consenso de todas as forças políticas, mantém-se em vigor: precisamente, a sua alteração foi expressamente recusada no passado dia 19 de Julho de 2011, pelo Congresso dos Deputados<sup>23</sup>. Além disso, a competência nunca tinha sido dos Juízos Centrais da Audiência Nacional que, para a investigação dos crimes contra a humanidade, só a têm atribuída quando os mesmos tenham sido cometidos fora de Espanha (art. 23.º LOPJ). Por isso, e para contornar o obstáculo — consciente, portanto, da própria falta de competência objectiva — Garzón<sup>24</sup> desencadeou uma dupla estratégia *processual*. Por um lado, conduziu formalmente a sua actuação como perseguição de um crime contra os altos órgãos da nação na época

<sup>21</sup> Justamente, como sublinharam os subscritores de uma das queixas deste caso, o mesmo Garzón tinha decidido em 1998 não aceitar uma queixa contra o líder comunista Santiago Carrillo e outros, pelo massacre conhecido como de Paracuellos, cometido contra milhares de presos durante o cerco a Madrid, em plena guerra civil. O argumento, literal, de Garzón foi de que «*os preceitos jurídicos alegados não são aplicáveis no tempo e no espaço, no fundo e na forma aos (factos) que se relatam no escrito (da queixa) e a sua invocação viola completamente as normas mais elementares da retroactividade (art. 9.º, 3, da Constituição Espanhola) e tipicidade (artigo 1.º do Código Penal)*». Quer dizer, a ausência duma via jurídica idónea para a persecução penal no ordenamento espanhol vigente.

<sup>22</sup> Argumenta o tribunal, segundo a decisão do conhecido caso como *caso Scilingo* (sentença 798/2007, de 1 de Outubro), que no ordenamento espanhol as normas internacionais carecem de eficácia directa, de modo que, a sua incorporação no mesmo só se pode produzir através do procedimento constitucionalmente previsto, sendo que o direito internacional consuetudinário não é apto a criar tipos penais completos.

<sup>23</sup> Convém recordar que a proposta de uma «*amnistia geral (...) alargada a todas as responsabilidades emergentes da guerra civil, das duas partes contendentes*» fez parte do programa do Partido Comunista de Espanha desde os finais de 1959. Mais que expressivas são as palavras de Marcelino Camacho (líder histórico das Comissões Obreras) e Santiago Carrillo (secretário geral do Partido Comunista de Espanha), ambos deputados comunistas, nas sessões do Congresso de Deputados de 27 de Julho e 14 de Outubro de 1977, defendendo em nome da sua formação a amnistia *para todos e para todos os delitos de cariz político*, sem restrições, como ponto de partida essencial para a nova era democrática que se abria ao país.

<sup>24</sup> Após ter tido as denúncias paradas durante dois anos, até que o movimento das famílias das vítimas e a contestação da lei conhecida como “da memória histórica” fez das suas reivindicações um tema mediático, da máxima actualidade, altura em que Garzón recuperou o impulso.

do golpe militar <sup>25</sup>. Para tal, fingiu ignorar o facto *notório* (hoje dado histórico) de que todos os possíveis responsáveis tinham falecido e, com o propósito de manter em aberto a causa, ordenou que a polícia investigasse a (im) possível existência de algum sobrevivente. De seguida fez-se entretanto atribuído de uma competência por conexão para perseguir os crimes do franquismo, recorrendo à ficção de classificá-los como *desaparecimentos forçados*, isto é, crimes de carácter permanente que estariam a ser executados quanto aos restos das vítimas que ainda não tinham aparecido <sup>26</sup>. Prescindindo, além disso, do facto, igualmente notório, de tratarem-se de homicídios certos, cometidos há muito mais de setenta anos, crimes, pois, de maneira nenhuma comparáveis aos “desaparecimentos” perpetrados sob égide das ditaduras do sul da América Latina. Deste modo, o juiz pôde levar a cabo algumas diligências, de alcance pouco mais que simbólico, sob a capa de um processo penal destinado objectivamente a não produzir qualquer efeito, a não ser obter publicidade, esta sim, alcançada com manifesta eficácia.

Após a sentença de absolvição no processo dos *crimes do franquismo*, datada de 28 de Março de 2012, a Secção Segunda do Supremo Tribunal proferiu uma decisão, que versou sobre a competência e o modo de agir nos casos daquela natureza, em particular, na recuperação dos restos das possíveis vítimas daquelas actuações. O ponto de partida é que, se era clara a data das mortes, por não serem já factos penalmente relevantes, não era pertinente a abertura de uma causa criminal e, conseqüentemente, nem a intervenção do Juiz de Instrução, que terá sido justificada com base na dúvida sobre esses dados. Isto significa que, de acordo com este critério, os presupostos penais dos actos da guerra civil terão que ser arquivados pelos titulares dos juízos onde se encontrem pendentes.

Na mesma decisão, sublinha-se o óbvio direito dos familiares na recuperação dos cadáveres das vítimas e na legalização das respectivas situações, não só por via administrativa, para o que existem disposições específicas (Lei n.º 52/2007), como também em matéria civil.

### **b) Processo das escutas no caso *Gürtel***

A investigação do conhecido *caso Gürtel* coube a Baltazar Garzón como titular do Juízo Central de Investigação n.º 5. O processo tinha como objecto factos que poderiam constituir crimes de branqueamento de capitais, fraude fiscal, falsificação, corrupção, associação ilícita e tráfico de influências, plausivelmente cometidos numa pluralidade de cenários territoriais por indivíduos integrados numa

<sup>25</sup> A Audiência Nacional e os Juízos Centrais são hoje os competentes para a perseguição do equivalente a esta espécie de crimes (art. 65.º, 1.º, a), LOPJ).

<sup>26</sup> Uma *reviravolta linguística* — que responde à pretensão de que os crimes em referência continuariam a ser cometidos mesmo depois de mortos os possíveis autores — bem classificada como “surrealista” por A Gil, em *La Justicia de transición en España. De la amnistia a la memoria histórica*, com prólogo de K. Ambos, Atelier, Barcelona, 2009, p. 162.

ampla rede, com a participação de diversos dirigentes do Partido Popular, resultando numa importantíssima apropriação de fundos públicos.

A polícia comunicou ao instrutor a suspeição de que alguns dos arguidos, situados no cume do enredo, apesar de se encontrarem em prisão preventiva, poderiam estar a realizar acções destinadas a reciclar ou a ocultar os lucros obtidos nas actividades ilícitas, as quais já eram objecto de perseguição penal.

Tendo em vista isto, o juiz proferiu uma decisão, a 19 de Fevereiro de 2009, que implicava três dos envolvidos. Literalmente, nela dizia que dada *«a complexidade da investigação [...] destinada a determinar com exactidão toda a dimensão (das actividades daqueles) e, especialmente, a fim de determinar o grau de responsabilidade que poderiam ter outras pessoas dentro do grupo organizado em investigação»* era *«necessário ordenar a interceptação das (suas) comunicações orais e escritas»*. Continuava: *«Iguamente e dado que no procedimento utilizado para a prática das suas actividades podem estar envolvidos advogados, e que estes, aproveitando-se da sua condição, podem actuar como “elo” dos três mencionados com pessoas do exterior, torna-se necessário também a interceptação [das comunicações] que aqueles possam manter com os ditos, uma vez que a via entre outros membros da organização e os três membros agora em prisão poderá ser pelos advogados que se estarão a aproveitar da sua condição no claro interesse da própria organização e com subordinação a ela»*.

Em suma, ordenou a interceptação das comunicações pessoais dos arguidos presos com os advogados que lhes prestavam assistência. Inicialmente, algum destes advogados também foi considerado suspeito. Todavia, a medida estendeu-se, indiscriminadamente, com ou sem suspeita, a todos os profissionais que pudessem intervir futuramente dessa forma. O magistrado advertia, curiosamente, que tudo deveria ser feito *«prevenindo o direito de defesa»* (!).

Como fundamento legal da decisão, Garzón citava o art. 51.º da Lei Orgânica Geral Penitenciária. Esta estabelece que as comunicações dos presos com o seu advogado *«não podem ser suspensas ou interceptadas, excepto por decisão da autoridade judicial e nos casos de terrorismo»*. Norma que o Tribunal Constitucional (desde a sua sentença 183/1994) interpretou, normalmente, no sentido de que ambos os requisitos são cumulativos e não alternativos. Porém, e além disso, as intromissões que contempla são exclusivamente destinadas ao regime interno dos estabelecimentos penitenciários. Tal resulta do próprio preceito legal, estranho ao Código de Processo Penal <sup>27</sup>, e das normas que o regulamentam <sup>28</sup>, o que, inclusivamente, obriga a informar *ex ante* os possíveis afectados que as suas comunicações poderão vir a ser interceptadas. Um requisito que sugere claramente que este tipo de medidas nada tem a ver com a investigação criminal.

<sup>27</sup> Este, em matéria de escutas, só prevê a interceptação das comunicações telefónicas dos arguidos.

<sup>28</sup> Arts. 43.º, 1, e 46.º, 5.º, do Regulamento Penitenciário.

A polícia, em 13 de Março de 2009, apresentou ao juiz um relatório com o resultado das escutas, pedindo a sua prorrogação. O procurador — alertando que «*uma parte importante das transcrições se refer[íam] exclusivamente às estratégias de defesa*» — manifestou-se a favor da manutenção das mesmas, mas «*com a exclusão expressa das comunicações mantidas com os advogados que representam cada um dos arguidos e, em todo o caso, com rigorosa salvaguarda do direito à defesa*». Garzón, sem atender a essa promoção, proferiu de imediato uma nova decisão prorrogando as escutas nas mesmas condições em que se estavam a efectuar.

Deste modo, foram interceptadas as conversas dos arguidos presos com alguns advogados, aparentemente suspeitos, e com outros quatro advogados fora de toda a suspeita, nomeados por aqueles para a sua defesa e formalmente admitidos como tal na causa. É essa a razão pela qual três deles intentaram uma acção penal contra o juiz.

Encerrada a fase de investigação, os afectados (não a Procuradoria <sup>29</sup>) formalizaram as correspondentes acusações por crime continuado de prevaricação judicial e por crime cometido por funcionário, pelo uso de dispositivos de escuta e gravação com violação das garantias constitucionais. Finalmente, realizou-se o julgamento oral e proferiu-se sentença, datada de 9 de Fevereiro de 2012.

Esta é condenatória: a) porque o juiz tinha conhecimento que a sua decisão afectava de forma essencial o direito fundamental de defesa dos arguidos, e estava consciente de que a sua decisão não se podia basear em nenhuma interpretação razoável da norma constitucional ou da lei processual penal; b) porque, além disso, agiu de modo gravemente antijurídico, sem que existissem dados de qualquer espécie de estarem os advogados a aproveitar-se do direito de defesa para cometerem novos crimes <sup>30</sup>.

O tribunal lembrava que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tinha admitido, a título excepcional, a gravação de comunicações de um arguido com o seu advogado, mas exigindo: norma legal suficiente e clara (o que aqui não se verifica); indícios de crime contra o advogado em causa (aqui nunca especificados em alguns casos e nos restantes completamente inexistentes); e a adopção de garantias para evitar o abuso dos meios de comunicação (algo impossível nestes casos devido à própria qualidade invasiva das intromissões).

---

<sup>29</sup> A Procuradoria opôs-se às queixas e às acusações nas três causas. Isto admite um evidente aval do acusador público à ingerência do instrutor Garzón na relação da defesa arguido-advogado. Pode surpreender, mas não tanto se pensarmos que — falo a partir da experiência de 40 anos do exercício da judicatura — não conheço um único caso em que um procurador espanhol tenha impugnado uma sentença condenatória, por violação das garantias fundamentais do arguido, embora haja uma estatística significativa de casos em que a decisão foi anulada em instância superior por esse motivo. De facto, toda esta jurisprudência da AN que classifiquei de *emergentista* e muito problemática, sob o ponto de vista da disciplina constitucional do processo, contou sempre com o aval do Ministério Público.

<sup>30</sup> Nos factos provados da sentença condenatória lê-se que na decisão de Garzón a ordenar as interceptações «*não havia qualquer alusão concreta à identidade dos advogados suspeitos, o que permitiria excluir os outros, nem tão pouco se precisavam quais os indícios que existiam contra os que não eram até aí suspeitos*».

### c) Processo dos fundos dos cursos da Universidade de NY

O Conselho Geral do Poder Judicial tinha concedido a Garzón «*licença para estudos relacionados com a função judicial, a gozar do dia 1 de Março a 1 de Dezembro de 2005, com o objectivo de desenvolver actividades de docência e investigação na New York University School of Law, bem como no The Center on Law and Security, e ainda, no Centro Rey Juan Carlos I de España, versando sobre temas relacionados com o terrorismo internacional e nacional*». A licença foi logo alargada até 30 de Junho de 2006. Durante todo esse tempo, Garzón manteve, integralmente, as remunerações próprias do cargo judicial.

Nomeado titular da cátedra Rey Juan Carlos I de España na Universidade de Nova Iorque, acordou com as autoridades académicas um regime retributivo que consistia no pagamento de ajudas de custo de transporte (na importância total de 22.152 dólares) e dos gastos escolares da sua filha na Escola Internacional das Nações Unidas (no valor de 21.650 dólares), quantias estas que efectivamente lhe foram pagas.

Também foi nomeado professor emérito do Centro de Direito e Segurança da mesma Universidade de Nova Iorque, a qual lhe fez 13 pagamentos no valor de cerca de 6.000 dólares cada um. Garzón ocultou estes rendimentos ao Conselho Geral do Poder Judicial, como ocultou à Universidade de Nova Iorque os rendimentos próprios do cargo judicial, apesar de ter celebrado com esta um rígido compromisso de incompatibilidade em matéria salarial, que o impedia de ter a possibilidade de receber outra quantia para além daquela paga pelo próprio centro.

Mas não é este o essencial da acusação. Esta respeita ao facto de que Garzón, que tinha concebido a ideia de organizar na aludida estrutura académica eventos em que ele seria o director, com relevantes personalidades do mundo político, empresarial e jurídico, quis arrecadar fundos para o seu financiamento e, também, para abonar salários a uma pessoa da sua confiança, que o auxiliasse na gestão de tais actividades. Com esse propósito, entrou pessoalmente em contacto com os administradores de dois dos principais bancos do país — Banco Santander Central Hispano (BSCH)<sup>31</sup>, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA)<sup>32</sup> — e das empresas Telefónica, Compañía

<sup>31</sup> Neste caso deu-se a circunstância — a que os queixosos atribuíram particular relevo — de Garzón, após a estadia em Nova Iorque, a 27 de Novembro de 2006, já no tribunal, não admitir o seguimento de uma queixa contra Emilio Botin, presidente do BSCH, a quem, quando pediu apoio económico para os cursos, tinha tratado por “Caro Emilio”. A censura é que deveria ter-se abstido de intervir na causa instaurada contra Botin e contra mais outras vinte e duas pessoas. O certo é que o tribunal de recurso confirmou, imediatamente, a decisão de Garzón.

<sup>32</sup> No caso BBVA, Garzón tinha instruído no ano 2000 uma causa contra a cúpula da entidade, ao descobrir-se que, através de uma filial, tinha contas secretas abertas no paraíso fiscal da ilha de Jersey. Esta actuação judicial provocou a demissão da direcção do banco e determinou, em 2001, a entrada nessa mesma direcção dos administradores a quem, anos mais tarde, Garzón pediu e de quem obteve o financiamento dos cursos.



Española de Petróleos SA (CEPSA) e da Empresa Nacional de Electricidad SA (ENDESA), chegando a pedir um total de 2.595.375 dólares, dos quais obteve 1.237.000 dólares. Na versão dos queixosos e do instrutor, para obter esses fundos foi considerada fulcral a posição profissional de Garzón <sup>33</sup>. E isto é o que o faria responsável como possível autor do crime continuado de corrupção imprópria. Na opinião do instrutor, não estavam reunidas as condições para acusar Garzón dos crimes de prevaricação ou sequer de corrupção em sentido próprio <sup>34</sup>. Finalmente, como já se disse, concluiu rejeitando a existência destes crimes e decidindo que a corrupção imprópria tinha prescrito, dado o tempo decorrido entre o momento dos factos e o início da sua investigação, procedeu ao arquivamento do processo (mediante decisão de 13 de Fevereiro de 2012).

## OS CASOS NA OPINIÃO PÚBLICA

Há um dado inquestionável, e certamente dramático, de um longo período da realidade espanhola do qual temos que partir. É que os crimes do franquismo não tiveram resposta penal e, além do mais, os cadáveres de muitas das vítimas da repressão, especialmente os causados durante o tempo da guerra civil, permanecem nas valas para onde foram atirados pelos seus verdugos. Frequentemente, em locais mais ou menos conhecidos, sobre os quais, numa infinidade de hipóteses, não se pôde intervir, nem sequer com o fim de poder identificar os restos mortais e dar-lhes uma sepultura digna <sup>35</sup>. Na altura dos actos criminosos, obviamente em virtude do medo mais que justificado das famílias atingidas, compreensivelmente transmitido à geração seguinte, também criada nesse clima, e que por isso se manteve queda a tal respeito. Assim, teve de chegar uma nova geração, a dos netos, que, no contexto democrático, reagiram com um zelo exemplar e uma extraordinária força na justíssima reivindicação da memória dos seus mortos. Ao princípio, sob a forma de iniciativas dispersas e de carácter pessoal. Mais tarde, com

---

<sup>33</sup> O instrutor sublinhava que, embora actuando no aludido papel académico, fez-se sempre valer da sua condição de magistrado. Inclusivamente, Karen Greenberg, directora do Centre of Law and Security da universidade nova-iorquina, usou um envelope em cujo exterior estava impresso "Baltazar Garzón Real. Juiiz-Magistrado do Juízo Central 5. Audiência Nacional. Madrid", para se dirigir à direcção da ENDESA, solicitando o pagamento em falta da contribuição prometida, através de uma carta remetida da própria cidade de Nova Iorque.

<sup>34</sup> A *corrupção própria* comete-se quando a dádiva tenha por objecto a realização de um acto ou omissão que constitua crime, ou a omissão de um acto legalmente imposto, em ambos os casos no exercício do cargo (arts. 419.º e 421.º do Código Penal, na redacção anterior à reforma de 2010).

<sup>35</sup> Muito tardiamente, a Lei 52/2007, de 26 de Dezembro, conhecida como "da memória histórica", estabeleceu o dever das administrações públicas colaborarem com os descendentes directos das vítimas que o solicitassem nas actividades de localização e identificação das pessoas desaparecidas violentamente durante a guerra civil, ou na posterior repressão política, cujo paradeiro se ignore.

um certo grau de articulação a nível nacional. E sempre com pouco mais do que os seus próprios recursos, a que se juntaram algumas ajudas oficiais, sempre insuficientes. Tudo, fundamentalmente, com o propósito de documentar os massacres e dignificar a situação das vítimas que, num primeiro momento, eram fuzilados no âmbito de acções de depuração do adversário político, e, depois da vitória dos sublevados, na aplicação de penas de morte massivamente impostas em *processos* sumaríssimos a cargo da *justiça* militar do franquismo.

Ora bem, no contexto do aludido movimento dos familiares das vítimas, dotado de certa articulação em 2006, fizeram-se diversas queixas contra acções do género das referidas, nas quais os denunciantes comunicavam ao tribunal terem sido vítimas seus familiares, salientando que desconheciam as circunstâncias do seu falecimento e do seu lugar de enterro, ao mesmo tempo que arguiam o seu direito a saber e pediam a tutela judicial para o apuramento da verdade e para a tomada das medidas necessárias à localização e identificação daqueles.

As denúncias, que finalmente convergiram no Juízo Central de Instrução n.º 5, receberam do magistrado titular o tratamento processual já mencionado, o qual, como também resulta do exposto, estavam destinadas a não ter qualquer resultado no âmbito da jurisdição penal. Mas, ainda que só no plano simbólico, e sem qualquer pré-juízo sobre o possível *ultravoluntarismo* do magistrado, que não vem ao caso, a verdade é que essas actuações representaram a primeira reacção oficial a pedidos de evidente justiça. Por este motivo, a extraordinária valorização, na realidade sobrevalorização das mesmas actuações, com alheamento do seu mais que questionável fundamento legal e do facto de estarem condenadas à ineficácia.

Isto posto, a abertura da causa contra Garzón que deu lugar a este caso, em virtude de uma decisão juridicamente questionável, como resulta da própria sentença, gerou na opinião pública o eco mais óbvio: *Garzón perseguido por investigar os crimes do franquismo*. Se além disso, a iniciativa da perseguição partia dos expoentes da extrema-direita espanhola, a conclusão, de que o eco encontrado no *Supremo Tribunal espanhol* correspondia a idêntica cor ideológica de (todos) os seus magistrados, andava ao mesmo nível da *evidência*. Mas se, ainda por cima, por uma pura coincidência temporal, nesse mesmo tribunal *choviam* novas queixas contra Garzón, a hipótese conspiratória (amplamente difundida nas suas *fontes informativas* por um meio tão relevante como o *El País*) como algo plausível, estava apresentada ao homem da rua. Mais, tratava-se de um magistrado com uma intervenção tão emblemática no seu *currículum* como a detenção de Pinochet e a perseguição dos crimes de outras ditaduras militares.

O certo é que esta hipótese foi recebida, com tão explicável facilidade como imparável tendência para a simplificação, por vastos sectores da sociedade nacional e internacional, especialmente de esquerda. É algo que, creio sinceramente, não merece a menor crítica: pela extraordinária plasticidade da versão tão eficazmente difundida, corroborada, além disso, pelo costume da experiência secular da impunidade dos crimes como os do franquismo; em

suma, assim favorecida pela dificuldade de transmitir a tais ambientes uma rigorosa informação dos contornos verdadeiros das actuações de Garzón no caso dos *crimes do franquismo* e um conhecimento da natureza dos outros factos atribuídos ao mesmo e objecto de averiguação.

Tal estado de opinião massiva contou, ou melhor alimentou-se, dos contributos de uma certa *intelligentsia* jurídica de esquerda, produzidos numa cifra quase exclusivamente política. Digo isto porque, se é verdade que — segundo se pode ler na própria sentença absolutória sobre o *processo dos crimes do franquismo* — a perseguição dos mesmos <sup>36</sup> seria, pelo menos numa hipótese teórica <sup>37</sup>, defensável com apoio em certa leitura do quadro normativo internacional em matéria dos direitos humanos e do direito humanitário, já não tem qualquer suporte a *inferência* de que as outras duas causas careciam de qualquer fundamento senão o de acabar com o magistrado a qualquer preço, dentro de uma e mesma estratégia. Isso mesmo foi entendido a maioria da comunidade jurídica, particularmente a académica, e é corroborado pela total falta de trabalhos com o mínimo de profundidade teórica que defenda a legitimidade das actuações de Garzón no caso das escutas <sup>38</sup> e no dos fundos para os cursos de Nova Iorque, que não contaram com qualquer apoio a não ser com uma certa escrita jornalística de má qualidade.

Não vou debater a hipótese da conspiração universal que, como todas as hipóteses deste género, é em si mesma um insulto à inteligência. Nem sequer a do “corporativismo transversal” com fundamento num suposto surto epidémico de inveja profissional que contagiou os magistrados da Secção Segunda em bloco, levando-os a juntarem-se à causa do franquismo redivivo, no enredo daquela conjura, pela mesma razão de falta de rigor e inconsistência. Basta-me assinalar que a defesa de ambas as teses teve que recorrer à omissão deliberada de qualquer análise dos dados de facto que formam os antecedentes do *processo das escutas do caso Gürtel* <sup>39</sup> e do *processo*

---

<sup>36</sup> Não a realizada por Garzón, pois, como se viu, para se *fazer* competente por algum tempo — além de entrar em contradição com o seu próprio critério de não considerar perseguível o massacre de Paracuellos, por prescrição e ausência de enquadramento legal — teve de recorrer à ficção consistente no ignorar do facto notório do falecimento de todos os responsáveis dos delitos contra os altos órgãos da nação, cometidos em 1936, e servir-se de um tipo penal de aplicação mais que duvidosa.

<sup>37</sup> Hipótese certamente mais que questionável, como se fez ver antes, e realça com grande aparato argumentativo A. Gil em op. cit. pp. 100 ss.

<sup>38</sup> A propósito, é de assinalar o duríssimo comunicado de condenação das escutas aos advogados no exercício do direito de defesa, tornado público a 19 de Janeiro de 2012, pelo Congresso Geral da Advocacia espanhola.

<sup>39</sup> No caso das escutas, não faltou, sequer, o recurso ao patético questionar do sentido das garantias processuais, próprio de certa cultura subpolicial, expressado na censura de que, nestas circunstâncias, a incriminação do magistrado e a anulação das ingerências aproveitariam aos arguidos do *Gürtel*. Naturalmente, as garantias, como o seu restabelecimento mediante a exclusão do processo dos dados incriminatórios obtidos através da sua violação, beneficia em primeiro plano o concreto arguido. Mas será preciso lembrar aqui que, como instrumento constitucional básico da tutela dos direitos fundamentais, funcionam sempre e em qualquer caso em benefício de todos? Infelizmente parece que sim, que é de relembrar. Até mesmo aos juristas.

dos fundos dos cursos da Universidade de Nova Iorque. Esquecendo, como lucidamente assinala Ridaó, que «cada causa é uma causa, e o que a causa exige são argumentos e não a criação de um clima de opinião válido para todas», o que o mesmo autor classificou expressivamente como uma operação de “prestidigitação”<sup>40</sup>. Passo necessário para criar, com a subsistência dos três processos, o *totum revolutum* que se manifestou como uma eficaz cortina de fumo que, a partir da causa dos *crimes do franquismo*, se alastrou às outras, cobrindo-as com “um véu de ignorância” que nada tem a ver com aquele benigno, teorizado por Rawls como fundamento do contrato social original.

Lamentável e paradoxalmente, o melhor exemplo desta maneira de operar foi dado por um penalista de prestígio, Zaffaroni, ao substituir o que haveria de ter sido a análise matizada e bem informada de cada um dos supostos em presença, por uma espécie de explosão caótica, difundida (para que tudo encaixe) no que agora é o espaço natural de tantos desabafos precipitados pela falta de rigor: o *facebook*. Ali, (em 11 de Fevereiro de 2012) pode ler-se: «O problema e o péssimo exemplo que deu o Supremo espanhol é institucional e atinge-nos a todos os juizes do mundo que actuamos no quadro de estados de direito democráticos. Se de acordo com o Supremo a actuação de Garzón era incorrecta, devia revogá-la. Se o Supremo considera que a lei da amnistia prevalece e não devem ser abertas as valas, devia revogar as decisões de Garzón. Porém, o que o Supremo jamais devia fazer — e aí fica a aberração — é impôr-lhe uma pena, porque isso é uma flagrante violação à independência interna dos juizes. Nenhum Supremo pode exercer uma ditadura sobre os juizes de outras instâncias, que são tão juizes como eles. Isto é corporativismo, modelo judicial bonapartista, que considera os outros juizes como seus empregados de hierarquia inferior, seus amanuenses, a quem devem disciplinar quando interpretam o direito de forma que não lhes agrada. Isto é um péssimo exemplo para todos os juizes do mundo e para todas as pessoas que defendem o estado de direito democrático».

Qualquer jurista (inclusivamente o leitor não jurista) minimamente informado pode perceber que Zaffaroni baralha tudo: os três processos abertos contra Garzón, assim como o jurisdicional com o disciplinar. Desconhece que o Supremo Tribunal espanhol, como instância, não tem qualquer superioridade hierárquica sobre os demais juizes, nem capacidade de exercer sobre eles o poder disciplinar. Também ignora que carecia de competência para revogar as medidas processuais adoptadas por Garzón, que, por sua vez (nem isso sabe) já tinham sido anuladas tempos atrás pelo pleno da Secção Penal da Audiência Nacional, decidindo um recurso de apelação. Finalmente, esquece que Garzón não foi condenado na *causa dos crimes do franquismo* (na qual foi absolvido), mas apenas na causa das *escutas de Gürtel*. E que foi, não

<sup>40</sup> J. M. Ridaó, *Los porqués de una sentencia*, em “El País”, 23 de Fevereiro de 2012.

por *abrir valas* <sup>41</sup>, como arbitrariamente supõe, mas sim por dismantelar o direito constitucional de defesa de vários arguidos, colocando-se com isso à margem da lei e da Constituição.

Por isso — e ainda que sem estar de acordo com algumas das coisas que se fizeram nestes processos — tenho que dizer que aqui foi Zaffaroni quem deu “o péssimo exemplo”, ao colocar a sua inquestionável autoridade jurídica ao serviço de uma instilação, que circulou profusamente com o seu aval em todos os meios jurídicos latino-americanos. O que lhe acarreta, pois, uma muito grave responsabilidade moral.

## A NECESSIDADE DE DISTINGUIR

Riccardo Guastini, filósofo do direito analítico particularmente rigoroso, intitulou, anos atrás, uma das suas obras com o expressivo gerúndio do verbo distinguir <sup>42</sup>. Sem dúvida, para indicar que tal é uma das mais relevantes funções da teoria do direito, à qual se segue a inobjectável necessidade de um esforço a que são chamados, ou melhor obrigados, todos os juristas.

Pois bem, como se depreende de algumas das afirmações e dos factos acima referidos, é evidente que este esforço faltou em muitas ocasiões na abordagem dos *casos Garzón*. Com efeito, frequentemente, no tratamento dos mesmos, passou-se da política ao direito, como se se tratasse do mesmo espaço para, dentro deste segundo espaço, fomentar, não a claridade, mas a densa nebulosa a que já me referi. Digo isto, não por pensar que as questões jurídicas e as decisões judiciais sejam, de modo algum, inacessíveis à crítica política, mas porque, parafraseando Guastini, é necessário *distinguir*, uma vez que cada espaço tem as suas próprias conotações e cada escolha de espaço rege-se pelas suas próprias regras de método, as quais devem respeitar-se se não se quiser incorrer em *aterragens* de consequências tão arriscadas e penosas como a de Zaffaroni, já por mim aludidas.

Ignorando o sensato apelo de Ridao, atrás transcrito: «*cada causa é uma causa e o que a causa exige são argumentos*» <sup>43</sup>, estes nem sempre merecedores desse nome, difundidos muito mais na esfera político-demagógica que jurídica e geralmente a propósito do *processo dos crimes do franquismo*, lançaram-se em bloco, indiscriminadamente, sobre os outros dois processos. Para tal, os detractores passaram, sistematicamente, por cima dos factos que as motivaram, como quem passa sobre o fogo. Inclu-

<sup>41</sup> Além disso — ao contrário do anunciado insistentemente — não as ía abrir em nenhum caso. Não, obviamente, no processo (o das escutas) em que se proferiu a condenação, como por erro supõe Zaffaroni, nem mesmo no dos crimes do franquismo que, processualmente falando, como um mega-processo, não ía chegar a lado nenhum.

<sup>42</sup> R. Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad de J. Ferrer Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999.

<sup>43</sup> Cfr. nota 39.



sivamente, chegando a distorcê-los de forma mentirosa, principalmente no *caso das escutas de Gürtel* <sup>44</sup>.

Por isso, a meu ver, a relevância de algumas avaliações de síntese, que atendem aos dados que ficaram fixados.

A propósito do *processo dos crimes do franquismo*, já tinha mencionado a existência de uma justíssima procura de reparação social, desatendida com manifesta injustiça. Precisamente, a constatação da realidade e da justeza desta procura e da existência de uma corrente de pensamento jurídico favorável à persecutabilidade actual desses crimes ao abrigo do direito internacional — embora no caso de Espanha seja mais que discutível e, desde logo, hodiernamente impraticável — foi o que levou a proferir uma sentença absolutória. E, não obstante a ousadia da *montagem* dos antecedentes da (suposta) competência do Juiz Central de Instrução n.º 5 para actuar não ter sido considerada pelo tribunal apta para fundar uma condenação por prevaricação, permite-nos falar de um verdadeiro abuso do processo <sup>45</sup>, ainda que este tenha sido *in bonam partem*. Ridaó, escritor insuspeito de quaisquer veleidades franquistas, realçou-o numa forma muito gráfica, quando explica que a actuação de Garzón consistiu em «*abrir um processo contra várias dezenas de generais mortos, reclamando a sua competência em razão de um código revogado e inventando um tipo penal* <sup>46</sup>».

Já o disse e repito: na minha opinião, a verdadeira vantagem de tão temerário modo de actuar de Garzón deveria ter sido evidenciada numa decisão de recusa da queixa ou arquivamento, na qual, estando suficientemente identificado e caracterizado o abuso do processo, se deixasse firmada a ilegalidade e a ligeireza da actuação, mas também a sua irrelevância criminal.

Mas, considerando-se que a questão dos limites entre a ilegalidade e a *injustiça* que o Código Penal espanhol exige para a prevaricação tem indubitáveis margens de apreciação, o critério da secção de admissão e do instrutor (com o qual, desde logo, não concordo) era admissível no plano jurídico, face ao aparatoso artifício posto em prática pelo magistrado. Contudo — insisto — longe de mim o propósito de questionar a pertinência da crítica política, *maxime*, dada a legitimidade e a altíssima sensibilidade dos interesses envolvidos. Embora não possa deixar de lamentar, quando os críticos

<sup>44</sup> Sobre este assunto, permita-se-me remeter para o meu artigo *No se debe informar — y menos aún ‘opinar’ — con las tripas. Imprescindible ejercicio de contextualización*, em “Jueces para la Democracia. Información y debate” n.º 71, Julho/2011, pp. 56 ss.

<sup>45</sup> No sentido de «*desvio*» do instrumento processual respeitante ao seu fim próprio» legalmente atribuído. Neste caso, desvio da competência objectiva, como instrumento habilitante para perseguir determinados crimes, não concorrente com o do titular do Juízo Central de Instrução n.º 5 e, daí, a necessidade do subterfúgio *ad hoc*. Cfr. M. Tarufo, *Etica giudiziaria e abuso del processo*, em G. Visintini y S. Marotta (eds), *Etica e deontologia giudiziaria*, Vivarium, Nápoles, 2003, p. 272. Também do mesmo autor, *L’abuso del processo: profili generali*, «*Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*», 1,2012, pp. 117 ss.

<sup>46</sup> J.M. Ridaó, *Enfrentamiento por partes*, “El País”, 29 de Março de 2010.

eram juristas, a persistência na contínua confusão de planos que — com a incondicional *canonização* do arguido <sup>47</sup> (válida para todos os processo em curso) — levou à sistemática demonização da totalidade dos membros da Secção Segunda (inclusive, mais genericamente, do pleno do Supremo Tribunal), com ou sem intervenção no caso, e do instrutor em particular <sup>48</sup>, recorrendo-se, com frequência, ao insulto. E isto, à margem do juízo que cada processo pudesse merecer quanto ao modo de actuar <sup>49</sup> dos magistrados directamente implicados, que, de acordo com os pontos de partida dos críticos, não tinha por que ser benevolente. Mas, desde que ajustadas às regras de argumentação racional, com vasta frequência inobservadas. Poderá argumentar-se, como se opôs (e não discutirei aqui as razões, pois não vem ao caso), a absoluta ilegitimidade política da actuação contra Garzón neste caso (como, a propósito, em todos os casos: uma espécie de imunidade, em razão do carisma). Contudo, nem sequer este argumento, ainda que gozasse de fundamento, justificaria as desconsiderações e os impropérios proferidos, justamente por aqueles que, erigindo-se a porta-vozes officiosos da Constituição e da democracia, se esqueciam que as duas também têm as suas regras de funcionamento no debate público. E que respeitá-las, inclusivamente quando se trata de denunciar aqueles que por hipótese as tenham infringido, é a única forma de zelar pela vigência de ambas e do seu quadro de valores de refúgio.

O processo das *escutas de Gürtel* tem um objecto com um perfil muito distinto. Nela, pura e simplesmente, o magistrado investido nas funções de instrução, sem apoio legal nem suporte de indícios de crime, dirigindo-se, pois, por uma via de puro facto, decidiu eliminar o direito à defesa

---

<sup>47</sup> Sobre este ponto é de particular interesse C. Taibo, ‘*Garzón, ¿un héroe antifascista?*’, no “El Diálogo Vasco”, 23 de Fevereiro de 2012.

<sup>48</sup> Na verdade, entre muitas outras críticas, fez-se a de se ter imposto à parte queixosa correcções no texto da acusação, com o propósito de a *melhorar tecnicamente*, com prejuízo para o arguido. Acontece, porém, que tal intervenção teve, justamente, o efeito contrário, até ao ponto de uma das questões prévias da defesa consistir no pedido de arquivamento face à falta de uma verdadeira acusação, dada a deficiente construção das razões de facto que constituiriam o crime. E, é público, que três membros da secção do julgamento estiveram a favor de a apreciar, sem necessidade de se iniciar o julgamento.

<sup>49</sup> Neste ponto, as críticas propriamente jurídicas concretizaram-se, essencialmente: na contestação do zelo dos instrutores, rotulado de extremamente inquisitivo; no facto de o instrutor do processo *dos crimes do franquismo* e o dos *fundos dos cursos da Universidade de Nova Lorque*, integrarem a secção composta pelos sete magistrados que, unanimemente, proferiram sentença condenatória pelas escutas; na insistência dos magistrados das secções de admissão de levar a julgamento, nos casos que chegaram a julgamento, persistindo em manter o velho critério em matéria de “independência objectiva”, menos garantístico; no facto de se antecipar o julgamento do processo *das escutas* em relação ao processo dos *crimes do franquismo*, cuja tramitação tinha-se iniciado anteriormente, o que corresponderia a uma decisão propositada. Quanto à primeira objecção, direi que a instrução da única causa que terminou em condenação, a das *escutas*, foi, a meu ver, exemplar. Subscrovo, no entanto, o segundo e terceiro reparos, mas considero que as circunstâncias em que se fundam, assim como o da última formulação, carecem de relevância prática.

de alguns arguidos. Privando-os, com isso, de uma garantia constitucional básica <sup>50</sup> (49), prevista, precisamente, para evitar eventuais desvios de poder do próprio instrutor que, deste modo conduziu a sua actuação, literalmente, à margem da lei.

Para aferir de tal actuação com o seu verdadeiro alcance, convém trazer para o primeiro plano uma consideração de fundo. É que o processo acusatório constitucionalmente consagrado sustém-se, para dizê-lo coloquialmente, em *três pés*: o *juiz* imparcial; a existência de um *acusador*, que formulará com clareza a *acusação* para que o arguido a conheça; e a colocação deste numa posição de exercer plenamente o seu direito de *defesa*. Direito que lhe reserva para si *um âmbito próprio*, que lhe pertence exclusivamente e, por conseguinte, é intransponível para o Estado, inclusive, para o estado-juiz.

Os três são elementos *estruturais*, quer dizer, *sine qua non*. O que significa que, na falta ou no caso de se dar a degradação de qualquer um deles, o resultado seria, não só a perda de *um certo nível de garantia* (o que gera normalmente as nulidades padrão), mas também *a falência total do processo* como tal, da forma como a Constituição o concebe. Assim, se um hipotético juiz de instrução privasse arbitrariamente um arguido de liberdade, cometeria uma acção gravíssima, atentatória de um seu direito fundamental, e incorreria num crime. Se esse ou outro hipotético juiz ordenasse uma escuta telefónica sem o necessário fundamento da existência de indícios de um crime grave, dessas que por vezes se anulam <sup>51</sup>, haveria a afectação do direito ao segredo e à intimidade. Nada menos, e também *nada mais*: pois, o direito de defesa, *não eliminado* como tal, depois da expurgação do processo dos dados probatórios mal colhidos, iria cumprir o seu papel. E o processo prosseguiria assente naqueles *três pés*. Mas, o que acontecerá se o instrutor *espia* na sombra, como espectador privilegiado e sub-reptício, o esboço de uma estratégia de defesa do arguido e do seu advogado, com o fito de a desmantelar? Que sucederá se este assunto constitucional e *exclusivamente* de dois, se converte numa espécie de *ménage a trois*, porque aquele cuja intervenção cria e justifica o direito — recorde-se, *do presumido inocente* — a defender-se interfere ocultamente nessa relação confidencial por essência? Essa é a questão suscitada nesse processo. Pergunta que, de resto, tem uma resposta clássica, tão plástica na expressão, como autorizada. A resposta

---

<sup>50</sup> Por isso, L. Ferrajoli inclui-a, expressivamente, entre as que denota como “primárias ou epistemológicas” (em *Derecho y razón*, cit. p. 606).

<sup>51</sup> Uma das linhas seguidas na defesa de Garzón, no caso das escutas, consistiu em banalizar o seu significado, com o argumento que as deste caso seriam semelhantes àquelas que, por vezes, se apagam, sem quaisquer consequências, por um certo déficit de constitucionalidade. Mas, os que raciocinam desse modo, faltam ostensivamente à verdade, pois, tal semelhança não existe e, a melhor prova, é que não foi apresentado nenhum caso similar, nem sequer na vasta prática do próprio Garzón. Porque, o certo é que não existem precedentes de qualquer instrutor agindo de tal forma, isto é, desse modo que faz *saltar* o processo através da objectiva eliminação do direito de defesa, com a consequente banalização dos direitos *nemo tenetur* e da presunção de inocência.

é de Francesco Carrara, quando escreveu: «O direito de defesa leva necessariamente à livre comunicação do acusado com o seu defensor [...]. Restringir esta faculdade, é coarctar a defesa. Ordenar que um guarda presencie as conversas, é uma medida injusta, e colocá-lo de modo a poder escutá-las, é uma vileza iníqua»<sup>52</sup>.

É verdade que, como se sugeriu a determinado passo, a assistência legal prestada a um acusado poderia ser um mero encobrimento de uma forma de contribuição activa ou de envolvimento do profissional respectivo na conduta criminal do primeiro. Mas, caso existissem dados com alguma consistência a esse respeito, que teriam de ser *concretizados* numa decisão e estar razoavelmente indiciados, seria juridicamente viável recorrer à medida aqui adoptada pelo instrutor Garzón? Não existirá um leque de outras possibilidades (o afastamento e a incriminação do advogado suspeito, entre elas) que, sem afectar de maneira nuclear o direito de defesa, pudessem impedir eficazmente a sua instrumentalização? Porque, recorde-se, a medida consistiu na eliminação do direito de defesa dos arguidos durante a instrução, e foi adoptada sem fundamento legal e sem concretização de indícios de crime, em decisões *pro forma*, vazias de conteúdo (e prorrogadas, apesar do aviso em contrário do procurador). E o magistrado defendeu a legitimidade de assim actuar, em sucessivas declarações no processo contra si instaurado. Incluindo nas últimas declarações proferidas na audiência, quando sustentou — *urbi et orbi*, pois a mesma estava a ser televisionada — o direito incondicional de ingerência do investigador judicial, usando de uma discricionariedade não legalmente vinculada, relativamente à defesa: uma autêntica *bomba* no estatuto do arguido.

A legislação excepcional, tão justamente criticada, que floresceu em alguns dos nossos países sob a influência perversa da barbárie terrorista, deu passos arriscados no âmbito dos direitos fundamentais do arguido. Passos certamente graves, no caso de Espanha, tais como a dilação do tempo de detenção policial e a privação do direito a um defensor de confiança durante a detenção. Contudo, e no que concerne à limitação do direito à defesa do arguido, nem mais um passo. Porque algumas formas de ingerência próprias do regime penitenciário, em ocasiões atribiliariamente invocadas, nada têm que ver com a investigação criminal, a qual, além do mais, TEDH *dixit*: deve ser comandada por disposições *legais* claras. Consequentemente, pela delicadeza do assunto, não chegam meras decisões tomadas sobre a marcha do processo a partir de tortuosas analogias *contra reo*.

Se nos situarmos discursivamente — por hipótese — na posição dos mais críticos, a causa dos *crimes do franquismo* poderia ter dado resposta a uma estratégia do franquismo residual universalmente professado pelos magistrados da Secção Segunda do Supremo Tribunal, destinada a colocar Garzón

---

<sup>52</sup> F. Carrara, *Programa de derecho criminal*, trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Parte general, Temis, Bogotá, 1957, vol. II, § 991, p. 467.

fora do jogo. Admitamos, apesar da sua insensatez e da sentença absolutória pôr por terra o *argumento* defendido. A questão, agora, é se por isso teria de se seguir (e, nesse caso, porquê) alguma diminuição da gravidade da conduta tão brutalmente antijurídica que se acaba de analisar. É uma questão, não só sem resposta, como também sistematicamente esquivada, que mantém todo o vigor controverso.

Por fim, devo abordar o processo dos *fundos dos cursos da Universidade de Nova Iorque*. Uma primeira posição, a este respeito, é a apresentada pela já aludida resposta pela via da hipótese conspiratória. Pela sua banalidade e falta do mínimo de rigor intelectual, abstenho-me de lhe dedicar mais espaço. Outra atitude frente ao caso, muito generalizada, consistiu em, simplesmente, ignorar os dados em que se baseia ou atribuí-los a uma manipulação. Mas a verdade é que eles existem, com todo o suporte documental. E já estavam lá, com potencial indiciário bastante e com algumas sombras ardilosas para suscitar as suspeitas razoáveis de crime, quando foram apresentados como fundamento da queixa. Sombras (agora jurídico-criminalmente indiferentes, devido à prescrição) que não sei dizer se foram indagadas <sup>53</sup>.

Assim sendo, e, como já é público, dado que o magistrado instrutor desta causa contra Garzón se deparou com uma pouco compreensível falta de informação e de transparência sobre o fluxo dos fundos das empresas e sua subsequente aplicação pela Universidade de Nova Iorque, a investigação judicial foi mais que justificada.

Finalmente, concluído este processo, e porque os indícios de possível crime que subsistiram só apontavam para a já mencionada corrupção imprópria, que, por motivo da pena prevista, tinha prescrito <sup>54</sup>, o instrutor decidiu arquivar o processo. Foi criticado por o não ter feito antes, mas o facto é que concorriam uma série de acusações e ninguém — nem mesmo a defesa — tinha considerado essa hipótese. Também se discutiu que a decisão de arquivamento do processo foi abusivamente incriminatória. Mas, dado que a mesma tinha como fundamento a prescrição do crime, não carece de pertinência técnica a prévia apresentação sintética dos elementos que permitem fazer funcionar o correspondente tipo penal.

Porém, porque decorre também que sobre os factos deste processo se lançou a sombra da *conspiração* e se insistiu em banalizá-los, postulando com isso, implicitamente pelo menos, a sua licitude, vale a pena realçar a sua gravidade objectiva, desde logo, no plano deontológico. Porque é evidente que Garzón fez um uso instrumental, obviamente consciente, do seu *cachê*

<sup>53</sup> Sobre este assunto debruçou-se com certo detalhe L. Napoleoni, em op. cit. pp. 210 ss.

<sup>54</sup> A hipótese de prescrição só foi levantada pelo procurador, quando o instrutor lhe remeteu a causa para que deduzisse a acusação ou solicitasse a abertura do julgamento oral, uma vez que este último, numa decisão de 26 de Janeiro de 2012, tinha decidido continuar com a tramitação da causa com o único argumento de possível crime de corrupção imprópria.



judicial<sup>55</sup>, para obter resultados que, embora em última instância, o beneficiavam, como se viu, em termos de um incontestável conteúdo económico e no plano das *public relations* de alto nível (que também *quotizam* no mercado). Pois que, sem o financiamento milionário obtido de um conotado sector das finanças e do mundo empresarial espanhol, através da sua intervenção pessoal-profissional (uma dimensão, esta última, sempre activa), aqueles seus «diálogos transatlânticos» com um determinado *jet* da política — de uma política, em casos bem significativos, ostensivamente alheia aos direitos humanos<sup>56</sup> — com os seus correspondentes efeitos, não teriam podido realizar-se.

Creio, tendo em vista os fundamentos até aqui expostos, que se impõe uma conclusão. É que, nem o lançamento de uma indistinta sombra de franquismo sobre todo um tribunal, nem a denúncia de uma genérica teimosia persecutória que tivesse contagiado a totalidade dos seus membros, nem tão pouco o súbito ataque de uma alegada inveja profissional igualmente *epidémica*, já mencionados, podem manchar a evidência de abuso de processo num dos casos. A drástica abolição do direito à defesa e, conseqüentemente, do processo acusatório, noutro. E, por fim, com ou sem crime, a vítreo e deontologicamente inqualificável procura de fundos nos meios financeiros e empresariais (com proveito próprio, pelo menos indirectamente) por parte *do juiz* no terceiro dos casos.

<sup>55</sup> A este respeito contra-argumentou-se que existem magistrados que dão conferências em cursos patrocinados e que as associações judiciais frequentemente contam com apoios financeiros de privados para realizarem as suas actividades. Relativamente ao primeiro, na presença de indícios de irregularidade, que deveriam ter sido minimamente especificados já na denúncia, teria de se apurar, concretamente, qual o género de patrocínios em causa e a forma como tinham sido obtidos. Para, naturalmente, agir disciplinar ou penalmente, se existisse base legal para tal. Mas, o recurso à *nebulosa*, com efeitos, além do mais, indiscriminadamente difamatórios, não tem qualquer validade neste caso. Quanto ao segundo, a minha opinião é clara: as associações judiciais deveriam ter recusado esse género de financiamento, imediatamente por uma razão de aparência. No entanto, em qualquer caso, direi que não tenho conhecimento da actuação pessoal de qualquer juiz, na busca de apoios financeiros, de forma semelhante, nem de perto, pelas suas características, alcance e grau de implicação às de Garzón, que aqui tem sido objecto de análise.

<sup>56</sup> O juiz perseguidor de Pinochet *sentou à sua mesa* o patrocinador do golpe contra Allende, Henry Kissinger, de quem Christopher Hitchens (em *Juicio a Kissinger*, trad. de J. Zulaika, 2.<sup>a</sup> ed. 2012, p. 11) catalogou «*as infracções que poderiam ou deveriam constituir a base de uma acusação penal: por crimes de guerra, por crimes contra a humanidade e por delitos contra o direito consuetudinário ou internacional, entre os quais o de conspiração para cometer assassinato, sequestro e tortura*». Também a Felipe González, a quem Garzón, pensa-se que actuando por motivos próprios, tratou de acusar como responsável por actos de terrorismo de Estado, tendo recentemente, numa entrevista, manifestado dúvidas sobre a justeza da decisão de não ter acabado com a cúpula da ETA acorrendo ao local onde se sabia que estava reunida, decisão — diz-se — tomada por ele durante um dos seus mandatos. E ao colombiano Álvaro Uribe, que sendo governador de Antioquia, criou os grupos paramilitares *Convivir*, distinguindo-se imediatamente como patrocinador activo do para-militarismo, e, de cujo *curriculum* presidencial fazem parte, entre muitas outras coisas, as escutas telefónicas a magistrados da Corte Suprema e o accionamento judicial de uma centena dos seus apoiantes parlamentares. Entre os participantes espanhóis nesses encontros encontravam-se, também, José Bono, Rosa Díez Y Antonio Navalón (o obscuro corrector e famoso «conseguidor», segundo L. Napoleoni, «pessoa importante na vida de Garzón» em op. cit., p. 135).

Em data recente, Garzón falou apologeticamente de si mesmo como «o juiz [...] que ousou ...»<sup>57</sup>. E, na verdade, foi preciso ousadia para colocando-se *legibus solutus*: escrever *ad hoc* as normas da própria competência; arrasar as garantias fundamentais do arguido; e escapar-se a alguns dos imperativos da ética judicial, universalmente aceites.

Por isso, a minha teimosia na necessidade de *distinguir*. Isto é, em fazer o que o dicionário define como «conhecer a diferença que existe entre umas coisas e outras».

---

<sup>57</sup> “El País”, 15 de Abril de 2012.